



2. hefti TÍMARIT 5. árg
LÖGRÉTTU
Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

„MÁL AF ÞESSU TAGI“

EFTIR *Jón Steinar Gunnlaugsson*

E

ÞRÓUN LÖGGJAFAR UM
VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

EFTIR *Aðalstein Egil Jónasson*

F

TILSKIPUN EVRÓPUSAMBANDSINS UM
VIÐURKENNINGU STARFSRÉTTINDA,
NR. 2005/36/EB

EFTIR *Inguar Sverrisson*

G

SKYLDUR FJÁRMÁLAFYRIRTÆKJA Í
AÐGERÐUM GEGN PENINGAÞVÆTTI OG
FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA

EFTIR *Lilju Björgu Arngrímsdóttur*

H

LÖGSKÝRINGAR.
KENNINGAR AÐFERÐIR OG SJÓNARMÍÐ
VIÐ SKÝRINGU OG BEITINGU LAGA.

BÓKAUMFJÖLLUN

I

ALMANNATRYGGINGAR OG FÉLAGSLEG
AÐSTOÐ

BÓKAUMFJÖLLUN

J

A photograph of two men in suits. The man on the left is older, has a mustache, and a stern, somewhat angry expression. The man on the right is younger, has a surprised or perhaps indignant expression, and is looking slightly to the side. They are both wearing dark suits with ties. The background is a dark, textured wall.

Þú færð meira
að námi loknu

Glæsilegt námslokatilboð fyrir háskólanema ásamt útskriftargjöf á kaupthing.is. Það skiptir höfuðmáli hvernig framtíðin er fjármögnuð.

E	„MÁL AF ÞESSU TAGI“ EFTIR <i>Jón Steinar Gunnlaugsson</i>	97
F	ÞRÓUN LÖGGJAFAR UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI EFTIR <i>Aðalstein Egil Jónasson</i>	111
G	TILSKIPUN EVRÓPUSAMBANDSINS UM VIÐURKENNINGU STARFSRÉTTINDA, NR. 2005/36/EB EFTIR <i>Ingvar Sverrisson</i>	145
H	SKYLDUR FJÁRMÁLAFYRIRTÆKJA Í AÐGERÐUM GEGN PENINGAÞVÆTTI OG FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA EFTIR <i>Lilju Björgu Arngrimsdóttur</i>	171
I	LÖGSKÝRINGAR. KENNINGAR AÐFERÐIR OG SJÓNARMÍÐ VIÐ SKÝRINGU OG BEITINGU LAGA BÓKAUMFJÖLLUN	203
J	ALMANNATRYGGINGAR OG FÉLAGSLEG AÐSTOÐ BÓKAUMFJÖLLUN	207

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMÆÐUR

Gunnar Örn Petersen

RITNEFND

Hrafnhildur Sæberg Þorsteinsdóttir

Páll Jónsson

Þorvaldur Hrafn Yngvason

RITRÝNINEFND

Guðmundur Sigurðsson, formaður

Guðrún Gauksdóttir

Hákon Árnason

Jakob R. Möller

Oddný Mjöll Arnardóttir

PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Ofanleiti 2

103 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Aðalsteinn Egill Jónasson: Þróun löggjafar um verðbréfavíðskipti

Ingvar Sverrisson: Tilskipun Evrópusambandsins um viðurkenningu starfsréttinda,
nr. 2005/36/EB

ISSN 1670-5300



INNRAMMAÐIR YFIRBURÐIR

LAGAÐEILD HÁSKÓLANS Í REYKJAVÍK ER BRAUTRYÐJANDI NÚTÍMALEGS LAGANÁMS Á ÍSLANDI

Það er markmið Háskólans í Reykjavík að bjóða framúrskarandi lögfræðikennslu og að lagadeild HR verði ein besta og nútímalegasta lagadeild Norðurlanda. Mikilvægt skref til að ná slíkum markmiðum er að hafa á að skipa fólki í fremstu röð. Við lagadeild Háskólans í Reykjavík starfa nú fleiri doktorsmenntaðir kennarar en við nokkra aðra lagadeild íslenskra háskóla.

Lagadeild HR er brautryðjandi í nútímavæðingu lagánáms á Íslandi, hvort sem lítið er til skipulags, kennsluáferða eða þeirra miklu krafna sem gerðar eru til nemenda. Eins og allar deildir HR leggur lagadeild mikið upp úr góðum tengslum við atvinnulífið og að búa nemendur vel undir þátttöku í því. Alþjóðleg tengsl skipta HR miklu máli og geta nemendur við lagadeild farið til annarra landa bæði í skiptinám og starfsþjálfun á erlendum lögmannsstofum.

Kynntu þér námið á www.hr.is

Framtíðin er HR.

Lögfræði grunnnám (BA)

Lögfræði meistaraþróf (ML)



HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK
REYKJAVÍK UNIVERSITY



FRÁ RITSTJÓRA

Gunnar Örn Petersen

Nú er ár liðið síðan Háskólinn í Reykjavík útskrifaði í fyrsta sinn nemendur sem lokið hafa námi til fullnaðarprófs í lögfræði. Því er komin eins árs reynsla á störf lögfræðinga frá lagadeild háskólans. Má segja að þar sé enn einn kaflinn skrifaður í stutta en merka sögu deildarinnar. Það er ljóst að mjög mikilvægt er fyrir lagadeildina að útskrifuðum lögfræðingum vegni vel á vinnumarkaði. Sé tekið mið af þeim störfum sem þessir lögfræðingar sinna nú og þeim viðbrögðum sem þeir hafa fengið frá atvinnulífinu er ljóst að lagadeild Háskólans í Reykjavík, starfsfólk deildarinnar, kennarar og nemendur, hafa enn staðist þau próf sem fyrir deildina hafa verið lögð með söma.

Lagadeild Háskólans í Reykjavík býður upp á vandað og öflugt laganám og er gildi þess að sannast nú. Sá kraftur sem ríkir meðal nemenda við deildina hefur bersýnilega komið í ljós í félagsstarfi við skólann. Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík, hefur vaxið frá því að vera litíð félag, stofnað af fitonskrafti þeirra frumkvöðla sem nú hafa verið lögfræðingar í eitt ár, í öflugt og leiðandi afl meðal nemendafélaga landsins. Tímarit Lögréttu er tákn um það mikla starf sem unnið er innan félagsins. Einnig er ritið mjög mikilvægt fyrir fræðastarf deildarinnar. Tímaritið hefur vaxið og dafnað frá fyrstu útgáfu og óhætt er að segja að þetta hefti, það niunda frá upphafi, beri þess merki að hér er á ferðinni vandað og áhugavert rit fullt af efni sem varðar alla lögfræðinga. Að þessu sinni er efni tímaritsins einkar fjölbreytt og er það í samræmi við ritstjórnarstefnu þess.

Í ritinu að þessu sinni eru tvær ritrýndar fræðigreinar. Fyrst ber að nefna grein Aðalsteins Egils Jónassonar, dósents við Háskólann í Reykjavík, sem ber heitið: Þróun löggjafar um verðbréfavíðskipti – Einkavæðing, alþjóðavæðing og vöxtur fjármálamarkaða. Þar rekur höfundur þróun löggjafar um verðbréfavíðskipti sem hefur verið gríðarlega hröð á undanförunum árum. Þær miklu breytingar sem orðið hafa á fjármálamörkuðum hafa sífellt kallað á nýja eða aðlagða lagasetningu og hafa breytingarnar verið slíkar að erfitt hefur verið að fylgja þeim. Greinin gefur innsýn í þessa þróun og rekur helstu breytingarnar. Það er skoðun undirritaðs að það skorti mjög lesefni um verðbréfamarkaðsrétt hér á landi og er þessi grein því sérstakt fagnaðarefni. Þá ber að nefna grein Ingvars Sverrissonar, lögfræðings ASÍ, um

tilskipun Evrópusambandsins um viðurkenningu starfsréttinda, nr. 2005/36/EB. Í greininni rekur höfundur efni tilskipunarinnar sem mun verða innleidd í íslenskan rétt á næstu misserum.

Líkt og fyrr hefur komið fram er það stefna ritnefndar Tímarits Lögréttu að bjóða upp á fjölbreytt skrif á sviði lögfræði. Til að ná því markmiði hefur ritnefndin lagt sérstaka áherslu á að birta einnig greinar sem vegna forms eða efnis heyra ekki undir flokk ritrýndrar fræðigreina. Vilji höfunda kann einnig að ráða því að greinar séu ekki ritrýndar. Í ritinu að þessu sinni eru tvær óritrýndar greinar. Ber fyrst að nefna grein Jóns Steinars Gunnlaugssonar hæstaréttardómara, „Mál af þessu tagi“. Þar svarar höfundur Eiríki Tómasyni sem birti grein í Úlljóti á síðasta ári en hún fjallaði um sératkvæði Jóns Steinars í hæstaréttarmáli nr. 148/2005 frá 20. október 2005. Greinin tekur á álitaeftum um sönnunarbyrði og sönnunarmat og veltir höfundur upp þeirri spurningu hvort kröfur til sönnunarfærslu í kynferðisafbrotamálum hafi breyst. Greinin er einkar áhugaverð og á erindi til allra lögfræðinga sem og áhugamanna um lög almennt. Ritnefnd Tímarits Lögréttu fagnar því að ritið sé orðið vettvangur fyrir skoðanaskipti lögfræðinga og má geta þess að svo var einnig í síðasta hefti. Næst ber að nefna grein Lilju Bjargar Arngrímsdóttur um skyldur fjármálfyrirtækja í aðgerðum gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Greinin er unnin uppúrmeistararitgerð Lilju við lagadeild Háskólans í Reykjavík en Lilja útskrifaðist úr fyrsta útskriftarárgangi deildarinnar. Í greininni rekur höfundur þær reglur sem gilda um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka og greinir þær skyldur sem hvíla á fjármálfyrirtækjum um þessi efni. Einnig er tilurð reglnanna og hugtökum þeim tengd gerð góð skil. Hér er um að ræða aðra greinina þar sem útskrifaðir nemendur skólans birta útdrátt úr meistararitgerðum sínum og er það von ritnefndar að þessi liður festist í sessi.

Einnig eru í ritinu kynningar á tveimur nýútkomnum bókum eftir prófessora við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Þetta eru bækurnar Lögskýringar eftir Davíð Þór Björgvinsson og Almannatryggingar og félagsleg aðstoð eftir Dr. Guðmund Sigurðsson og Dr. Ragnhildi Helgadóttur.

Með ósk um ánægjulegan lestur.



Jón Steinar Gunnlaugsson,
hæstaréttardómari

„MÁL AF ÞESSU TAGI“

E

97

1	INNGANGUR	98
2	SÉRATKVÆÐIÐ	98
3	SÖNNUNARBYRÐI OG SÖNNUNARMAT	101
4	EINGÖNGU VITNISBURÐUR ÆTLAÐS BROTAÞOLA?	101
5	„MÁL AF ÞESSU TAGI“	102
6	TILBÚIÐ DÆMI TIL SAMANBURÐAR	104
7	NOKKRIR DÓMAR Í ANNARS KONAR MÁLUM	105
8	HAFI SÖNNUNARKRÖFUR BREYST?	107
9	LOKAORÐ	108

1. INNGANGUR¹

Kennurum í lögfræði hefur stundum verið legið á hálsi fyrir að sinna ekki sem skyldi fræðilegri umfjöllun um dóma Hæstaréttar. Slík umfjöllun sé nauðsynleg bæði til að kanna fordæmisgildi dómanna en einnig til að veita dómstólnum það fræðilega aðhald sem nauðsynlegt er. Ég held að nokkuð sé til í þessu.² Kannski þar hafi einhver áhrif, að prófessorar í lögum eru sérstaklega nefndir meðal þeirra sem taldir eru upp í 1. mgr. 8. gr. laga nr. 15/1998 sem varadómarar í Hæstarétti. Er ekki óalgenget að leitað sé í þeirra raðir, þegar dómarar eru vanhæfir til meðferðar máls.

Skemmtilega undantekningu frá þessari deyfð kennaranna gat að líta í afmælisriti Úlfjljóts 60 ára, sem út kom á árinu 2007.³ Þar birtir Eiríkur Tómasson, prófessor við laga-deild Háskóla Íslands, langa grein⁴ um sér- atkvæði mitt í hæstaréttarmáli nr. 148/2005, en dómur í því var kveðinn upp 20. október 2005.⁵ Ég fagna þessu framtaki og tel að með því sé mér sýndur sérstakur sómi. Ég man ekki til þess að hafa séð jafn viðamikil skrif um sératkvæði áður og raunar er sjaldgæft að einstakir dómar fá viðlíka umfjöllun; og þá á ég við sjálfa dómsniðurstöðuna, sem er talin hafa fordæmisgildi, en ekki tilfallandi sératkvæði. Ég fæ ekki lesið annað úr þessu en prófessorinn telji afstöðu mína

til úrlausnarefna Hæstaréttar sérstaklega þýðingarmikla.⁶

Í umræddu dómsmáli var fjallað um sönnun sakar manns sem ákærður var fyrir kynferðisbrot. Sératkvæðið laut að því, að ekki væri sannað með lögfullum hætti að ákærði hefði gerst sekur um annað af þeim tveimur ákæruatriðum sem skotið var til Hæstaréttar. Hann hafði verið sakfelldur fyrir þetta ákæruatriði í héraði, þar sem þrír embættisdómarar sátu í dómi. Í Hæstarétti sátu fimm dómarar í málinu og var sakfelling héraðsdóms staðfest af fjórum þeirra en sá sem þetta skrifar skilaði sératkvæði með nokkuð ítarlegum rökstuðningi. Fer sératkvæðið orðrétt hér á eftir. Tel ég það að mestu leyti skýra sig sjálf, en þeim sem vilja kynna sér málið betur er bent á dómásafnið.

2. SÉRATKVÆÐIÐ

„I.

Ákærði hefur neitað sök. Samkvæmt 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar skal hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi talinn saklaus þar til sekt hans hefur verið sönnuð. Sama regla er orðuð svo í 2. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem leiddur var í lög á Íslandi með lögum nr. 62/1994, að hver sá sem borinn sé sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt hans er sönnuð að lögum. Í 45. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála er kveðið svo á að sönnunarbyrði um sekt sakbornings og atvik, sem

1 Nokkrir lögfræðingar lásu grein þessa yfir og gáfu höfundi þarflegar ábendingar um endurbætur og lagfæringar. Þeir voru hæstaréttardómararnir Ólafur Börkur Þorvaldsson og Páll Hreinsson, Þórður S. Gunnarsson forseti lagadeildar Háskólans í Reykjavík, hæstaréttarlögmennirnir Karl Axelsson, Brynjar Níelsson, Björgvin Þorsteinsson, Heimir Örn Herbertsson og Þorsteinn Einarsson og loks Halldór Björnsson aðstoðarmaður hæstaréttardómara. Kann höfundur þeim bestu þakkir fyrir. Hann hafnaði hins vegar tilboði um að greinin yrði ritrynd. Fær hann ekki betur séð en svonefnd ritryni hafi á stundum yfirbragð einskonar ritskoðunar. Nafnlausir „fræðimenn“ eru látnir lesa yfir og gera athugasemdir og jafnvel tillögur um breytingar á efni. Slík athugun hefur yfirleitt þann tilgang að kanna hvort grein falli að fyrirfram gerðu líkani og er því oft fallin til þess að hamlá fjölbreytni í skrifum um fræðileg efni. Höfundur þessarar greinar er andvígur þessari aðferð og telur mat á lesefni best komið í höndum lesenda.

2 Vonandi er þetta nú að breytast með nýjum mönnum í skólunum og fleiri lagadeildum.

3 Úlfjljótur – afmælisrit, 3. tbl. 2007.

4 Sjá bls. 481–516 í ritinu.

5 H. 2005.4042.

6 Fyrst prófessorinn valdi að fjalla um afstöðu mína til sönnunarfærslu í opinberum málum með þessum hætti hefði hann líka getað fjallað um sératkvæði mín í H.2005.2171, þar sem reyndi á sönnun sektar í fikniefnamáli og í hæstaréttarmáli nr. 45/2006, sem dæmt var 8. júní 2006, en þar var fjallað um sönnunarfærslu í alvarlegu líkamsárásarmáli. Í báðum þessum sératkvæðum er gerð ítarleg grein fyrir sjónarmiðum mínum um sönnunarfærslu ákæruvalds í málunum.

telja megi honum í óhag, hvíli á ákærvaldinu. Í 46. gr. laganna kemur fram að sönnunarskyldan gildi „um hvert það atriði sem varðar sekt og ákvörðun viðurlaga við broti“. Skal dómari meta hverju sinni hvort nægileg sönnun sé komin fram um þessi atriði. Við það mat kannar hann þau sönnunargögn sem færð hafa verið fram fyrir dómi. Til þeirra heyra einkum sýnileg sönnunargögn um brot, vitnisburður þeirra sem vitni hafa orðið að broti og skýrslur hins ákærða manns, þar sem hann tjáir sig um sakargiftir.

II.

Í 1. og 2. lið ákærunnar er ákærða gefið að sök að hafa haft samræði við dóttur sambúðarkonu sinnar í fyrsta lagi í að minnsta kosti eitt skipti á árinu 1993 eða fyrri hluta ársins 1994 og í öðru lagi í nokkur skipti á árunum 1995 og 1996. Í héraðsdómi var talið sannað, að hann hefði í fyrria tilvikinu gerst sekur um önnur kynferðismök en samræði við stúlkuna og í síðara tilvikinu að hann hefði haft við hana samræði í fimm skipti á árunum 1995 og 1996 og á fyrri hluta árs 1997. Hann var svo sýknaður af fyrria brotinu vegna sakarfyrningar.

Þessar sakfellingar í héraðsdómi voru eingöngu byggðar á vitnisburði ætlaðs brotapolá. Segir í forsendum dómsins, að vitnisburðurinn sé trúverðugur og ekkert sé komið fram sem hnekkir honum. Jafnframt er þar sagt, að ekkert sé komið fram undir rekstri málsins sem gefi raunhæfa ástæðu til að ætla að hinar alvarlegu sakargiftir eigi sér aðra skýringu en þá að ákærði hafi brotið gegn stúlkunni með þeim hætti sem hún haldi fram.

Í þessari úrlausn felst að í tilvikinu, þar sem ætlaður brotapolá ber fram sakir á hendur manni um brot af því tagi sem hér um ræðir og hann neitar sök, dugi til sakaræfellis, að kærandinn teljist trúverðugur að mati dómara. Þá megi hreinlega snúa sönnunarbyrði við og leggja á hinn sakada mann að hnekkja framburðinum. Líklega eru vandfundin dæmi um að dómstólar hafi sakfellt ákærða menn fyrir refsiverð brot á slíkum grundvelli í öðrum flokkum afbrota. Þessu virðist ráða sú aðstæða að sönnunarfærsla

um brot er jafnan erfið í málum af þessu tagi og svo hitt að brot, ef sömnuð eru, teljast án nokkurs vafa svívirðileg að almenningsáliti, því í þeim felst alvarlegt trúnaðarbrott gegn barni, sem viðkomandi sakborningi hefur verið trúað fyrir til upplidis. Þessi aðstæða getur ekki að réttum lögum valdið því að sakborningar séu sviptir þeirri mannréttindavernd sem fyrrgreindum lagareglum um sönnunarfærslu í sakamálum er ætlað að tryggja þeim. Er með öllu óheimilt að láta þessar aðstæður valda því að farið sé svo með sönnunarbyrði sem héraðsdómur gerir hér; að snúa henni við og leggja á ákærða að hnekkja framburði þess sem á hann ber sakir.

Það getur ekki haft sjálfstætt sönnunargildi í sakamálum, að kærandi hafi skýrt fleirum en lögreglu frá þeim brotum sem sakir beinast að, nema sérstaklega standi á, einkum eflangt er um liðið frá ætluðum brotum. Í hinum afþrýjaða dómi er nefnt að kærandi hafi, eigi síðar en 1997, greint tveimur vinkonum sínum frá kynferðisbrottum ákærða. Í vitnisburði annarrar vinkonunnar kom fram, að þetta hefði gerst einu sinni, tilefnið hafi verið að hin vinkonan hafi skýrt þeim frá kæru á hendur föður sínum um sambærilegar sakargiftir; kærandi hafi verið drukkin við þetta tækifæri og hún hafi ekki gefið neina lýsingu á því í hverju ætluð misnotkun hefði verið fölginn. Jafnvel þó að fallist yrði á að sönnunarfærsla í opinberu máli geti yfirleitt farið fram með þessum hætti, verður ekki talið að vitnisburður á borð við þennan geti þar haft þýðingu og þá heldur ekki mat héraðsdómara á trúverðugleika hans, enda eru engin efni til að rengra framburðinn. Hann felur aðeins í sér endursögn á frásögn annars manns og skiptir því ekki máli um sönnun sakargiftanna. Hið sama er að segja um bréf, sem kærandi kveðst hafa skrifað nafngreindum vini sínum. Í framburði hans í málinu kom raunar fram að bréf þetta hefði líklega verið skrifað á árinu 1999, eftir að komið var á kynferðissamband ákærða við stúlkuna samkvæmt eigin frásögn hans. Bréfið liggur ekki fyrir í málinu, þar sem móttakandi þess kveðst hafa glatað því. Í bréfinu kann að hafa verið efni, sem átti rót sína að rekja til hinna nýrri tilvika. Í engri þessara frásagna er því haldið fram, að

kærandi hafi skýrt frá samræði ákærða við sig. Þær geta því aldrei, hvað sem öðru líður, orðið til stuðnings sakfellingu í 2. lið ákærunnar fyrir þá háttsemi, svo sem raunin varð í héraðsdómi.

Af hálfu ákærða hafa verið nefnd ýmis atriði sem hann telur til þess fallin að draga úr trúverðugleika kærandans. Að hluta er gerð grein fyrir þeim í hinum áfrýjða dómi. Þar er meðal annars vikið að misræmi í framburði hennar um tilvikið í 1. lið ákæru, misræmi í framburði hennar um fjölda tilvika á árunum 1995 til 1996 og sýnilegum ruglingi í tíma við atburði eftir árið 1998, sem að hluta til er ákært fyrir í 3. lið ákærunnar. Af hálfu ákærða hefur verið vísað á fleiri dæmi sem talin eru sama marki brennd. Þannig beri gögn málsins víða með sér að kærandi hafi gegnum árin leitað mjög til ákærða og samband þeirra verið gott. Þess finnst þó dæmi í framburði kæranda, að hún segist hafa viljað fordast samneyti við hann. Fyrir dómi hafi hún allt að einu, þegar hún hafi verið spurð um atburði áramna 1995 og 1996, gefið það svar að sér hafi þótt afar gaman að fara með ákærða „út í torfæru og leika sér í snjónum og þá stoppaði hann bílinn stundum og lét mig leggjast í framsætinu og gerði sitt bara.“ Þá sé meðal málgagna að finna ritaðan texta af hljóðsnældu, þar sem kærandi hafi hljóðritað símtal við ákærða 31. janúar 2004, nokkrum dögum áður en hún bar fram kæru sína hjá lögreglu. Hafi hún sagst gera þetta til að freista þess að ná fram játningu hans á brotum gagnvart henni. Í símtalinu hafi hún samt aldrei haft orð á því að hann hafi brotið gegn henni á þeim tíma, sem 1. og 2. líður ákærunnar fjalla um.

Fallast má á það með ákærða, að þetta séu allt atriði, sem héraðsdómur hefði þurft að vika að, þegar hann mat trúverðugleika kæranda. Verður af þessum sökum ekki hjá því komist að ætla að niðurstæða héraðsdóms um sönnunargildi munnlegs framburðar kæranda fyrir dómi kunni að vera röng svo einhverju skipti, svo sem það er orðað í 5. mgr. 159. gr. laga nr. 19/1991. Af þessum sökum gæti Hæstiréttur samkvæmt þessu lagaákvæði fellt úr gildi héraðsdóm og meðferð málsins í héraði í þeim mæli að munnleg sönnunarfærsla færi þar fram á ný eftir þörfum

og leyst yrði úr málinu á ný. Þegar hins vegar er hér litið til þess sem fyrr sagði, að sakfelling í refsímáli verður ekki eingöngu reist á framburði kæranda gegn neitun ákærða, tel ég að ekki sé ástæða til þessarar afgreiðslu málsins.

Með vísan til alls þess sem hér hefur verið rakið tel ég ósannað að ákærði hafi gerst sekur um þau brot sem hann er sakaður um í 1. og 2. lið ákærunnar og beri að sýkna hann af þeim. Þarf þá ekki að taka afstöðu til sjónarmiða um sakarfyrningu að því er þessa ákæruleiði varðar.

III.

Í 3. lið ákærunnar er ákærða gefið að sök að hafa haft samræði við kæranda í fjölmörg skipti, stundum tvisvar í viku, frá júlí 1998 til apríl 1999, en þá varð kærandi 18 ára. Er þetta, svo sem raunar brotin í ákæruleiðum 1 og 2, talið varða við 1. mgr. 201. gr. almennra hegningarlaga, þar sem refsing er lögð við því að hafa samræði eða önnur kynferðismök við barn eða ungmenni yngra en 18 ára, sem er kjörbarn, stjúp barn, fösturbarn, sambúðarbarn eða ungmenni sem viðkomandi hefur verið trúað fyrir til kennslu eða uppeldis. Upphafstímamörk ákærunnar í þessum lið eru byggð á framburði ákærða fyrir lögreglu. Þegar ákærði kom fyrir dóm vildi hann breyta frásögn sinni um upphafstíma þessara kynferðislegu samskipta sinna við kæranda og kvaðst hafa ruglast á árum. Þau hafi byrjað sumarið 1999, þegar kærandi var orðin 18 ára gömul. Tengir hann þetta við sumarleyfisferðir til Spánar á þann hátt sem greint er í hinum áfrýjða dómi. Hann hefur ekki framvísað sönnunargögnum, sem gætu verið til þess fallin að renna stöðum undir þennan breytta framburð, þó að hann ætti að hafa haft möguleika á því að minnsta kosti að einhverju marki. Með vísan til þessa en að öðru leyti með vísan til forsendna hins áfrýjða dóms, að því er þetta snertir, tel ég að staðfesta beri niðurstöðu hans um sakfellingu ákærða á brotum samkvæmt þessum lið.“

3. SÖNNUNARBYRÐI OG SÖNNUNARMAT

Um leið og ég fagna framtaki prófessorsins hlýt ég að harma að honum tekst ekki mjög vel upp við að brjóta sératkvæðið til mergjar. Umfjöllun hans einkennist nokkuð af hreinum útúrsnúningum auk þess sem þar gætir yfirlætis þegar hann gefur í skyn að höfundur atkvæðisins kunnir ekki skil á hugtökunum sönnunarbyrði og sönnunarmat.⁷ Í umfjöllun hans um þessi hugtök er að mestu leyti fjallað um sjálfsgæða hluti sem öllum dómurum og lögmönnum eru tóm. Engin grein er gerð fyrir því hvaða erindi löng umfjöllun um þau eigi í grein um þetta sératkvæði. Í tilefni skrifa prófessorsins er hins vegar ástæða til að taka fram að þessi tvö fyrirbæri í sönnunarvísindum tengjast mjög saman. Sönnunarbyrðin hvílir á ákærvaldinu en sönnunarmatið er í höndum dómans. Þetta þýðir ekki að ákærvaldið teljist hafa uppfyllt sína skyldu með því að leggja fram eitthvað sem stendur undir hugtakinu sönnunargagn. Sönnunargögnin sem ákærvald byggir á verða nefnilega að vera til þess fallin að færa lögfullar sönnur á það atriði sem sanna skal. Dómari hefur ekki frjálsar hendur við sönnunarmatið. Efnislega gildir sú regla samkvæmt 46. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála að sönnunarfærsla ákærvalds þurfi að fela í sér sönnun, sem ekki verði vefengd með skynsamlegum rökum. Þess vegna er lögfræðingum tamt að taka svo til orða að í sönnunarbyrði ákærvalds hvíli skylda til að færa fram í máli sönnunargögn um

sækt sakborninga, sem ekki verði vefengd með skynsamlegum rökum. Ef við teljum að ákærvaldi hafi ekki tekist að færa fram sönnun sem uppfyllir þessa kröfu, en dómari sakfellir ákærðan mann allt að einu, hikum við ekki við að orða þetta svo að sönnunarbyrði hafi verið snúið við. Í því felst að ákærða sé í slíku falli gert að sanna sakleysi sitt. Þetta er greinilega sú hugsun sem birtist í grein eftir Þorstein Einarsson hæstaréttarlögmann um fyrrnefndan dóm og Eiríkur prófessor gerir að umtalsefni í sínum skrifum.⁸ Sé hugleiðing lögmansins um þetta rétt er vissulega einnig heimil ályktun hans um að Hæstiréttur hafi þá sett nýja reglu um sönnunarbyrði í kynferðisbrotamálum.⁹

4. EINGÖNGU VITNISBURÐUR ÆTLAÐS BROTAÞOLA?

Prófessorinn gagnrýnir sératkvæðið fyrir orð þess um að sakfellingar héraðsdóms um 1. og 2. lið ákærunnar gegn sakborningi hafi eingöngu verið byggðar á vitnisburði ætlaðs brotaþola. Telur hann að þar sé farið með rangt mál þar sem sakfellingin hafi ekki eingöngu verið byggð á vitnisburði brotaþola heldur sé hún studd „framburði þriggja annarra vitna um það sem brotaþoli hafi tjáð þeim um refsiverða háttsemi ákærða gagnvart henni“ (a), auk þess sem til stuðnings sakfellingu sé „vísad til greinargerðar sem forstöðumaður Barnahúss hafi tekið saman á grundvelli meðferðar og viðtala við brotaþola og síðar staðfest fyrir dómi“ (b). Nokkur orð um þetta.

7 Að atriðum sem þetta varða er sérstaklega vikið í I. kafla sératkvæðisins.

8 Þorsteinn Einarsson hrl.: Hugleiðingar um dóm Hæstaréttar í málinu nr. 148/2005, Lögmannablaðið, 4. hefti 2005, bls. 30-31.

9 Prófessor Eiríkur Tómasson virðist í grein sinni saka mig um að vilja setja nýja lagareglu í sératkvæðinu. Hann vitnar á einum stað (bls. 514) í bók mína „Um fordæmi og valdmörk dómstóla“, þar sem gerð er grein fyrir þeirri skoðun minni að dómstólar geti ekki talist hafa vald til að breyta gildandi lagareglum og setja nýjar, eins og sumir fræðimenn í lögfræði hafa ýmist haldið fram eða gefið í skyn, þar á meðal

prófessorinn sjálfur (sjá til dæmis grein hans „Dómstólar og almenningsálitnið“ í afmælisriti Davíðs Oddssonar fimmtugs, útg. í Reykjavík 1998, bls. 209-211). Telur Eiríkur að höfundur sératkvæðisins (sem raunar er aldrei nefndur með nafni í greininni) hefði þurft að hafa „þessi spakmæli í huga“, eins og komist er að orði, er hann skilaði sératkvæði sínu. Má skilja á prófessorinum að hann telji að í sératkvæðinu felist breyting á reglu 47. gr. laga nr. 19/1991, hvernig svo sem hann kemst að þeirri niðurstöðu. Hann gefur með þessum hætti í skyn að ég fylgi ekki sjálfur eigin kenningum um hlutverk dómstóla, þegar á reynir í dómarastarfi mínu. Ég læt lesendum eftir að leggja dóm á réttmæti þessarar ásökunar prófessorsins.

a) Í sératkvæðinu er sérstaklega vikið að þýðingu þess fyrir sönnunarfærslu í málinu að kærandi hefði skýrt tveimur vinkonum sínum frá brotum, áður en brotin voru kærð til lögreglu og frásögn vinar hennar af bréfi frá henni sem var glatað. Er þar sagt að upplýsingar um slíka hluti geti ekki haft „sjálfstætt sönnunargildi í sakamálu“. Professorinn gagnrýnir raunar þessi tilteknu ummæli sérstaklega. Sýnist mér hann annað hvort ekki skilja þau eða hann snýr vísvitandi út úr þeim. Allir sæmilega læsir menn ættu að eiga auðvelt með að skilja hvað hér er sagt í sératkvæðinu.¹⁰ Um er að ræða ætluð brot í fortíðinni. Sá sem kærir skýrir öðrum en lögreglu frá þeim.¹¹ Vitneskja um slíkar frásagnir getur ekki sjálfstætt skipt máli fyrir sönnunarfærsluna, nema alveg sérstaklega standi á, eins og það er orðað í sératkvæðinu, og skiptir þá ekki máli hvort sagt var frá fyrir eða eftir lögreglukæru. Framburður vitnanna þriggja hafði því að mínu mati ekki þýðingu fyrir sönnunarfærsluna, hvorki beina né óbeina. Þar að auki er varla athugasvert að komast svo að orði, þegar framhjá þessum framburði er litið, að sakfelling hafi eingöngu byggst á vitnisburði ætlaðs brotaþola, þar sem frásagnir vinanna þriggja voru endursögn á því sem brotaþolinn átti að hafa sagt við þá. Kannski má gagnrýna notkun orðsins „vitnisburður“, þar sem það orð á auðvitað við um það sem sagt er fyrir dómi en ekki það sem vinum kann að hafa verið sagt utan réttar. Þessi orðnotkun er þó algerlega meinlaus og gefur ekkert tilefni til málflytningu prófessorsins.

b) Hið sama er að segja um greinargerð forstöðumanns Barnahúss. Hún var líka byggð á viðtölum við kæranda og í því tilviki eftir að kært hafði verið til lögreglu. Svona greinargerð skiptir að mínum dómi yfirleitt ekki máli fyrir sönnunarfærsluna, enda kemur sú frásögn brotaþola, sem greinargerð byggist á, venjulega fram í því sem brotaþolinn ber sjálfur fyrir dómnum. Ekki er þó unnt að útiloka að í svona greinargerð geti komið fram upplýsingar sem taldar yrðu skipta máli fyrir sönnunarfærsluna. Sem dæmi má nefna að þar hafi brotaþoli skýrt frá einhverju sem hann getur ekki hafa fengið vitneskju um nema í tengslum við afbrot eða þá að fram komi misræmi í frásögnum sem talið er draga úr trúverðugleika vitnisburðar brotaþola fyrir dómi. Engar slíkar upplýsingar voru í umræddri skýrslu og taldi ég hana því ekki skipta nokkru máli fyrir sönnun sakargifta á hendur ákærða. Hún fól að mínu mati hvorki í sér beina né óbeina sönnun. Þetta hefði sjálfsgagt mátt orða með skýrari hætti í atkvæðinu. Þá hefði kannski verið forðað þeirri fræðilegu slynsni að prófessor í lögfræði fengi tilefni til að velta við augljósri merkingu þess sem sagt var.

5. „MÁL AF ÞESSU TAGI“

Það hefur ekki mikla þýðingu fyrir sönnunarfærðin í sakamálu að karpa við prófessor sem velur sér það hlutskipti sem Eiríkur Tómasson gerði í „ritrýndri“ grein sinni í afmælisriti Úlfjljóts.¹² Það er mun áhugaverðara að eyða nokkrum orðum í viðhorf sem virðast í auknum mæli gera

10 Hér er um það að ræða sem enskumælandi menn kalla „hearsay evidence“, það er að segja framburð vitnis um eitthvað sem annar maður hefur sagt því. Framburður af þessu tagi hefur varla sönnunargildi nema alveg sérstaklega standi á. Oftast ætti dómari að sýna ósk málsaðila um svona „sönnunarfærslu“, og þá sérstaklega í því tilviki þegar sá sem haft er eftir kemur sjálfur fyrir dómnum til að gefa vitnisburð. Mat á framburði getur varla ráðist af því hversu oft og hversu mörgum hefur verið skýrt frá áður en framburður er gefinn fyrir dómi.

11 Fróðlegt er einnig að bera þetta saman við tilvik, þar sem lögreglumenn hafa gefið vitnisburð fyrir dómi um að ákærður

maður hafi viðurkennt brot sitt fyrir þeim, án þess að um formlega skýrslugjöf hafi verið að ræða. Slíkur framburður lögreglumanna hlýtur að jafnaði að teljast áreiðanlegri heldur en framburður vina og kunningja ætlaðs brotaþola um frásagnir hans af broti. Því er þó jafnan hafnað að byggja áfællisdóm á slíkum framburði lögreglu, sjá til dæmis H.2001.598, H.2001.3972 og H.2005.2056, en þessir dómur eru reifaðir hér síðar.

12 Tekið er fram meðanmáls við upphaf greinarinnar, að hún hafi verið yfirfarin og samþykkt af ritrýningefnd Úlfjljóts. Fræðilegir annmarkar á greininni virðast hafa farið framhjá nefndinni.

sig gildandi í þeim flokki afbrotamála sem umrætt mál fellur undir, kynferðisbrotum. Kannski verður þessum viðhorfum best lýst með lokaorðum prófessorsins í grein hans í afmælisriti Úlfjóts. Þar segir svo:

„Ef ekki væri, almennt séð, unnt að færa fram slík sönnunargögn¹³ og taka tillit til þeirra við mat á sönnun í málum sem þessum, eins og haldið er fram í fyrrgreindu sératkvæði, yrði óhjákvæmilegt að sýkna ákærða, svo framarlega sem hann neitaði staðfastlega sakargiftum, í flestum, jafnvel öllum málum af þessu tagi. Sú niðurstaða væri með öllu óásættanleg að mati þess sem þetta ritar“ (leturbreytingar mínar).

Ég fæ ekki betur séð en prófessorinn geri því skóna, að annað sönnunarmat eigi við í þessum afbrotaflokki en öðrum. Á hverju byggir hann það? Reglur VIII. kafla laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála gera ekki greinarmun á sönnunarfærslu og sönnunarmati eftir brotaflokkum. Reglur 45. og 46. gr. laganna um sönnunarbyrði ákærvalds, um að sönnun þurfi að uppfylla þá kröfu að verða ekki vefngd með skynsamlegum rökum og um að slík sönnun þurfi að vera komin fram um hvert það atriði sem varðar sekt og ákvörðun viðurlaga við broti, eiga við um alla brotaflokkka.¹⁴ Við hvað styður prófessor í lögfræði kenningu um að mismunandi reglur gildi eftir brotaflokkum?¹⁵

Hvað sem líður svari við þessari spurningu held ég að nokkuð sé til í því, sem líklega kemur óbeint fram í grein prófessorsins, að dómstólar hafi í reynd slakað á sönnunarkröfum svo um munar í þessum brotaflokki. Það væri verðugt verkefni fyrir fræðimenn í sakamálaréttarfari að takast á hendur rannsókn, þar sem sönnunarkröfur í mismunandi brotaflokkum yrðu bornar saman.

Meðal sönnunargagna sem oft eru lögð fram í sakamálum vegna kynferðisbrota eru skýrslur um rannsókn á svonefndri áfallastreituröskun hjá ætluðu fórnarlambi brots. Er oft vísað til slíkra skýrslna, þegar komist er að þeirri niðurstöðu að sök hins sakaða manns teljist sönnuð. Hér er um að ræða athugun sérfræðings á ætluðum afleiðingum brots á andlegt ástand brotaþola. Nú liggur það auðvitað í hlutarins eðli að sjaldnast er unnt með vissu að vita hvað það er sem veldur þeirri vanlíðan eða röskun sem mæld er. Mælingin er enn síður til þess fallin að sanna sök þess tiltekna sakbornings sem saksókn er beint að í viðkomandi máli. Í stöku tilvikum kann meira að segja kæra um brot og sú niðurlægning sem ætlaðir brotaþolar upplifa oft í framhaldinu að valda röskun á andlegri líðan. Það sem tengir ástand hins ætlaða fórnarlambis við sakborninginn er enn sem áður það sama: frásögn fórnarlambisins sjálfs. Mennt verða að setta sig við að afbrot sem engin vitni eru að verða yfirleitt ekki sönnuð með því að láta kunnáttumenn fara inn í heilabú fórnarlambis eða sakbornings og kanna sannleiksgildi frásagna þeirra. Réttmæt þrá eftir því að afbrotamenn sleppi ekki við refsingu má ekki valda því að þúgar séu til aðferðir af þessu tagi við sönnunarfærslu. Ef menn samþykkja að unnt sé að sanna brot með þessum hætti hljóta þeir jafnframt að telja það draga úr líkum á að brot hafi verið framið ef ekki mælast merki um afleiðingar á andlega heilsu ætlaðs brotaþola. Það hlýtur aðeins að vera í sérstökum undantekningartilvikum að rannsóknir af þessu tagi geti talist hafa sönnunargildi um sök ákærðs manns, eins og til dæmis ef fram koma upplýsingar við slíka rannsókn um vitneskju ætlaðs fórnarlambis sem það getur aðeins hafa öðlast við afbrot. Það er sjaldgæft eða jafnvel óþekkt að

¹³ Hér á hann sýnilega við það sem rætt hefur verið hér á undan, „vitnisburð“ vinanna sem kærandi hafði nefnt ætluð brot við og greinargerð forstöðumanns Barnahúss.

¹⁴ Af sérstöku tilefni úr grein prófessorsins er rétt að taka fram að 47. gr. laganna breytir engu um þetta.

¹⁵ Kannski að kenning prófessorsins um þetta skýri hvers vegna hann kaus að fjalla um þetta sératkvæði sérstaklega og sleppa alveg að minnast á sératkvæði í H.2005.2171 (fíkniefnamál) og H. 8. júní 2006 í máli nr. 45/2006 (líkamsrás), þar sem fram koma sömu meginviðhorf til reglunnar um sakleysi þar til sekt sannast.

ákærvald reyni sönnunarfærslu af þessu tagi í öðrum flokkum afbrota, jafnvel þó að þar kunni að vera skortur á raunverulegum sönnunargögnum um afbrot sem ákært er fyrir.

Í seinni tíð má finna dæmi um áfellsdóma í kynferðisbrotamálum, þar sem sönnunarfærsla er afar veik svo ekki sé meira sagt. Til athugunar vísast til dæmis til H.2002.1065, H.2003.3386, H.2005.4042,¹⁶ H. 1. júní 2006 í máli nr. 44/2006 og H. 1. febrúar 2007 í máli nr. 243/2006. Þess ber að geta að finna má dæmi um sakfellingar í öðrum brotaflokkum, sem að mínum dómi verða ekki taldar reistar á fullnægjandi sönnunarfærslu um sök. Læt ég þar við sitja að nefna H.2005.2171 (fíkniefnabrot) og H. 8. júní 2006 í máli nr. 45/2006 (líkamsárás), en í báðum þessum málum skilaði ég sératkvæði.

6. TILBÚIÐ DÆMI TIL SAMANBURÐAR

Lítum nú á tilbúið dæmi um kæru um afbrot í „venjulegu“ líkamstjónsmáli og skoðum sönnunarfærslu á borð við þá sem virðist vera talin duga í kynferðisbrotamálum:

Pilturinn A er 18 ára gamall. Hann ber upp við lögreglu kæru á hendur stjúpfaður sínum B um líkamsárás fyrir þremur árum, þegar A var 15 ára. Þeir hafi farið tveir saman í veiðiferð í Veidivötn í þrjá daga og gist í veiðiskála sem þar er. Eitt kvöldið hafi B verið að drekka áfengi og orðið drukkinn. Þeim hafi orðið sundurorða og B þá veist að A með barsmíðum. Afleiðingar árásarinnar hafi orðið þær, að A hafi marist illa á baki, kvið og vinstra fæti. Daginn eftir hafi B bedið sig afsökunar og óskað eftir að A skýrði ekki neinum frá því sem gerst hefði. A segist hafa jafnað sig á meiðslunum án þess að hafa þurft að leita læknishjálpar. Atviknið hafi samt alla tíð síðan haft veruleg áhrif á andlega líðan sína og sjái hann nú að hann eigi ekki að láta þetta yfir

sig ganga án þess að B verði látinn bera ábyrgð á gjörðum sínum.

Lögreglan tekur málið til rannsóknar. C, móðir A, gefur skýrslu og segist minnst þess að A og B hafi farið umrædda ferð. Eftir á að hyggja hafi A verið fremur niðurdreginn fyrst eftir heimkomuna. Þá minni hana að A hafi þá stungið við á vinstra fæti. Hún hafi spurt B um þetta og hann gefið henni þá skýringu að A hefði dottið og meitt sig á fætinum. Hún hefði látið þetta duga og aldrei fært þetta í tal við A sjálfan. Hún sjái núna að það sé eins og samband A og B hafi farið versnandi eftir þetta. Í ljós kemur að stuttu eftir að ferðin var farin tók A að neyta áfengis og jafnvel fíkniefna. Námsárangri hans, sem fram að þessu hafi verið góður, hafi tekið að hraka um þetta leyti. Sálfræðingur tekur A í viðtöl og kemst að þeirri niðurstöðu að A hafi einkenni um svonefnda áfallastreituröskun og bendi allt til þess að hana megi rekja um þrjú ár aftur í tímann. Telur sálfræðingurinn frásögn A trúverðuga. Þá upplýsist við rannsókn málsins, að A hafi um einu og hálfu ári eftir ferðina skýrt skólafélaga sínum frá líkamsárásinni, þar sem þeir höfðu setið tveir saman við hjórdrykkju og rætt heimilisofbeldi í tilefni af því að skólafélaginn hafði mátt þola slíkt ofbeldi á sínu heimili.

Tekin er skýrsla af B. Hann kveðst koma af fjöllum og kannast ekkert við sakargiftir A. Hann segist minnst þess að A hafi meitt sig á fæti í ferðinni en kveðst ekki hafa átt nokkurn þátt í að valda þeim meiðslum. Hann segist ekkert skilja í því að A skuli bera þetta á sig. Kannski eigi þetta rót að rekja til þess að hann og C hafi skilið að skiptum nýlega vegna þess að hann hafi tekið saman við aðra konu auk þess sem deilt sé um skiptingu eigna úr sambúðinni.

Spurt er: Hefur í málinu verið færð fram full sönnun um brot?

Svarið vefst ekki fyrir nokkrum manni. Svo er ekki. Sönnunarfærslan í málinu er fjarri

¹⁶ Þetta er málið með sératkvæðinu sem varð prófessor Eiríki Tómassyni að yrkisefni.

því að geta talist fullnægjandi til sakfellingar stjúpforðurins. Samt er lýsing atburða og sönnunarfærsla svipuð því sem menn þekkja úr málum sem varða kynferðisbrot og hefur á þeim vettvangi verið látin duga til sakfellingar. Visast hér til dóma sem nefndir voru undir lok 5. kafla að framan.

7. NOKKRIR DÓMAR Í ANNARS KONAR MÁLUM

Svo sem fyrr var nefnt væri það verðugt verkefni fyrir fræðimenn í sakamálaréttarfari að takast á hendur rannsókn, þar sem sönnunarkröfur í mismunandi brotaflokkum yrðu bornar saman. Mér segir svo hugur að síðustu árin hafi verið slakað verulega á þessum kröfum í flokki kynferðisbrota, þó að svo hafi ekki verið gert í sakamálum yfirleitt. Nefna má nokkur dæmi, sem valin eru af handahófi, þar sem ekki verður betur séð en kröfur hafi verið miklu strangari en þekktist í kynferðisbrotaflokknum.¹⁷

H.2001.598. Ó var ákærður fyrir að hafa ekið bifreið undir áhrifum áfengis. Ökuferð hans lauk með því að hann ók bifreiðinni utan í jarðgöng og yfirgaf hana að því búnu. Fékk hann bilfar með fólki sem kom að og tilkynnti lögreglunni ekki um óhappið fyrr en um klukkustund síðar. Hann var handtekinn í kjölfarið og reyndist hann þá nokkuð ölvaður. Fyrir dómi bar Ó að hann hefði neytt áfengis eftir óhappið en neitaði að hafa verið ölvaður er hann ók bifreiðinni. Lögreglumenn, sem yfirheyrðu Ó, báru hins vegar að hann hefði staðfest við yfirheyrslur að hafa ekki neytt áfengis eftir óhappið. Þá staðfesti Ó í lögregluskýrslu að hafa drukkið nokkru fyrir óhappið. Með hliðsjón af 1. mgr. 48. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála var ekki talið að sakfelling Ó yrði reist á því, sem skráð hefði verið eftir honum í lögregluskýrslu, nema önnur atriði styddu þann framburð í verulegum atriðum. Var ekki talið breyta neinu þar um þótt þeir lögreglumenn, sem

í hlut áttu, hefðu fyrir dómi skýrt frá samtölum sínum við Ó og framburði hans við skýrslutöku hjá lögreglu. Þótt frásögn Ó þætti lítt trúverðug voru ekki talin liggja fyrir óyggjandi gögn um að hann hefði neytt áfengis fyrir óhappið og að hann hefði ekki neytt áfengis eftir óhappið og fram til þess tíma er hann var handtekinn. Var hann því sýknaður af kröfum ákæruvaldsins.

H.2001.3972. M var ákærður fyrir að hafa ekið bifreið undir áhrifum áfengis. Við rannsókn og meðferð málsins báru tveir lögreglumenn að þeir hafi mætt bifreið ákærða sem hafi haft þokuljósinn tendruð. M og sambýliskona hans, B, staðhæfðu að hún hafi ekið bifreiðinni umrætt sinn og M setið í farþegasæti við hlið hennar. Eftir að bifreiðin hafi numið staðar hafi M snarast út úr bifreiðinni og gengið aftur fyrir hana, til viðræðna við lögreglumennina, og skilið farþegadyrnar eftir opnar. B hafi því stökkið út um dyrnar ökumanns megin og lokað þeim á eftir sér; hlaupið fram fyrir bifreiðina og að farþegadyrunum, til að koma í veg fyrir að hundur þeirra slyppi út úr bifreiðinni. Í framhaldinu hafi B sest í farþegasætið og róað hundinn. Frásögn ákærða, M, og B var talin lítt trúverðug þegar litið væri til vættis lögreglumannanna tveggja. Á það bæri hins vegar að líta að annar þeirra hafi hvorki séð M aka bifreiðinni né stíga út úr henni um ökumannsdyr að akstri loknum. Um þessi atriði væri aðeins annar þeirra til frásagnar. Báðir hafi borið að þeir hafi séð M ganga frá hæggra afturhorni bifreiðarinnar og með fram hægri hlið hennar að farþegahurð að framan. Aftur á móti væri aðeins annar þeirra til frásagnar um að M hafi í beinu framhaldi opnað farþegadyrnar og að ökumannsdyr hafi staðið opnar. Skorti þannig nokkuð á að þeir bæru um sömu atvik. Með vísan til þessa, aðstæðna á vettvangi og annarra atvika málsins þótti ekki loku fyrir það skotið að B hafi getað stigið út um ökumannsdyr bifreiðarinnar án þess að lögreglumennirnir yrðu þess varir; hraðað sér fram fyrir hana í myrkrinu og sest inn í farþegasæti hennar, hæggra megin að framan.

¹⁷ Þær dómarefanir sem birtast hér á eftir eru í flestum tilvikum teknar úr dómasetni Hæstaréttar og gerðar á þeim

smávægilegar breytingar, þar sem tilefni er til.

Þá var ekki talið umt að sakfella M á grundvelli ætlaðrar játningar hans áður en lögreglumenn höfðu gert honum grein fyrir því að honum bæri ekki skylda til að tjá sig um kæruefnið. Þótt verulegar líkur hafi verið færðar fram fyrir sekt M þótti allt að einu varhugavert að telja nægilega sannað að hann hafi verið ökumaður bifreiðarinnar.

H.2001.3984. S var ákærð fyrir að hafa ekið bifreið undir áhrifum áfengis frá golfskálunum á Bildudal til heimilis síns þar sem lögregla hafði afskipti af henni. S kvaddst ekki hafa verið undir áhrifum áfengis er hún ók umrædda leið en hafa drukkið af stút óblandað sterkt áfengi eftir að hún kom heim til sín. Skömmu síðar hafi hún farið út í bifreið sína og sest upp í hana í því skyni að ná í veski sitt. Lögreglumaður sá, sem handtók S, kvaddst hafa séð bifreið hennar við golfskálann rúmum hálf tíma áður en hann sá S aka henni áleiðis heim til sín, en samkvæmt gögnum málsins kom annar lögreglumaður á vettvang nokkrum mínútum eftir handtöku hennar. Í dómi Hæstaréttar segir að þrátt fyrir þessar aðstæður hafi þess ekki verið gætt við rannsókn málsins að taka þvagsýni af S til alkóhólsrannsóknar, heldur látið við það sitja að taka úr henni blóð, en samanburður á þessum sýnum hefði getað veitt upplýsingar um hvort ákærða hafi verið undir áhrifum þegar hún ók bifreiðinni. Þá hafi lögreglumennirnir ekki kannað hvort vél bifreiðarinnar væri heit viðkomu eða hvort einhver vitni hafi verið að hugsanlegri drykkju S í golfskálunum eða akstri hennar þaðan. Þótti sök S ekki nægilega sönnuð og var hún sýknuð af kröfum ákærvaldsins.¹⁸

H.2004.4245. X var ákærður fyrir þjófnað með því hafa brotist inn í verslun í Mjódd og stolið skiptimynt að fjárhæð um 3.000 krónur úr sjöðvél. Á vettvangi fannst eitt skófar á flisum nærri afgreiðsluborði verslunarinnar. Var niðurstaða rannsóknar lögreglu sú að það væri ekki mögulegt að farið væri eftir annan skó en skó

X. Fyrir lögreglu viðurkenndi X að hafa verið á ferð í Mjódd nóttina sem innbrotið átti sér stað, en neitaði að hafa brotist inn í verslunina. Fyrir dómi kvaddst X hafa verið í Mjódd daginn fyrir innbrotið og fram á kvöld ásamt ónafngreindri vinkonu sinni. Kvadd hann þau hafa farið inn í umrædda verslun og átt þar viðskipti. X var ekki spurður frekar um vinkonuna og ekki var hún leidd fyrir dóm til skýrslugjafar. Talið var sannað að skófarið sem fannst á vettvangi væri eftir skó X. Að virtum framburði X fyrir dómi og því að ekki yrði séð af gögnum málsins að slóð frá dyrum verslunarinnar að sjöðvél eða önnur för eftir skó hafi verið á gólfi þegar vettvangsrannsókn fór fram, var á hinn bóginn talið að vefengja mætti með skynsamlegum rökum að umrætt einstakt far eftir skó X væri frá því brotist var inn í verslunina. Hafi því ekki verið færð fram í málinu fullnægjandi sönnun um sekt X.

H.2005.2056. X var gefinn að sök fjárdráttur og brot í opinberu starfi með því að hafa í starfi sínu sem lögreglufulltrúi dregið sér haldlagt fé sem hann hafði fengið til varðveislu í kjölfar leitar og haldlagningar lögreglumanna hjá einum sakborningi. X hafði frá upphafi rannsóknar málsins staðfastlega neitað að hafa dregið sér umrætt fé. Hélt hann því fram að hann hefði sett hin haldlögðu gögn í pappaoðsku á hillu í sameiginlegu rými en að einhver þeirra lögreglumanna sem fóru með rannsókn málsins hefðu gengið frá peningunum og komið þeim til gjaldkera. Í ljósi þess að engar reglur giltu um það hver skyldi sjá um að koma haldlögðum fjármunum í vörslur skrifstofustjóra sem sæi um að leggja þá inn á sérgreindan bankareikning og framburðar lögreglumanna fyrir dómi var talið ósannað að X hefði verið eða átt að vera ljóst að peningunum var ekki skilað til gjaldkera í framhaldi af haldlagningu þeirra. Vanræksla hans sem yfirmanns þeirra lögreglumanna sem stóðu að húsleitinni umrætt sinn á að ganga úr skugga um að búið væri að koma fjármunum

18 Þeir þrír dómur sem hér hafa fyrst verið reifaðir snerta allir ölvunarakstur. Til samanburðar má af eldri dómum úr þeim flokki til dæmis nefna H.1983.947 og H.1994.1103.

til gjaldkera var ekki talin leiða til refsíabyrgðar. Þá var ekki talið eins og hér stöð á að skýringar X á þeim drætti sem urðu á afhendingu peninganna hefðu verið óeðlilegar, þrátt fyrir að hann hefði sýnt af sér nokkurt tömlæti í þeim efnum. Framburður yfirlögregluþjóns um að X hefði í samtölum viðurkennt með óbeinum hætti að hafa dregið sér peningana var gegn neitun X ekki talinn hafa sönnunargildi í málinu. Gegn neitun X var ákærvaldið ekki talið hafa sannað sekt hans og var hann því sýknaður af kröfum þess.

H. 18. maí 2006 í máli nr. 543/2005. Maður var meðal annars ákærður fyrir húsbrot með því að hafa ruðst í heimildarleysi inn í íbúðarhús. Samkvæmt framburði ákærða og vitnanna A og B kom ákærði um miðja nótt á heimili C, bróður síns og vitnanna, í því skyni að ná tali af C, en þeir höfðu átt í deilum fyrr um kvöldið. Við rannsókn málsins bar vitnunum saman um að ákærði hafi verið æstur og undir áhrifum áfengis er hann kom á staðinn. A hafi farið til dyra og meinað honum inngöngu í húsið. Ákærði skýrði svo frá hjá lögreglu að B hafi komið til dyra og hann „sýtt henni frá og farið inn“ og komist inn í stofu. Fyrir dómi kvaðst hún hafa vaknað er ákærði hringdi dyrabjöllunni, farið niður stigann af efri hæðinni og hafi ákærði þá verið að reyna að ýta móður hennar niður stigann. Hún var ekki nánar spurð um það hvort hún hafi heyrt móður sína banna ákærða að koma inn í húsið. Ákærði neitaði fyrir dómi að hafa ruðst þangað inn í heimildarleysi. B hafi opnað fyrir honum og hann verið kominn inn í stofu þegar mæðgurnar vísuðu honum á dyr. Var þannig talið að orð stæði gegn orði um hvort ákærði hafi ruðst óbodinn inn í húsið og var hann sýknaður af þeirri háttsemi.

H. 25. janúar 2007 í máli nr. 181/2006. X, forstjóra B hf. var gefið að sök að hafa brotið gegn tollalögum og almennum hegningarlögum með því að hafa við innflutning bifreiðar í nafni B hf. gefið rangar upplýsingar um verð hennar í aðflutningsskýrslu og lagt fram því til stuðnings tilhæfulausan reikning. Þótt lagt væri til grundvallar að X hefði verið kunnugt um að

greiðslur vegna bifreiðarinnar hefðu numið hærri fjárhæð en sem tilgreind var í þeim reikningi, sem lá til grundvallar aðflutningsskýrslu, var ekki talið sannað gegn eindreginni neitun hans að hann hefði ákveðið eða lagt á ráðin um hvaða gögn yrðu afhent því félagi sem sá um gerð skýrslunnar eða skipt sér að öðru leyti af skýrslugerð. Ekki var talið nægilega hafið yfir skynsamlegan vafa að mistök annarra starfsmanna félagsins hefðu ekki valdið því að ranglega hefði verið staðið að verki við samantekt gagna um verð bifreiðarinnar til undirbúnings greiðslu aðflutningsgjalda. Var niðurstaða héraðsdóms um sýknu X af þessum sakargiftum því staðfest.

H. 1. nóvember 2007 í máli nr. 272/2007. X og Y voru ákærðir fyrir að hafa veist að A og rífið allhrottalega í kynferi hans um borð í skipi sem þeir störfuðu í og lá í höfn. Þeir voru báðir sakfelldir í héraði. Framburður A þótti ekki hafa verið samhljóða um það hvar eða hvernig atlagan hefði farið fram né hvor þeirra X eða Y hefði veitt honum þá ákverka sem í ákæru greinir. X og Y neituðu báðir sök en báru báðir við að hafa munað lítið eftir atburðinum sökum ólvunar. Annar vitnisburður en frá A lá ekki fyrir í málinu. Að öllu virtu og með vísan til 45. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála þótti ósannað gegn neitun X og Y að þeir hefðu gerst sekir um verknáðinn. X og Y voru því sýknaðir af kröfum ákærvaldsins.

Það skal ítrekað að dæmin sem hér hafa verið nefnd eru valin af handahófi. Þau virðast gefa sterka vísbendingu um að gerðar séu nú mun strangari kröfur til sönnunarfærslu ákærvalds í sakamálum almennt heldur en gert er í kynferðisbrotamálum. Hér er þörf vísindalegrar rannsóknar, eins og nefnt var að framan.

8. Hafa sönnunarkröfur breyst?

Því má hugsanlega einnig finna stað að nú séu gerðar mun vægari kröfur til sönnunarfærslu

í kynferðisbrotamálum en gerðar hafa verið gegnum tíðina. Í H.1978.632 er til dæmis að finna tilvik þar sem ákærði var sýknaður, þrátt fyrir að telja verði að sterkar líkur hafi verið komnar fram um sekt hans. Maðurinn hafði verið sakfelldur í héraði en Hæstarétti þótti „ekki alveg fullnægjandi sönnun fram komin“, þrátt fyrir að samverkamaður hans hefði gefið framburð um brot hans.¹⁹ Virðast þessar sönnunarkröfur vera mun strangari en þær sem nú eru gerðar. Meðal yngri sýknudóma í málum úr þessum flokki má í dæmaskyni nefna H.1999.445, H.1999.735 og H.1999.3870.²⁰ Bera má þessa dóma saman við þá dóma sem nefndir voru undir lok 5. kafla að framan.

Það yrði áreiðanlega áhugavert ef rannsakendur í lögvisindum gerðu athugun á dómum Hæstaréttar nokkra áratugi aftur í tímann í því skyni að kanna hvort sjá megi breytingu á kröfum til sönnunarfærslu í brotum af þessu tagi. Ég hef tilfinningu fyrir að verulega hafi verið slakað á þessum kröfum. Dæmin að framan benda til þess að svo hafi verið. Því ráða ef til vill háværar umræður í fjölmiðlum, þar sem þess er stundum beinlínis krafist að sönnunarbyrði sé snúið við og sökuðum mönnum gert að sanna sakleysi sitt. Lætur nærri að undan þessu hafi verið látið í einstökum málum, þó að fyrir slíku sé engin heimild að lögum. Reglan um sakleysi þar til sekt sannast gildir að sjálfsögðu í þessum brotaflokkum eins og

öðrum. Hætta á að saklausir séu dæmdir er hér ekki síður fyrir hendi en í öðrum málum. Þess eru mörg dæmi á undanförunum árum að fólk telji sig þess umkomið að gagnrýna dómstóla harkalega á opinberum vettvangi fyrir að sýkna sakaða menn fyrir svona brot á þeim grundvelli að sök þeirra hafi ekki sannast. Fá dæmi, ef nokkur, eru um að opinber gagnrýni hafi heyrst um að sakborningur hafi verið sakfelldur þó að sök hans hafi ekki verið nægilega sönnuð. Það hlýtur þó út frá gildandi meginreglum í réttarriki að teljast miklu alvarlegra en að sekur maður sleppi. Kannski eru lokaorð prófessorsins í greininni um sératkvæðið til marks um ríkjandi viðhorf í íslenskri dómssýslu í málum af þessum toga, sem sagt að sakfella megi á grundvelli veikari sönnunarfærslu en í öðrum brotaflokkum.²¹

9. LOKAORÐ

Kynferðisbrot eru mjög alvarleg afbrot. Þau eru sérstaklega svívirðileg, þegar þau beinast að börnum, svo ekki sé talað um þau tilvik að ætlaður brotamaður misnotar barn sem býr hjá honum og hann á jafnvel að annast. Sönnunarstaða er oft erfið í málum af þessu tagi. Þessar kringumstæður mega samt ekki valda því að horfið sé frá meginreglum um réttarvernd þeirra sem sakaðir eru um afbrot. Þar eru öll sömu rök og endranær fyrir því að leitast við að hindra að saklausir menn verði sakfelldir fyrir brot, sem þeir hafa

19 Kannski hafði rétturinn hliðsjón af reglu, sem lögfest var á þessum tíma í 2. mgr. 129. gr. laga nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði og hljóðaði svo: „Nú gefa tvö eða fleiri óaðfínanleg vitni samhljóða skýrslu í öllu verulegu um sömu staðreynd, er þau hafa samtímis skynjað, og skal þá að jafnaði telja fram komna fulla sönnun um þá staðreynd, enda komi ekkert fram í málinu, er verulega veiki skýrsluna.“ Hæstiréttur hefur þá ef til vill haft í huga, að ekki yrði vægari krafa gerð um sönnun sakar í opinberu máli en hér var greind. Reglan um tvö eða fleiri óaðfínanleg vitni er í samræmi við V. Mósebók 17.6, þar sem segir: „Eftir framburði tveggja eða þriggja vitna skal sá líflátinn verða, er fyrir dauðasök er hafður. Eigi skal hann líflátinn eftir framburði eins vitnis.“ Sjá líka IV. Mósebók 35.30.

20 Meðal dóma frá svipuðum tíma má raunar einnig finna dæmi um veikburða sönnunarfærslu, sem talin var duga til áfyllis, sbr. til dæmis H.1997.1877 og H.1997.3173. Í fyrri

dómnum var héraðsdómur ómerktur með vísan til 5. mgr. 159. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála, þar sem sakarmati fjölskipaðs héraðsdóms, sem sýknað hafði ákærða, þótti vera áfátt. Málið kom aftur til Hæstaréttar eftir að hafa verið dæmt á ný í héraði af öðrum dómurum en þeim sem dæmdu hið fyrra sinn, og nú með þeirri niðurstöðu að ákærði var sakfelldur. Staðfesti Hæstiréttur þann dóm með seinni dómi sínum.

21 Hugleiðingar um þetta er að finna í riti Stefáns Mús Stefánssonar prófessors „Um sönnun í sakamálum“, sem út kom í ritróð Lagastofnunar Háskóla Íslands 2007. Höfundur segir „veigamikil rök standa gegn afslætti af sönnunarkröfum“ í þeim brotaflokkum sem hér er til umræðu (bls. 38-39). Hugleiðing höfundar um niðurstöður athugana á nýlegum hæstaréttardómum er þó ekki svo skýr sem æskilegt hefði verið.

ekki framið. Útgjöldin felast í því að sekir menn sleppa stundum. Við hljótum að vilja að rannsóknar- og réttarkerfi virki svo vel sem kostur er til að draga megi brotamenn til ábyrgðar á glæpum sínum. Leiðin til þess getur á hinn bóginn ekki falist í því að slaka á sönnunarkröfum í þessum málaflokki.

Nýlega var sýnd á Íslandi kvikmyndin Atonement eða Friðþæging á íslensku. Mynd þessi er gerð eftir samnefndri skáldsögu enska rithöfundarins Ian McEwan. Bókin kom út í London 2001 og var gefin út fyrr á þessu ári (2008) hér á landi af útgáfufélaginu Bjarti í þýðingu Rúnars Helga Vignissonar. Þetta er átakanleg skáldsaga um örlög manns sem er ranglega sakfelldur fyrir kynferðisbrot. Sönnunarfærslan um brot hans í skáldsögunni byggist á framburði sjónarvotts að brotinu og er því margfalt sterkari en sú sem talin hefur verið duga fyrir íslenskum dómstólum til sakfellingar í þessum brotaflokki. Frásögn skáldsögunnar er trúverðug og öllum sem á horfa hlýtur að verða ljóst að slíkir atburðir geta hæglega gerst í raunveruleikanum. Þessi örlagasaga hefur þau áhrif á flesta að þeir fyllast samúð með hinum saklausa manni og óbeit á því framferði sem leiðir til ógæfu hans og ástkonu hans. Samt er viðbúið að margir hinna sömu muni næsta dag eða þarnaesta krefjast „réttlætis“ yfir manni sem í þeirra eigin samfélagi er sakaður um kynferðisbrot, þó að sök hans sannist ekki. Skríttinn heimur, mannheimur!



Aðalsteinn Egill Jónasson,
dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík

ÞRÓUN LÖGGJAFAR UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

Einkavæðing, alþjóðavæðing og vöxtur fjármálamarkaða

I	INNGANGUR	113
2	LÖG NR. 27/1986 UM VERÐBRÉFAMIÐLUN	114
3	LÖG NR. 20/1989 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI OG VERÐBRÉFASJÓÐI	117
4	LÖG NR. 9/1993 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI	118
5	LÖG NR. 13/1996 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI	120
	5.1. Almennt	120
	5.2. Gildissvið reglna um innherjaviðskipti látið ná til óskráðra bréfa	121
	5.3. Fjármálaeftirlitið stofnað	121
	5.4. Heimild til að reka verðbréfamíðlanir í einkahlutafélagi	121
	5.5. Eftirlitsheimildir Fjármálaeftirlitsins auknar, útgáfa leiðbeinandi tilmæla	121
	5.6. Menntunarskilyrði framkvæmdastjóra og starfsmanna	122
	5.7. Reglur um aðskilnað starfssviða styrkt	124
	5.8. Reglum um starfsábyrgðartryggingu breytt	125
	5.9. Ákvæði um samningsbundið uppgjör afleiðusamninga tekin í lög	125
	5.10. Breytingar á hugtakinu almennt útboð	125
	5.11. Breytingar á reglum um innherjaviðskipti	126
	5.12. Ákvæði um safnskráningu tekið upp	127
	5.13. Ítarlegri ákvæði um eftirlit með eigendum virkra eignarhluta	127
	5.14. Breytingar á ákvæðinu um innherjasvik vegna Skeljungsdóms	127
	5.15. Breytingar vegna nýs stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu	127
6	LÖG NR. 33/2003 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI	127
	6.1. Almennt	127
	6.2. Breytingar í kjölfar setningar laga nr. 161/2002 um fjármálaþyrftækni	127
	6.3. Hugtakið fjármálagerningur tók við sem yfirhugtak	128
	6.4. Ákvæði um yfirtökur og flöggun færð í lög um verðbréfaviðskipti	129
	6.5. Fyrsta efnisákvæðið um viðskiptavaka tekið í lög	129
	6.6. Ákvæði um góða viðskiptavenju og „know-your-customer“ regla	129
	6.7. Hugtakið fagfjárfestir skilgreint í lögum í fyrsta sinn	130
	6.8. Nánari skilgreining á refsínæmi brota gegn lögum	130
	6.9. Áhrif aðgerðaráætlunar Evrópusambandsins og Lamfalussy skýrslan	130
	6.10. Innleiðing á MAD tilskipuninni ásamt innleiðingartilskipunum	131
	6.11. Breytingar á reglum um yfirtökutilboð og upphaf starfsemi Yfirtökunefndar	132
	6.12. Breytingar á reglum um almennt útboð vegna innleiðingar á Lysingartilskipuninni	133
	6.13. Breytingar á hugtakinu fagfjárfestir með lögum nr. 94/2006	134
	6.14. Breytingar á ákvæðum um refsíábyrgð og reglum um stjórnvaldssektir	134
7	LÖG NR. 108/2007 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI	134
	7.1. Almennt	134
	7.2. Starfsemi fjármálaþyrftækja	135
	7.3. Fjárfestingarráðgjöf	135
	7.4. Breytingar á hugtakinu fagfjárfestir	136
	7.5. Rekstur markaðstorgs fjármálagerninga (MTF)	137
8	LOKAORÐ	139

1. INNGANGUR

Frá því fyrstu lög voru sett um viðskipti með verðbréf á Íslandi árið 1986 hefur átt sér stað gríðarlega mikil þróun í löggjöf á sviði verðbréfavíðskipta. Löggjöfin hefur frá 1986 þróast úr tiltölulega einfaldri staðbundinni löggjöf yfir í alþjóðlega margslungna löggjöf. Þrír grundvallarþættir hafa haft mest áhrif á þessa þróun; einkavæðing, alþjóðavæðing og vöxtur fjármálamarkaða.

Miklar sviptingar urðu á verðbréfa-mörkuðum í Evrópu í kjölfar einkavæðingarbylgju sem átti sér stað á meginlandi þess að stórum hluta á árunum 1980 til 1990. Einkavæðingin á Íslandi byrjaði hins vegar nokkuð síðar, eða uppúr 1990. Í tengslum við einkavæðingarbylgjuna og ýmsar breytingar sem voru gerðar að lögum til að stuðla að aukinni þátttöku almennings í atvinnurekstri fór almenningur að verða mun virkari þátttakandi á hlutabréfamarkaði. Kom þá upp nauðsyn á að settar yrðu skýrar leikreglur til að stuðla að jafnræði fjárfesta og verja hagsmuni þeirra gegn hvers kyns misnotkun. Var þetta talið nauðsynlegt til að stuðla að því að fjárfestar bæru traust til verðbréfamarkaðarins og væru þannig reiðubúnir til að setja sparifé sitt inn á hann. Á sama tíma var talið nauðsynlegt innan Evrópusambandsins að samræma leikreglur milli aðildarríkja þess vegna reglna um staðfesturétt og frjálst flæði þjónustu. Einn liður í því var að setja reglur um gagnkvæma viðurkenningu á starfsleyfum fyrirtækja sem veittu verðbréfabjónustu innan Evrópusambandsins þannig að tryggt væri að þau gætu veitt þjónustu yfir landamæri á grundvelli starfsleyfis í heimarikri sínu. Til þess að hægt væri að setja slíkar reglur þurfti eðli máls samkvæmt að stuðla að því að reglurnar milli landa væru samræmdar. Var þar um að ræða fjöldann allan af reglum sem snerta fyrirtæki sem veita þjónustu á þessu sviði, fjárfesta og starfsemi eftirlitsaðila. Þessi þörf á samræmdum reglum varð

uppspretta gríðarlegs fjölda tilskipana og reglugerða sem samþykktar hafa verið af hálfu Evrópusambandsins á þessu sviði á undanförunum árum og áratugum.

Vegna aðildar Íslands að samningnum um hið Evrópska efnahagssvæði (EES-samningnum) hefur þurft að innleiða fjölda þessara tilskipana í íslenska löggjöf. Frá og með árinu 1993 má í raun segja að smíði á reglum sem gilda á verðbréfamarkaði hafi færst frá Íslandi að stórum hluta. Frá og með þeim tíma hafa þær breytingar sem hafa verið gerðar á innlendri löggjöf á þessu sviði nánast eingöngu verið vegna innleiðingar á tilskipunum og reglugerðum sem samþykktar hafa verið af hálfu Evrópusambandsins og sameiginlega EES-nefndin hefur samþykkt að verði teknar upp í EES-samninginn.

Reynslan í Evrópu af tilskipunum Evrópusambandsins fram til ársins 2000 leiddi í ljós að mati nefndar sem var skipuð af ráði Evrópusambandsins, og skilaði svokallaðri Lamfalussy-skýrslu árið 2001, að ekki hefði verið gengið nægilega langt í samræmingu á leikreglum á þessu sviði. Að mati nefndarinnar var svigrúm aðildarríkja til að setja sér sérreglur of mikið með þeim afleiðingum að löggjöfin væri ekki nægilega samræmd. Var af þeim sökum samþykkt af hálfu Evrópuþingsins og ráðsins árið 2002 að ganga enn lengra í samræmingu reglna með setningu ítarlegri reglna á þessu sviði af hálfu Evrópusambandsins þannig að svigrúm aðildarríkjanna til sérreglna yrði minna. Var þá tekið upp nýtt og mun ítarlegra innleiðingarferli. Við þessa breytingu urðu ákveðin vatnaskil sem fór að gæta á Íslandi árið 2005 þegar fyrstu gerðirnar af þessum toga voru teknar upp í íslensk lög. Hið nýja ferli hefur haft mikil áhrif á ýmsa aðila. Þannig hefur undirbúningur löggjafar á þessu sviði orðið mun þyngri en áður þekktist þar sem innleiða hefur þurft mun ítarlegri reglur sem samþykktar hafa verið í svokölluðum innleiðingartilskipunum og reglugerðum á vegum Evrópusambandsins. Auk þess hefur

Þetta haft mikil áhrif á fjármálafyrirtæki sem hafa þurft að setja sér itarlegri innri starfsreglur og verkferla af ýmsu tagi en áður þekktust. Viðskiptavinir fjármálafyrirtækja hafa orðið fyrir áhrifum af þessu þar sem þeir þurfa nú að kynna sér og skrifa undir efnismeiri og flóknari viðskiptaskilmála en áður. Síðast en ekki sist hefur þetta haft áhrif á eftirlitsaðila sem þurfa nú að hafa eftirlit með umfangsmeira regluverki en áður.

Þróunin undanfarin ár hefur verið svo hröð að erfitt hefur verið að fylgja eftir öllum þeim breytingum sem hafa átt sér stað á löggjöfinni á þessum tíma. Markmiðið með þessari grein er að gefa innsýn í þessa þróun með því að rekja helstu breytingar sem hafa átt sér stað frá því fyrstu lög voru sett um þetta efni. Í greininni verður ekki fjallað um allar breytingar sem hafa átt sér stað í gegnum þessi ár, heldur verður einblínt á þau atriði sem mestu máli skipta. Greinin er hugsuð fyrir þá sem vilja kynna sér þróunina á þessari löggjöf í heild sinni og þá sem vilja aðeins líta á nánar tilgreindar breytingar. Alls sex sinnum hafa verið sett ný heildarlög um viðskipti með verðbréf. Verður greininni í samræmi við það skipt upp í sex kafla, ásamt inngangi og lokaorðum. Í öðrum kafla verður þannig fjallað um aðdraganda setningu laga nr. 27/1986 um verðbréfamiðlun og helstu ákvæði þeirra laga. Í kjölfarið verður í þriðja kafla fjallað um helstu breytingar sem gerðar voru með lögum nr. 20/1989 um verðbréfaviðskipti og verðbréfasjóði. Í fjórða kafla verður síðan fjallað um helstu breytingar sem gerðar voru með lögum nr. 9/1993 um verðbréfaviðskipti þegar innleiðing reglna Evrópusambandsins á þessu sviði byrjaði fyrir alvöru. Í fimmta kafla verður fjallað um helstu breytingar sem gerðar voru á þeim með lögum nr. 13/1996. Á tímabilinu frá gildistöku laga nr. 13/1996 fram að gildistöku laga nr. 33/2003 voru gerðar ýmsar þýðingarmiklar breytingar á lögum nr. 13/1996 sem fjallað verður um í þeim kafla.

Í sjötta kafla verður síðan fjallað um lög nr. 33/2003 og helstu breytingar sem voru gerðar á þeim fram til gildistöku laga nr. 108/2007 sem tóku gildi 1. nóvember 2007 (hér eftir vskl.). Í sjöunda kafla verður síðan fjallað um þýðingarmestu breytingarnar sem áttu sér stað við gildistöku vskl.

2. LÖG NR. 27/1986 UM VERÐBRÉFAMIÐLUN

Almenn og sértæk löggjöf um viðskipti með verðbréf á rætur sínar að rekja til laga nr. 27/1986 um verðbréfamiðlun. Gildissvið þeirra laga náði eingöngu til verðbréfamiðlunar, en með því var átt við þá starfsemi að annast hvers konar milligöngu um kaup eða sölu verðbréfa, kaup eða sölu verðbréfa í annarra þágu og ráðgjöf um slík viðskipti gegn endurgjaldi, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Fram að gildistöku laganna var engin almenn sértæk löggjöf til um slík viðskipti, þótt til væri löggjöf um einstakar tegundir verðbréfa eins og til dæmis um víxla, tékka, farmskírteini og hlutabréf.¹ Fram að gildistöku laga nr. 27/1986 var þessi starfsemi ekki háð neinu opinberu starfsleyfi.

Viðskipti með verðbréf voru lengst af fyrst og fremst í höndum íslenskra viðskiptabanka, sparisjóða og hinna ýmsu lánastofnana, en hluti af starfsemi banka hefur frá upphafi verið að kaupa og selja verðbréf. Samkvæmt 2. tl. 6. gr. laga nr. 14/1885 um stofnun Landsbanka hafði hann þannig meðal annars þá starfsemi með höndum að „kaupa og selja víxla og ávisanir, hvort sem þær eiga að greiðast heldur hjer á landi eða erlendis, útlenda peninga, bankaseðla, brjefpeninga og auðseld arðberandi verðbrjef.“ Ákvæði af svipuðum toga voru síðan tekin upp í ákvæði laga sem giltu um hina ýmsu viðskiptabanka og sparisjóði sem tóku til starfa næstu áratugina. Þrátt fyrir ákvæði af þessum toga

¹ Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson: Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004, bls. 21.

í lögum um viðskiptabanka og sparisjóði, var þessum aðilum ekki veittur einkaréttur til þess að hafa milligöngu um viðskipti með verðbréf. Frá og með gildistöku laga nr. 27/1986 mátti hins vegar enginn aðili hafa milligöngu um kaup og sölu verðbréfa án þess að hafa fengið opinbert leyfi til verðbréfamiðlunar. Einungis einstaklingar gátu fengið slíkt leyfi samkvæmt lögnum og var félagi eða stofnun óheimilt að reka verðbréfamiðlun nema sá maður sem veitti verðbréfamiðluninni forstöðu hefði daglega stjórn hennar með höndum, sbr. 2. mgr. 4. gr. laga nr. 27/1986. Það varðaði sektum eða fangelsi allt að sex árum að hefja verðbréfamiðlun án leyfis, sbr. 16. gr. laga nr. 27/1986. Upphaflega var leyfisveiting í höndum viðskiptaráðherra en samkvæmt gildandi lögum er leyfisveiting í höndum Fjármálaeftirlitsins.

Langst af náðu viðskipti með verðbréf fyrst og fremst til víxla, ávísana og skuldabréfa en ekki til hlutabréfa.² Verkefni nefndarinnar sem samdi frumvarp til laga nr. 27/1986 samkvæmt skipunarbréfi viðskiptaráðherra dagsettu 15. febrúar 1985 var þannig að „semja reglur um meðferð og sölu skuldabréfa“.³ Verkefni nefndarinnar var afmarkað þannig í skipunarbréfinu að semja frumvarp til laga um skuldabréf þótt niðurstaðan hafi orðið sú að frumvarpið væri viðtækara og næði almennt til milligöngu og ráðgjafar á sölu verðbréfa og þar með talið hlutabréfa. Í frumvarpi til laga nr. 9/1984 um frádrátt frá skattskyldum tekjum vegna fjárfestinga manna í atvinnurekstri segir meðal annars að fram til þess tíma sem

frumvarpið var samið hefði litið kveðið á um það hér á landi að almenningur legði fé sitt til hlutafélagareksturs, enda hefði skattalöggjöf ekki gert þann kost fýsilegan auk þess sem það skorti markað fyrir hlutabréf.⁴ Miðlun með hlutabréf hafði því fram að þessum tíma verið í lágmarki. Ástæðan fyrir því var fyrst og fremst sú að flest stærstu fyrirtæki landsins voru lengst af ýmist í eigu ríkisins, fjölskyldna og/eða stofnanafjárfesta, þótt frá því hefðu vissulega verið undantekningar eins og Hf. Eimskipafélag Íslands sem var almenningshlutafélag. Eignarhald einkafyrirtækja var almennt þröngt og heimildir til framsals takmarkaðar. Þessi fyrirtæki leituðu litið eftir því að fjármagna sig með útgáfu hlutabréfa á sama hátt og nú tíðkast. Ríkisfyrirtækin voru fjármögnuð af hinu opinbera en einkafyrirtæki fengu fyrst og fremst fjármögnun með hefðbundnum bankalánum.⁵ Nauðsyn á milligöngu um viðskipti með hlutabréf var því lengst af litil eða ekki til staðar. Sparnaður almennings lá þar af leiðandi að mestu leyti annars staðar eins og til dæmis inná bankabókum, í spariskirteinum ríkissjóðs eða í annars konar skuldarviðurkenningum. Mikil straumhvörf urðu á íslenskum verðbréfamarkaði á þessum árum sem leiddu til þess að einstaklingar fóru að taka virkari þátt í viðskiptum með hlutabréf. Árið 1984 voru þannig samþykkt lög nr. 9/1984 um frádrátt frá skattskyldum tekjum vegna fjárfestinga manna í atvinnurekstri sem virkuðu sem mikill hvati á einstaklinga til að fjárfesta í hlutabréfum.⁶ Við gildistöku laganna höfðu atvinnufyrirtæki á Íslandi mjög skort eigið

² Alþt. 1983-1984, A-deild, bls. 1346.

³ Alþt. 1985, A-deild, bls. 1669.

⁴ Alþt. 1985, A-deild, bls. 1669.

⁵ Var þetta í samræmi við þróunina almennt í Evrópu, sbr. hins vegar Bandaríkin. Sjá um þetta Aðalsteinn E. Jónasson. „Innherjar samkvæmt bandarískum rétti“. Í riti sem gefið var út í tilefni af átttréðisafmæli Guðmundar Ingva Sigurðssonar hrl., Reykjavík 2002, bls. 393-396. Sjá einnig Verðbréf og áhætta. Rit gefið út af Verðbréfamarkaði Íslandsbanka árið 1994, bls. 58. Ritið má nálgast á vefslóðinni:

<http://www.glitnir.is/Docs/Pdf/VerdbrefOgAhaetta/VerdbrefOgAhaetta.pdf> (sótt 14. mars 2008). Sjá einnig til

hlíðsjónar Elin Guðjónsdóttir: „Íslenskur hlutafjármarkaður“. Peningamál 2000./3.

⁶ Til þess að fá skattaafslátt þurftu þau félög sem fjárfest var í að fullnægja ákveðnum skilyrðum um lágmarkshlutafé og fjölda hluthafa. Englar hömlur máttu vera til staðar á viðskiptum með bréfin og þurfti ársreikningur félaganna að vera öllum aðgengilegir. Ríkisskattstjóri þurfti að staðfesta formlega þau fyrirtæki sem fullnægðu þessum skilyrðum og hélt sérstaka skrá um félögin, sbr. 10. gr. laga nr. 9/1984. Skilgreint hámark var einnig á fjárhæð slíkra viðskipta sem var frádráttarbær, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna.

fé til rekstrar síns, en almenningur hafði fram að þessum tíma lagt litið fé fram til atvinnurekstrar.⁷ Tilgangurinn með þessari lagasetningu var að breyta þessu ástandi og örva eiginfjármýndun og fjárfestingu almennings í íslensku atvinnulífi.⁸

Í kjölfar gildistöku laga nr. 9/1984 um frádrátt frá skattskyldum tekjum vegna fjárfestinga manna í atvinnurekstri fór að bera á fyrirtækjum á Íslandi sem sérhæfðu sig í milligöngu á verðbréfavíðskiptum. Á árinu 1985 fóru slík fyrirtæki að birta opinberlega fyrir almenningi kaup- og sölutilboð í nokkur stór almenningshlutafélög, en á þessum tíma var ekki starfandi neinn skipulegur verðbréfamarkaður. Helstu fyrirtækin sem stunduðu milligöngu af þessu tagi voru Kaupþing hf. sem var stofnað árið 1982,⁹ Hlutabréfamarkaðurinn hf. sem var stofnað árið 1985,¹⁰ Verðbréfamarkaður Íslandsbanka hf. sem var stofnaður árið 1986,¹¹ Landsbréf hf. sem var stofnað af Landsbanka Íslands árið 1989¹² og Verðbréfavíðskipti Samvinnubankans. Fjárfestingarfélag Íslands hf.¹³ var einnig í hópi þessara aðila.¹⁴ Hlutabréfamarkaðurinn hf. (HMARK) reið á vaðið

með því að birta opinberlega árið 1985 skráð kaup- og sölutilboð í 4 hlutafélög sem tekin voru á skrá, en það voru Hf. Eimskipafélag Íslands, Flugleiðir hf., Íðnaðarbanki Íslands hf. og Verslunarbanki Íslands hf.¹⁵ Síðan fór þessum félögum fjölgandi og voru þau orðin 17 talsins í nóvember 1990.¹⁶ Engar lagareglur var að finna á þessum tíma um það hvaða skilyrði félög þyrftu að uppfylla til að verða skráð á þennan hátt. Þeir aðilar sem birtu tilboðin ákváðu sjálfir hvaða félög væru tekin á skrá, en eðli máls samkvæmt var horft til þeirra félaga sem uppfylltu þau skilyrði sem þurfti að uppfylla til þess að einstaklingar gætu nýtt sér skattaafslátt samkvæmt fyrrgreindum lögum. Til þess að félög væru tekin á skrá var horft til fjárhagslegs styrkleika þeirra og fjölda hluthafa, en auk þess máttu ekki vera neinar hömlur á víðskiptum með hlutabréfin. Þau félög sem voru tekin á skrá höfðu ekkert með það að gera hvort hlutabréf þeirra væru skráð á þennan lista eða ekki.¹⁷

Tilkoma ofangreindra félaga ásamt breytingum á skattalöggjöf höfðu mikið um það að segja að almenningur fór að beina sjónum sínum að hlutabréfum sem

7 Alpt. 1983-1984, A-deild, bls. 1346.

8 Alpt. 1983-1984, A-deild, bls. 1346. Fjöldi heimila sem nýtti sér skattaafslátt vegna hlutabréfakaupa fór frá 936 árið 1984 í 18.243 árið 1997. Framkvæmdanefnd um einkavæðingu. Skýrsla gefin út í maí 1999 um einkavæðingu 1996-1999. Aðgengileg á eftirfarandi vefslóð:

www.forsaetisraduneyti.is/media/Einkavaeding/einkavaeding99.pdf (sótt 7. apríl 2007). Skattaafsláttur vegna hlutabréfakaupa féll niður í árslok 2002, en ástæðan fyrir því var sú að afslátturinn var eingöngu hugsaður sem tímabundið úrræði til að efla íslenska hlutabréfamarkaðinn og áhuga almennings á hlutabréfaeign. Lög nr. 9/1984 voru því felld úr gildi með lögum nr. 154/1998 en samhliða því var sett sérákvæði um skattaafslátt vegna hlutabréfakaupa í B. lið 30. gr. laga nr. 75/1981 um tekju- og eignarskatt sem kvað á um þennan afslátt til og með 2002 (sjá nú B. lið 30. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt).

9 Kaupþing hf. var síðar sameinað Búnaðarbanka Íslands hf. og starfar nú undir nafninu Kaupþing banki hf.

10 Hlutabréfamarkaðurinn hf. var sameinað rekstrarfélagi Íslandsbanka hf. (nú Glitnir banki hf.) árið 2004.

11 Verðbréfamarkaður Íslandsbanka hf. var sameinaður Íslandsbanka-FBA hf. (nú Glitnir banki hf.) árið 2001.

12 Landsbréf hf. var sameinað Landsbanka Íslands hf. árið 2001.

13 Félagið var sameinað Féfangi hf. árið 1994. Féfang hf. var síðan sameinað Íslandsbanka hf. (nú Glitnir banki hf.) árið 1995.

14 Fjárfestingarfélag Íslands var stofnað árið 1972 samkvæmt lögum nr. 46/1970 og hafði það hlutverk að efla íslenskan atvinnurekstur og örva þátttöku í honum með því að fjárfesta í atvinnufyrirtækjum og veita þeim fjárhagslega fyrirgreiðslu, sbr. 1. gr. þeirra laga. Þetta félag átti meðal annars að kaupa, eiga og selja hlutabréf í atvinnufyrirtækjum og skuldabréf þeirra, greiða fyrir útgáfu hlutabréfa og skuldabréfa atvinnufyrirtækja með beinni þátttöku í útboðum og annarri dreifingu á þeim, sbr. 2-3. tl. 1. gr. laganna. Voru félaginu veitt sérstök skattaleg friðindi á sama hátt á bönkum, sparisjóðum og lánastofnunum, en jafnframt var einkabönkum veitt sérstök heimild til að fjárfesta í félaginu þrátt fyrir takmarkanir á almennri heimild þeirra til slíkra fjárfestinga samkvæmt sérlögum sem um þá giltu á þessum tíma. Til að byrja með naut félagið slíkra sérrettinda til ársins 1977 en heimildin var framlengd með lögum nr. 39/1979 til loka árs 1982 þar sem þær hugmyndir sem hrinda átti í framkvæmd með setningu laganna höfðu þá ekki enn gengið eftir. Alpt. 1978-1979, A-deild, bls. 2231-2232.

15 Baldur Guðlaugsson. „Framþróun og framtíð íslensks hlutabréfamarkaðar“. Grein í bókinni Hlutabréfamarkaðurinn á Íslandi. Reykjavík 1991, bls. 13 (hér eftir nefnd Hlutabréfamarkaðurinn). Sjá einnig Verðbréf og áhætta, bls. 61.

16 Hlutabréfamarkaðurinn, bls. 15.

17 Hlutabréfamarkaðurinn, bls. 15.

fjárfestingarkosti. Einkavæðing opinberra fyrirtækja á Íslandi sem hófst upp úr 1990 átti síðar eftir að styrkja áhuga þeirra enn frekar. Tilkomaskipulagsverðbréfamarkaðarátt sinn þátt í því þar sem mörg þeirra fyrirtækja sem voru einkavædd voru skráð á slíkan markað en reynslan í Evrópu hafði sýnt að algengt var að slík fyrirtæki hækkuðu umtalsvert í verði í kjölfar slíkrar skráningar.¹⁸ Hið sama átti eftir að gerast á Íslandi.

Viðskipti fóru fyrst að hefjast á skipulegum verðbréfamarkaði með tilkomu Verðbréfaþings Íslands sem sett var á laggirnar með reglum nr. 268/1985 frá 26. júní 1985 fyrir forgöngu Seðlabanka Íslands samkvæmt heimild í 15. gr. þálgildandi laga bankans nr. 10/1961. Reglur þessar voru gefnar út af Seðlabanka Íslands en staðfestar af viðskiptaráðherra. Í fréttatilkynningu sem Seðlabankinn gaf út á þessum tímamótum þann 19. júlí 1985 sagði um þetta:

Að undanförunu hefur verið unnið á vegum Seðlabankans og aðila, sem hann hefur kallað á til samstarfs við sig, að undirbúningi að stofnun skipulegs verðbréfamarkaðs, þar sem skráð [eru] reglulega bæði ríkisskuldabréf og verðbréf fyrirtækja og opinberra stofnana sem uppfylla tilteknar lágmarkskröfur. Eins og kunnugt er hafa verðbréfavíðskipti þróast jafnt og þétt hér á landi á undanförunum árum og þó sérstaklega sl. tvö ár fyrir forgöngu nokkurra verðbréfamiðlara sem þegar hafa öðlast allmikla reynslu á þessum markaði. Það er því orðið tímabært og nauðsynlegt að betra skipulag komist á þennan markað þannig að hann geti þróast örvar en hann hefur gert hingað til og öðlast sem víðtækast traust fjármagnseigenda.

...

Talið er að skilyrði séu nú fyrir hendi til þess að verðbréfavíðskipti geti farið ört vaxandi á næstu árum og brátt orðið mikilvægur þáttur í fjármögnun atvinnurekstrar í landinu. Á síðara stigi er svo að því stefnt að koma á skráningu hlutabréfa en fyrir því eru varla forsendur í upphafi.¹⁹

Fyrstu verðbréfin voru skráð í viðskiptakerfi Verðbréfaþings Íslands þann 8. nóvember 1985 og var þar um að ræða flesta útistandandi flokka spariskírteina ríkissjóðs á þeim tíma. Fyrstu víðskipti með skráð verðbréf hjá einum þingaðila fóru síðan fram þann 31. desember 1985 en fyrstu víðskipti milli þingaðila fóru fram 6. mars 1986.²⁰ Víðskipti á verðbréfaþinginu náðu til að byrja með eingöngu til spariskírteina ríkissjóðs og húsbrefa og voru hlutabréf fyrst samþykkt til skráningar þann 15. október 1990 en þar var um að ræða hlutabréf Ólíuverzlunar Íslands hf. og Fjárfestingarfélags Íslands hf.²¹ Þegar frumvarp til fyrstu laga um Verðbréfaþing Íslands nr. 11/1993 var lagt fram þann 19. ágúst 1992 voru 6 félög skráð á Verðbréfaþingi Íslands.²² Á árunum 1992-1996 voru skráningar á þinginu að meðaltali 6 en á árinu 1997 voru 19 skráningar og árið 1998 voru þær 16. Í lok ársins 1999 voru skráð hlutafélög orðin 75.²³ Frá þeim tíma hefur hins vegar skráðum félögum fækkað umtalsvert og eru þau nú 26 talsins.²⁴

3. LÖG NR. 20/1989 UM VERÐBRÉFAVÍÐSKIPTI OG VERÐBRÉFASJÓÐI

Lög nr. 27/1986 um verðbréfamiðlun voru felld úr gildi með lögum nr. 20/1989 um

18 Aðalsteinn E. Jónasson, „Innherjar samkvæmt bandarískum rétti“, bls. 396.

19 Alþt. 1992, A-deild, bls. 465.

20 Alþt. 1992, A-deild, bls. 466.

21 Alþt. 1992, A-deild, bls. 466.

22 Alþt. 1992, A-deild, bls. 466.

23 Kauphallartíðindi. Árbók 2001, bls. 48.

24 Fjöldi félaga miðast við stöðuna eins og hún er um miðjan mars 2008. Þótt skráðum félögum hafi fækkað

segir það ekki nema hluta af sögunni þar sem verðmæti skráðra fyrirtækja hefur margfaldast og gildir hið sama um veltuna á markaðnum. Margar ástæður eru fyrir fækkun félaga eins og til dæmis samruni félaga og yfirtökur (dæmi: Fjárfestingarbanki atvinnulífsins hf. og Íslandsbanki hf. árið 2000 og Burðarás hf. og Straumur Fjárfestingarbanki hf. árið 2005) en einnig hefur borið á því að fyrirtæki hafi verið afskráð vegna óánægju stærstu eigenda með verðmyndun á hlutabréfum vegna litillar veltu.

verðbréfavíðskipti og verðbréfasjóði. Við setningu síðastnefndra laga voru gerðar ýmsar breytingar á gildissviði eldri laga. Ákvæði laga nr. 27/1986 giltu eingöngu um starfsemi verðbréfamiðlara og höfðu þau að geyma tiltölulega fá ákvæði um réttindi og skyldur þeirra, sbr. III. kafli laganna. Í lögum var þannig eingöngu að finna almennar reglur um jafnræði gagnvart viðskiptavinum og upplýsingaskyldu vegna ráðgjafar með tilliti til þekkingar þeirra (6. gr.), nafnskráningu eigna viðskiptavina og reglur um framsal (7. gr.), reglur um hagsmunaárekstra vegna eigin viðskipta verðbréfamiðlara (8. gr.) og reglur um þagnarskyldu (9. gr.). Lögin höfðu hins vegar ekki að geyma neinar almennar efnislegar²⁵ hegðunarreglur fyrir þá aðila sem stunduðu viðskipti á fjármálamarkaði, eins og til dæmis reglur um innherjasvik, markaðsmisnotkun, upplýsingaskyldu, skráningu fjármálagerna, almenn útboð, yfirtökureglur og fleiri þess háttar reglur. Þótt mestu breytingar á þessu hafi orðið við setningu laga nr. 9/1993 og nr. 13/1996, voru fyrstu skrefin stigin til breytinga á þessu við setningu laga nr. 20/1989 um verðbréfavíðskipti og verðbréfasjóði. Fyrsta lagaákvæðið um innherjaviðskipti leit þannig dagsins ljós þótt fátæklegt væri, sbr. 2. mgr. 2. gr. laganna. Í lögum var einnig í fyrsta skipti kveðið á um almennt útboð verðbréfa og gert að skilyrði að verðbréfafyrirtæki önnuðust milligöngu um þau, sbr. 15. gr. laganna. Sú breyting hafði meðal annars í för með sér að fyrirtæki eins og Hlutabréfamarkaðurinn hf. þurftu að hætta að birta opinberlega kaup- og sölutilboð í bréf einstakra hlutafélaga þar sem það hafði ekki leyfi sem verðbréfafyrirtæki. Reglur um verðbréfafyrirtæki litu einnig dagsins ljós en fram að gildistöku laganna voru ekki til neinar sérstakar reglur um þau.²⁶ Greint var í fyrsta skipti á milli starfsemi verðbréfafyrirtækja og verðbréfamiðlunar,

en starfsheimildir verðbréfafyrirtækja voru víðtækari eins og þær eru enn í dag. Starfsheimildir verðbréfafyrirtækja náðu þannig til þess að stunda verðbréfamiðlun gegn þökun, veita sölutryggingu á svokölluðum markaðsverðbréfum, annast fjárvörslu fyrir einstaklinga og lögaðila og reka verðbréfasjóði og skylda starfsemi. Var þetta fyrsta löggjöf sem fjallaði efnislega um rekstur verðbréfasjóða, en rekstur slíkra sjóða hófst á Íslandi árið 1985.²⁷ Í lögum nr. 27/1986 hafði hugtakið verðbréfasjóður eingöngu verið skilgreint og það skilyrði sett að óheimilt væri að stofna eða starfrækja slíkan sjóð, nema sá maður sem veitti honum forstöðu og hefði daglega stjórn hans með höndum, hefði fengið leyfi sem verðbréfamiðlari. Að öðru leyti var ekki fjallað um verðbréfasjóði í lögum nr. 27/1986. Öðrum aðilum var óheimilt að stunda ofangreinda starfsemi, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 20/1989, nema það væri sérstaklega heimilað samkvæmt lögum. Eins og orðið verðbréfafyrirtæki ber með sér gátu eingöngu lögaðilar fengið leyfi sem verðbréfafyrirtæki en leyfi til verðbréfamiðlunar var bundið við einstaklinga fram að gildistöku laga nr. 13/1996. Frá og með þeim tíma var leyfi til verðbréfamiðlunar eingöngu veitt lögaðilum á sama hátt og leyfi til að reka verðbréfafyrirtæki.

4. LÖG NR. 9/1993 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

Lög nr. 9/1993 leystu lög nr. 20/1989 af hólmi. Við setningu þeirra laga voru fyrstu skrefin stigin í aðlögun íslensks réttar að löggjöf Evrópusambandsins á þessu sviði vegna aðildar Íslands að EES-samningnum, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Samhliða tóku gildi lög nr. 10/1993 um verðbréfasjóði og hefur löggjöf

25 Með almennum efnisreglum er hér átt við reglur sem gilda bæði fyrir þá aðila sem eru leyfis skyldir og aðra aðila sem stunda verðbréfavíðskipti í skilningi laganna.

26 Alþt. 1988, A-deild, bls. 14.

27 Alþt. 1988, A-deild, bls. 12.

um þá verið í aðskildum lögum síðan, sbr. nú lög nr. 30/2003 um verðbréfasjóði og fjárfestingasjóði. Einnig tóku gildi samhlíða lög um Verðbréfafélag Íslands nr. 11/1993 en með setningu þeirra laga var Verðbréfafélagi Íslands, sem var sjálfseignarstofnun, veittur einkaréttur til þess að stunda verðbréfafélagisstarfsemi hér á landi. Margt hefur gerst frá gildistöku þeirra laga og er nú gamla verðbréfafélagið orðið hluti af einum stærsta skipulega verðbréfamarkaði heims, NASDAQ OMX Group, inc.²⁸ Við samningu frumvarps sem varð að lögum nr. 9/1993 var meðal annars höfð hliðsjón af drögum af tveimur tilskipunum Evrópusambandsins, þótt síðar hafi þurft að gera miklar breytingar til að uppfylla ákvæði þeirra með gildistöku laga nr. 13/1996.²⁹ Var þar annars vegar um að ræða drög að tilskipun sem síðar varð tilskipun Evrópuráðsins 93/22/EBE³⁰ frá 10. maí 1993 um fjárfestingaþjónustu á sviði verðbréfavíðskipta (hér eftir ISD tilskipunin sem er skammstöfun á ensku heiti tilskipunarinnar „Investment Services Directive“). Síðastnefnd tilskipun var ein af megin tilskipunum Evrópusambandsins á sviði verðbréfavíðskipta og var ekki leyst af hólmi fyrr en við gildistöku tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB³¹ frá 21.

apríl 2004 um markaði fyrir fjármálagneringa (hér eftir nefnd MiFID tilskipunin sem er skammstöfun á enska heitinu „Markets in Financial Instruments Directive“). Hins vegar var um að ræða drög að tilskipun sem síðar varð tilskipun Evrópuráðsins 93/6/EBE³² frá 15. mars 1993 um eiginfjárkröfur fjárfestingarfyrirtækja og lánastofnana. Ákvæði VI. kafla laga nr. 9/1993 um meðferð trúnaðarupplýsinga byggðist á tilskipun Evrópuráðsins 89/592/EBE³³ frá 13. nóvember 1989 (hér eftir nefnd Innherjatilskipunin), en í þessum kafla laganna var að finna fyrstu ítarlegu reglurnar í íslenskri löggjöf um innherjavíðskipti. Eitt meginmarkmiðið með ISD tilskipuninni var að opna fyrir gagnkvæma viðurkenningu á starfsleyfum fyrirtækja sem veittu verðbréfaþjónustu á Evrópska efnahagssvæðinu og stuðla þannig að virkum innri fjármálamarkaði á þessu svæði.³⁴ Þótt tilskipunin hafi ekki verið búin að taka gildi við gildistöku laga nr. 9/1993 var höfð hliðsjón af þessu og sett inn í lög in ákvæði um viðurkenningu á starfsleyfum sem veitt höfðu verið fyrirtækjum af lögbærum yfirvöldum í öðrum ríkjum innan Evrópska efnahagssvæðisins, sbr. 35. gr. laga nr. 9/1993.³⁵ Ýmsar nýjar skilgreiningar litu dagsins ljós við setningu laga nr. 9/1993.

28 Með lögum nr. 34/1998 um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða var einkaréttur Verðbréfafélags Íslands felldur niður, kauphallarstarfsemi gefin frjálss og rekstrarformi skipulegra verðbréfamarkaða breytt í hlutafélag. Í samræmi við það var Verðbréfafélag Íslands hf. stofnað í árslok 1998 og tók það við réttindum og skyldum sjálfseignarstofnunarinnar Verðbréfafélag Íslands og ódlaðist leyfi til að reka kauphöll 1. júlí 1999. Eigendur hlutafjár voru í upphafi: Félag sem voru skráð á þinginu (29%), fyrirtæki með aðild að þinginu (29%), Seðlabanki Íslands (16%), lífeyrissjóðir (13%) og Samtök fjárfesta (13%). Sjá um þetta Árbók Verðbréfafélags Íslands hf. 2001, bls. 48. Verðbréfafélag Íslands hf. gerðist aðili að svokölluðu NOREX-samstarfi norræna kauphalla og kauphalla Eyrstrasaltsríkjanna í júní 2000 en samhlíða því var tekið upp alþjóðlega viðskiptakerfið SAXESS. Um þróunina fram til 2001, sjá Áslaug Björgvinsdóttir: „Reglur um verðbréfamarkaði og viðfangsefni verðbréfamarkaðsréttar“. Úlfliótur 2001, bls. 343-365. Þann 6. júní 2002 var Eignarhaldsfélagið Verðbréfafélag hf. stofnað utan um rekstur Verðbréfafélags Íslands hf. og Verðbréfaskráningar Íslands hf. Þann 1. júlí 2002 var nafni Verðbréfafélags Íslands hf. síðan breytt í Kauphöll Íslands hf. sem er enn skráð lögheiti kauphallarinnar. Sjá um þetta Árbók Kauphallar Íslands hf. 2006, bls. 54. Í október 2006 var rekstur Kauphallar Íslands hf. og Verðbréfaskráningar

Íslands hf. tekinn yfir af OMX samstæðunni en við það fengu hluthafar í Eignarhaldsfélaginu Verðbréfafélag hf. greitt með hlutabréfum í OMX AB sem er móðurfélag OMX samstæðunnar. OMX samstæðan á og rekur norrænu kauphallirnar í Helsinki, Kaupmannahöfn, Stokkhólm, Íslandi, Tallin, Riga og Vilnius. Í kjölfarið var erlenda aukahéitið OMX Nordic Exchange Iceland hf. skráð. Í febrúar 2008 keypti síðan Nasdaq Stock Market, Inc. sem rekur meðal annars skipulega verðbréfamarkaðinn NASDAQ, OMX samstæðuna og var nafni hennar breytt í NASDAQ OMX Group, inc. í kjölfarið. Í samræmi við það hefur kauphöllin notað nafnið NASDAQ OMX exchange Iceland hf. fyrir starfseminna á Íslandi þótt skráð nafn félagsins sé enn Kauphöll Íslands hf.

29 Alþt. 1995, A-deild, bls. 922. Sjá einnig um þetta Alþt. 1992, A-deild, bls. 410 þar sem fram kemur að einnig var höfð hliðsjón af norski og danski löggjöf, sem hafði verið aðlöguð reglum Evrópubandalagsins (nú Evrópusambandið).

30 OJ (Official Journal), L 141, bls. 27.

31 OJ L 145, bls. 1.

32 OJ L 141, bls. 1.

33 OJ L 334, bls. 30.

34 Sjá formála ISD-tilskipunarinnar. Sjá einnig Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson: Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004, bls. 41.

35 Alþt. 1992, A-deild, bls. 424.

Þannig var hugtakið „fjárvarsla“ skilgreint í fyrsta skiptið, hugtakið „almennt útboð“ (sem var fyrst skilgreint í reglum Seðlabanka Íslands frá 1990 um gerð útboðsgagna vegna almennra útboða markaðsverðbréfa og um fyrsta söludag einstakra verðbréfaflokka), hugtakið „sölutrygging“ og „opinber verðbréfamarkaður“.³⁶

Lög nr. 9/1993 höfðu að geyma fáar almennar efnislegar hegðunarreglur fyrir þá aðila sem stunduðu viðskipti á fjármálamarkaði. Í lögnum var fyrst og fremst fjallað um réttindi og skyldur verðbréfamiðlara og verðbréfafyrirtækja og þau skilyrði sem þyrfti að uppfylla til að fá að veita þá þjónustu sem einkaréttur þessara fyrirtækja náði til. Samkvæmt lögnum var verðbréfamiðlurum og verðbréfafyrirtækjum einum heimilt að stunda verðbréfamiðlun gegn þóknun, sbr. 1. mgr. 3. gr. og 1. mgr. 11. gr. laga nr. 9/1993. Verðbréfafyrirtækjum var auk þess einum heimilt (nema lög kvæðu á um annað) að annast útboð verðbréfa, veita sölutryggingu á verðbréfum, gerast viðskiptavaki, annast fjárvörslu fyrir einstaklinga og lögaðila og tengda fjármálaþjónustu (þó ekki innlánaeða útlánastarfsemi), annast umsjá og vörslu verðbréfa verðbréfasjóða að fenginni viðurkenningu bankaeftirlits Seðlabankans og eiga viðskipti fyrir eigin reikning, sbr. 1-2. mgr. 11. gr. laga nr. 9/1993. Þótt tekin hefðu verið upp í lög nr. 9/1993 ákvæði um innherjasvik og almenn útboð var engin ákvæði að finna í lögnum um markaðsmisnotkun, upplýsingaskyldu, skráningu verðbréfa og yfirtöku. Reglur um skráningu verðbréfa voru hins vegar teknar upp í lög um Verðbréfaþing Íslands nr. 11/1993 sem tóku eins og fyrr segir gildi á sama tíma og lög nr. 9/1993. Reglur um markaðsmisnotkun voru fyrst teknar í lög við gildistöku laga nr. 13/1996 um verðbréfaviðskipti, sbr. 30. gr.

þeirra laga. Reglur um upplýsingaskyldu og yfirtöku voru fyrst teknar í lög við setningu laga nr. 34/1998 um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða, sbr. V. og VII. kafli þeirra laga.³⁷ Í þessu samhengi er rétt að geta þess að reglur um yfirtöku og flöggun voru síðan færðar úr lögum nr. 34/1998 yfir í lög um verðbréfaviðskipti við gildistöku laga nr. 33/2003.³⁸

5. LÖG NR. 13/1996 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

5.1. Almenn

Við gildistöku laga nr. 13/1996 voru lög nr. 9/1993 felld úr gildi. Við gildistöku laganna voru ISD tilskipunin og tilskipun 93/6/EBE innleiddar í íslensk lög með ítarlegri hætti en gert var með eldri lögum.³⁹ Með lögnum var hugtakið „verðbréfaviðskipti“ skilgreint með formlegum hætti í fyrsta skipti í löggjöf, sbr. 1. tl. 2. gr. laganna og 8-9. gr. og sérákvæði um markaðsmisnotkun var tekið upp, sbr. 29. gr. laganna.⁴⁰ Samkvæmt lögnum var hugtakið verðbréfaviðskipti skilgreint sem sú þjónusta sem verðbréfafyrirtækjum (8. gr.) og verðbréfamiðlunum (9. gr.) var heimilt að veita. Þjónustunni var á sama hátt og gert er samkvæmt gildandi lögum skipt upp í tvennt, þjónustu samkvæmt 1. tl. 8. gr. og viðbótarþjónustu samkvæmt 2. tl. 8. gr. Þjónusta samkvæmt 1. tl. 8. gr. og 9. gr. var starfsleyfis skyld, en ekki viðbótarþjónusta samkvæmt 2. tl. 8. gr. Með skilgreiningunni var lagður grunnurinn að skilgreiningu vskl. að hugtakinu verðbréfaviðskipti, sbr. 1. gr. þeirra laga þar sem þjónustunni er á sambærilegan hátt skipt upp í grunnþjónustu eða aðalþjónustu sem er starfsleyfis skyld (1. tl.) og viðbótarþjónustu (2. tl.). Í 1. gr. laga nr. 13/1996 var tekið upp nýmæli sem byggði á ISD tilskipuninni þar sem taldir

³⁶ Alþt. 1992, A-deild, bls. 411-412.

³⁷ Alþt. 1997-1998, A-deild, bls. 1931 og 1933. Reglur um upplýsingaskyldu höfðu hins vegar áður verið til í reglum sem Verðbréfaþing Íslands hafði sett á grundvelli laga nr. 11/1993.

³⁸ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1562 og 1565.

³⁹ Alþt. 1995, A-deild, bls. 922.

⁴⁰ Alþt. 1995, A-deild, bls. 924. Um markaðsmisnotkun sjá Alþt. 1995, A-deild, bls. 933.

voru upp ýmsir aðilar sem væru undanþegnir lögnum, að frátöldum ákvæðum laganna um viðskipti innherja. Er þar að finna grunninn að undanþágum frá starfsleyfisskyldu sem nú er kveðið á um í 3. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, sbr. og ákvæði laga nr. 111/2007 sem breyttu þeim lögum vegna innleiðingarinnar á MiFID tilskipuninni. Ekki er svigrúm til að fjalla um þær reglur hér.

Ákvæði laga nr. 13/1996 sættu ýmsum þýðingarmiklum breytingum fram að gildistöku nýrra heildarlaga um verðbréfavíðskipti nr. 33/2003.

5.2. Gildissvið reglna um innherjaviðskipti látið ná til óskráðra bréfa

Með lögum nr. 35/1998, um breytingu á lögum nr. 13/1996, var gildissvið reglna um innherjaviðskipti fært út og reglurnar látnar ná jafnframt til viðskipta sem áttu sér stað utan skipulegra verðbréfamarkaða, en þannig hafði það verið í gildistíð laga nr. 20/1989 en var breytt við gildistöku laga nr. 9/1993 þar sem gildissvið reglnanna var takmarkað við viðskipti sem áttu sér stað með verðbréf sem væru skráð á opinberum verðbréfamarkaði innan Evrópska efnahagssvæðisins sem starfaði reglulega, væri opin almennungi og viðurkenndur með þeim hætti sem bankaeftirlitið mat gildan, sbr. 1. mgr. 22. gr. þeirra laga. Þessu var hins vegar breytt á ný við gildistöku laga nr. 163/2000 til breytinga á lögum nr. 13/1996 og ákvæðin um innherjaviðskipti eingöngu lätin ná til viðskipta með verðbréf á skipulegum verðbréfamarkaði og hefur það gildissvið haldist síðan, sbr. 119. gr. vskl.

5.3. Fjármálaeftirlitið stofnað

Breytingar urðu með lögum nr. 94/1998, um sérákvæði í lögum um fjármálaeftirlit vegna gildistöku laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi en við þá gildistöku

var Vátryggingareftirlitið og bankaeftirlit Seðlabanka Íslands sameinað í eina stofnun, Fjármálaeftirlitið, sem tók til starfa við gildistöku laganna þann 1. janúar 1999.

5.4. Heimild til að reka verðbréfamiðlanir í einkahlutafélagi

Með lögum nr. 94/1998 var gerð leiðrétting vegna mistaka sem áttu sér stað við gildistöku laga nr. 35/1998 þar sem heimild til að reka verðbréfamiðlanir sem einkahlutafélag var felld niður, en slík heimild var sett við gildistöku laga nr. 13/1996 samhliða því að sú regla var tekin upp að ekki væri heimild að veita einstaklingum leyfi til að reka verðbréfamiðlunarfyrirtæki. Heimildin til að reka verðbréfamiðlanir sem einkahlutafélag var sett inn á ný við gildistöku þessara breytingalaga. Þessi heimild var síðan felld niður við gildistöku laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki en samkvæmt þeim þurfa nú öll fjármálafyrirtæki að vera rekin sem hlutafélag í skilningi laga nr. 2/1995 um hlutafélag, sbr. 13. gr. laga nr. 161/2002.

5.5. Eftirlitsheimildir Fjármálaeftirlitsins auknar, útgáfa leiðbeinandi tilmæla

Breytingar voru gerðar með lögum nr. 11/2000 þar sem eftirlitsheimildir Fjármálaeftirlitsins voru auknar. Þegar Vátryggingareftirlitið og bankaeftirlit Seðlabanka Íslands voru sameinuð í eina stofnun, Fjármálaeftirlitið, tók hin nýja stofnun við þeim valdheimildum sem eldri stofnanir höfðu en valdheimildir þeirra voru ekki samhliða teknar til endurskoðunar.⁴¹ Við gildistöku laga nr. 11/2000 voru heimildir Fjármálaeftirlitsins til aðgangs að gögnum styrktar. Var Fjármálaeftirlitinu þannig veitt heimild til þess að kalla eftir gögnum og upplýsingum frá eigendum fjármálafyrirtækja eða þeim sem hefðu í hyggju að eignast hlut í slíkum fyrirtækjum til þess að meta hvort þeir kynni að vera tilkynningarskyldir vegna reglna um virka eignarhluti í slíkum fyrirtækjum og

til að meta hæfi þeirra til að fara með slíka eignarhluti. Samskonar heimild var veitt gagnvart dótturfélögum, hlutdeildarfélögum og öðrum aðilum sem gætu talist vera í nánum tengslum við viðkomandi fjármálfyrirtæki. Fyrir gildistöku þessara laga var þessi heimild Fjármálaeftirlitsins ekki skýr, þar sem í lagaákvæðum sem fjölluðu um rétt til að kalla eftir gögnum var eingöngu fjallað um heimild til að kalla eftir gögnum frá hinum eftirlitsskylda aðila en ekki eigendum þeirra, sjá 53. gr. laga nr. 13/1996 eins og hún var fram að gildistöku laga nr. 11/2000. Samkvæmt nügildandi lögum nær þessi heimild enn lengra þar sem Fjármálaeftirlitið getur nú jafnframt kallað eftir sömu upplýsingum frá aðilum sem hafa selt eignarhlut eða haft milligöngu um viðskipti með eignarhlut og takmarka lagaákvæði um þagnarskyldu ekki skyldu til þess að veita upplýsingar og aðgang að gögnum, sbr. 2. mgr. 107. gr. laga nr. 161/2002.

Með lögum nr. 11/2000 var opnað fyrir heimild Fjármálaeftirlitsins til að gefa út svokölluð „leiðbeinandi tilmæli“, sbr. nú 2. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998. Hefur Fjármálaeftirlitið nýtt sér þessa heimild síðan og sett fjölmörg slík tilmæli, meðal annars um ýmis atriði sem snúa að lögum um verðbréfavíðskipti.⁴² Í slíkum leiðbeinandi tilmælum er að finna útlistun á viðhorfi Fjármálaeftirlitsins til viðfangsefna sem vikið er að í viðkomandi löggjöf, eins og til dæmis hvað teljist vera eðlilegir og heilbrigðir viðskiptahættir í tilteknu samhengi.⁴³ Tilmæli af þessum toga lýsa eingöngu afstöðu Fjármálaeftirlitsins til viðkomandi viðfangsefnis en hafa ekki að geyma bindandi hegðunarreglur á sama hátt og sett lög, reglugerðir og reglur sem settar eru með stöð í lögum. Ef aðilar sem starfa undir eftirliti Fjármálaeftirlitsins fara hins vegar ekki eftir tilmælum sem hafa verið gefin út, kann það að hafa í för með sér að

Fjármálaeftirlitið geri kröfu um úrbætur með vísan til sinnar túlkunar á viðkomandi starfsháttum og beiti lögbundnum eftirlitsúrræðum sem því er heimilt að grípa til á grundvelli laga nr. 87/1998. Vilji aðili ekki una túlkun Fjármálaeftirlitsins þarf viðkomandi aðili þá að leita atbeina dómstóla. Við gildistöku laga nr. 87/1998 gátu aðilar sem vildu ekki una ákvörðunum Fjármálaeftirlitsins skotið máli sínu til sérstakrar kærunefndar. Með lögum nr. 67/2006 til breytinga á lögum nr. 87/1998 var ákvæði um kærunefnd hins vegar felld niður og verður því aðili nú að krefjast ógildingar á ákvörðun Fjármálaeftirlitsins fyrir dómstólum vilji hann ekki una ákvörðun þess. Höfða þarf málið fyrir dómstólum innan 3 mánaða frá því ákvörðun var tilkynnt viðkomandi aðila en ekki er hægt að skjóta ákvörðun Fjármálaeftirlitsins til ráðherra með stjórnslukæru, sbr. 1-2 ml. 1. mgr. og 2. mgr. 18. gr. laga nr. 87/1998. Málshöfðun frestar hins vegar ekki réttaráhrifum ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins nema um dagsektarákvörðun sé að ræða og mál sé höfðað innan 14 daga frá því viðkomandi aðila var tilkynnt um ákvörðunina og óskað hafi verið eftir flýtimeðferðarmáli á grundvelli laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, sbr. 3. ml. 1. mgr. 18. gr. laga nr. 87/1998.

5.6. Menntunarskilyrði framkvæmdastjóra og starfsmanna

Með lögum nr. 99/2000 voru gerðar breytingar á reglum um menntunarskilyrði starfsmanna verðbréfafyrirtækja og verðbréfamiðlana. Samkvæmt lögum nr. 27/1986 þurfti sá aðili sem fékk heimild til verðbréfamiðlunar að fullnægja ákveðnum lágmarksskilyrðum um menntun, en eins og fyrr er rakið var leyfi til verðbréfamiðlunar eingöngu veitt einstaklingum fram að gildistöku laga nr. 13/1996. Til þess að einstaklingur gæti

42 Lista yfir ýmis leiðbeinandi tilmæli má finna á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: <http://www.fme.is/?PageID=641> (sótt 24. mars 2008).

43 Alþt. 1999-2000, A-deild, bls. bls. 1809.

fengið leyfi til verðbréfamiðlunar þurfti hann þannig að hafa lokið prófi í lögfræði, hagfræði eða viðskiptafræði, sbr. d. liður 1. mgr. 4. gr. laganna. Í lögnum var jafnframt kveðið á sérstaka heimild ráðherra til að ákveða í reglugerð að háð yrði sérstök prófraun fyrir umsækjendur sem hefði þann tilgang að tryggja að viðkomandi leyfishafi hefði fullnægjandi sérþekkingu, þar sem almennu hæfisskilyrðin voru ekki talin vera afgerandi til að skera úr um það.⁴⁴ Þessi reglugerð var aldrei sett og voru því leyfi til verðbréfamiðlunar á gildistíma þeirra laga veitt á grundvelli hinna almennu menntunarskilyrða sem áður voru talin upp. Við gildistöku laga nr. 20/1989 breyttist þetta umtalsvert. Fallið var frá almennum menntunarkröfum og gert að skilyrði fyrir leyfisveitingu að umsækjandi hefði sótt námskeið í verðbréfamiðlun og lokið þar prófi, sbr. d. liður 1. mgr. 3. gr. laganna. Á grundvelli laganna var sett reglugerð um námskeið og próf til að öðlast leyfi til verðbréfamiðlunar þar sem kveðið var á um að sérstök nefnd sem viðskiptaráðherra skipaði, prófnefnd verðbréfamiðlara, skyldi standa fyrir námskeiði og prófum í samræmi við ákvæði reglugerðarinnar og nefndist prófið þá verðbréfamiðlunarpróf.⁴⁵ Reglurnar héldust nokkurn veginn óbreyttar við gildistöku laga nr. 9/1993. Við setningu laga nr. 13/1996 var gerð sú breyting sem fyrr hefur verið rakin að einungis hlutafélög gætu fengið heimild til verðbréfamiðlunar. Við þá breytingu var það gert að skilyrði fyrir leyfisveitingu að framkvæmdastjóri verðbréfamiðlunar hefði sótt námskeið og lokið prófi í verðbréfamiðlun, en sambærilegt skilyrði hafði gilt fyrir framkvæmdastjóra verðbréfafyrirtækja frá gildistöku laga nr. 20/1989. Frá gildistöku laga nr. 99/2000 sem sett voru til breytinga á lögum nr. 13/1996 náði þessi krafa um próf í verðbréfamiðlun

ekki sjálfkrafa til framkvæmdastjóra slíkra félaga heldur eingöngu til þeirra starfsmanna sem hefðu umsjón með daglegri starfsemi í tengslum við viðskipti með verðbréf, sbr. 5. gr. laga nr. 99/2000.⁴⁶ Þótt framkvæmdastjóri hlutafélaga annist daglegan rekstur samkvæmt 2. mgr. 68. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög koma framkvæmdastjórar fyrirtækja sem stunda verðbréfavíðskipti almennt ekki nálægt daglegri umsjón með slíkum viðskiptum. Ef þeir hafa hins vegar með höndum slíka daglega umsýslu til dæmis vegna smæðar fyrirtækis, þurfa þeir eðli máls samkvæmt að fullnægja skilyrðinu. Dagleg umsýsla af þessum toga heyrir hins vegar almennt undir yfirmenn einstakra sviða, deilda eða samsvarandi eininga innan slíkra fyrirtækja. Í athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 99/2000 segir um þetta til skýringar: „Sem dæmi um yfirmenn starfseininga sem telja má eðlilegt að Fjármálaeftirlitið krefjist að lokið hafi prófi í verðbréfamiðlun eru yfirmenn markaðsviðskipta, einstaklingsviðskipta, verðbréfamiðlunar, eignastýringar og áhættustýringar og annarra sambærilegra eininga. Starfstítlar þessara yfirmanna geta t.d. verið framkvæmdastjórar, sviðsstjórar eða deildarstjórar.“⁴⁷ Ákvæði um þetta er nú að finna í 53. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki sem er efnislega sambærilegt og vísar til 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna. Það verður að lesa þessi ákvæði saman á þann hátt að yfirmenn þeirra deilda eða sviða sem stýra þeim þjónustusviðum sem eru talin upp í 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna, þurfa að hafa staðist próf í verðbréfavíðskiptum. Frá og með setningu reglugerðar nr. 633/2003 nefnist þetta próf í verðbréfavíðskiptum en ekki próf í verðbréfamiðlun. Var þessi breyting eðlileg í ljósi þróunar á þeirri þjónustu sem námskeiðið nær til en eins og 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002 ber með sér er hugsunin sú að námskeiðið og prófið nái til allra þeirra

44 Alpt. 1999-2000, A-deild, bls. 3807.

45 Alpt. 1999-2000, A-deild, bls. 3807.

46 Nákvæma útlístan á þróunina á þessu er að finna í

frumvarpi til laga nr. 99/2000. Sjá Alpt. 1999-2000, A-deild, bls. 3807-3809.

47 Alpt. 1999-2000, A-deild, bls. 3814.

þjónustubátta sem þar eru taldir upp og teljast til verðbrefaviðskipta í skilningi 1. gr. vskl. en ekki eingöngu verðbrefamiðlunar. Þess má geta samhengis vegna að frá og með 7. nóvember 2005 hóf Fjármálaeftirlitið að framkvæma sérstakt hæfismat á nýjum framkvæmdastjórum fjármála fyrirtækja, þar með talið á þeim framkvæmdastjórum sem störfuðu hjá fjármála fyrirtækjum sem höfðu heimild til að stunda verðbrefaviðskipti. Hæfismatið fer fram til þess að staðreyna hvort viðkomandi aðili hafi fullnægjandi þekkingu á þeim lögum og reglum sem gilda um starfsemi viðkomandi fjármála fyrirtækis eða eftir atvikum á þeirri starfsemi sem sótt er um leyfi fyrir. Er þetta hæfismat liður í að meta hvort framkvæmdastjóri fullnægir þeim skilyrðum sem kveðið er á um í 2. mgr. 52. gr. laga nr. 161/2002 um fjármála fyrirtæki.⁴⁸

5.7. Reglur um aðskilnað starfssviða styrkt

Ákvæði laga nr. 13/1996 um aðskilnað einstakra starfssviða voru styrkt enn frekar með lögum nr. 99/2000 til að tryggja betur en þá var gert að komið væri í veg fyrir hagsmunaárekstra í starfsemi fyrirtækja í verðbrefaþjónustu. Var það gert með því að Fjármálaeftirlitið staðfesti reglur fyrirtækjanna sem áttu að miða að því að tryggja þennan aðskilnað. Auk þess voru settar skýrari reglur um eigin viðskipti fyrirtækja í verðbrefaþjónustu og um viðskipti eigenda, stjórnenda, starfsmanna og maka þeirra. Til að einfalda framkvæmd við staðfestingu á reglum sem fyrirtæki í verðbrefaþjónustu þurftu að setja sér um ofangreint gaf Fjármálaeftirlitið út leiðbeinandi tilmæli um efnislegar reglur nr. 1/2001 og voru gefin út sambærileg tilmæli fyrir reglur um viðskipti

innherja sem fyrirtækjum var skylt að setja sér á þessum tíma. Í þessum tilmælum var að finna fyrirmæli til fjármála fyrirtækja um það hvað þyrfti efnislega að koma fram í þessum reglum til þess að Fjármálaeftirlitið myndi staðfesta þær. Leiðbeinandi tilmæli um verklagsreglur fellu úr gildi 1. nóvember 2007 við gildistöku vskl. sem gera ekki lengur ráð fyrir að Fjármálaeftirlitið staðfesti reglur af þessum toga sem hafa verið gefnar út af fyrirtækjum í verðbrefaþjónustu. Ástæðuna fyrir þessari breytingu er einkum að rekja til þess að nú gera vskl. ráð fyrir því að ráðherra gefi út ítarlega reglugerð um þau atriði sem áður var meðal annars vikið að í leiðbeinandi tilmælum, sbr. 1-2. mgr. 26. gr. vskl. Leiðbeinandi tilmæli um innherjareglur höfðu verið felld niður í kjölfar þess að gefin var út reglugerð af viðskiptaráðherra um innherjaupplýsingar og markaðssvik nr. 630/2005 og Fjármálaeftirlitið gaf út reglur nr. 670/2005 (nú reglur 987/2006) um meðferð innherjaupplýsinga og viðskipti innherja, en bæði reglugerðin og reglurnar voru gefnar út á grundvelli 73. gr. laga nr. 33/2003 um verðbrefaviðskipti en grundvöll slíkra reglna er nú að finna í 130-131 gr. vskl. Þrátt fyrir þessar breytingar þurfa fyrirtæki í verðbrefaþjónustu að setja sér fjölmargar innri starfsreglur samkvæmt vskl., þótt þær þurfi ekki lengur formlega staðfestingu Fjármálaeftirlitsins.⁴⁹ Fyrirtækin bera ábyrgð á því að reglurnar séu settar og að þær séu í samræmi við þær kröfur sem vskl. og ákvæði reglugerða sem settar hafa verið á grundvelli laganna gera til slíkra reglna og eftirfylgni við þær. Fjármálaeftirlitið hefur síðan almennt eftirlit með því að þetta sé gert.

48 Upplýsingar um hæfismat þetta er að finna í skjali sem Fjármálaeftirlitið gaf út þann 7. nóvember 2005 og er aðgengilegt á heimasíðu þess: <http://www.fme.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=1045> (sótt 14. mars 2008)

49 Fjármála fyrirtæki skulu þannig setja sér reglur og verkferla sem eiga að tryggja að fyrirtækið, stjórn þess, starfsmenn

og fastir umboðsmenn fari að lögum og reglum sem um starfsemina gilda. Jafnframt skal fjármála fyrirtæki setja reglur um eigin viðskipti þessara aðila með fjármálagerninga, sbr. 3. mgr. 6. gr. vskl. Einnig þurfa þau að setja sér verklagsreglur um framkvæmd viðskipta fyrirmæla, sbr. 2. mgr. 18. gr. vskl. og flokkun viðskiptavina, sbr. 1. mgr. 21. gr. vskl.

5.8. Reglum um starfsábyrgðartryggingu breytt

Sú breyting var gerð með lögum nr. 99/2000 að ekki var lengur gerð sú krafa til verðbréfafyrirtækja að þau væru með sérstaka starfsábyrgðartryggingu til að tryggja viðskiptavinum fyrir tjóni sem þeir kynnu að verða fyrir vegna verðbréfaviðskipta. Krafa um slíka tryggingu náði í kjölfarið eingöngu til verðbréfamiðlana og gerir það enn, sbr. 2. mgr. 26. gr. laga nr. 161/2002.

5.9. Ákvæði um samningsbundið uppgjör afleiðusamninga tekin í lög

Sú breyting var gerð með lögum nr. 99/2000 að sett voru í lög um verðbréfaviðskipti nr. 13/1996 ákvæði um samningsbundið uppgjör afleiðusamninga þar sem kveðið var á um að skriflegur samningur, einn eða fleiri, milli tveggja aðila um að skyldur þeirra samkvæmt tilteknum tegundum afleiðusamninga skyldu jafnast hver á móti annarri, með skuldajöfnun, við endurnýjun eða við vanefnd, greiðslustöðvun, nauðasamninga eða gjaldþrotaskipti, skyldu halda gildi sínu að fullu þrátt fyrir ákvæði 91. og 100. gr. laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Tilgangurinn með þessari breytingu var einkum sá að tryggja að fyrirtækjum í verðbréfabjónustu væri heimilt að beita skuldajöfnuði við uppgjör afleiðusamninga, jafnvel þótt krafa á grundvelli tiltekins samnings hefði orðið til innan 3 mánaða frestsins sem kveðið er á um í 100. gr. laga nr. 21/1991.⁵⁰ Með lögum nr. 33/2003 var gerð sú breyting að þessi heimild var látin ná til allra tegunda afleiðusamninga. Þetta ákvæði er nú að finna í V. kafla vskl.

5.10. Breytingar á hugtakinu almennt útboð

Með lögum nr. 99/2000 voru gerðar breytingar á skilgreiningu á hugtakinu almennt útboð. Við gildistöku þeirra var felld út sú undanþága að reglurnar um almennt útboð ættu ekki að gilda um verðbréf sem væru skráð á skipulegum verðbréfamarkaði. Í athugasemdum með frumvarpi til þeirra laga kom fram að hugsunin hefði ekki verið sú að skráð bréf væru undanþegin reglum um almennt útboð og var því breytingin lögð til og samþykkt.⁵¹ Þess skal getið hér samhengis vegna að þessu var aftur breytt við gildistöku laga nr. 33/2003 þannig að reglurnar um almennt útboð ættu ekki við um verðbréf sem væru skráð á skipulegum verðbréfamarkaði, sbr. 1. mgr. 20. gr. þeirra laga in fine. Var sú breyting gerð einkum með vísan til þess að ekki væri talin þörf á verndarreglum sem giltu um almennt útboð við þessar aðstæður, þar sem reglur um upplýsingaskyldu skráðra félaga ættu að tryggja hagsmunum fjárfesta með fullnægjandi hætti.⁵² Hins vegar var samhlíða tekin upp sú regla að ef verið væri að selja 10% eða meira af heildarhlutafé viðkomandi útgefanda, þurfti að útbúa sérstakt tilboðsýfirlit sem átti að veita væntanlegum fjárfestum frekari upplýsingar án þess þó að upplýsingarnar væru eins ítarlegar og giltu um útboðslýsingu við almennt útboð.⁵³ Í þessari breytingu folst meðal annars að félög sem voru með hlutabréf sín skráð á skipulegum verðbréfamarkaði þurftu ekki að útbúa sérstaka útboðslýsingu þegar gefin voru út ný hlutabréf sem voru skráð og boðin almenningi til kaups, ef um var að ræða sölu á minna en 10% af heildarhlutafé viðkomandi félags. Var lítið svo á að almennar reglur um upplýsingaskyldu skráðra félaga ættu að fela í sér tryggingu fyrir því að fullnægjandi

⁵⁰ Alþt. 1999-2000, A-deild, bls. 3817.

⁵¹ Alþt. 1999-2000, A-deild, bls. 3813.

⁵² Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1558-1559.

⁵³ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1558-1559 og 1567-1568.

Kvóðin til að birta tilboðsýfirlit gilti þó ekki ef um var að ræða

svokölluð veltubókarviðskipti fjármálafyrirtækja, viðskipti þeirra sem viðskiptavaka eða ef undanþágur frá reglum um almennt útboð ættu við um viðkomandi sölu, sbr. 2. mgr. 36. gr. laga nr. 33/2003. Ekki er svigrúm til að gera nánar grein fyrir þessum undanþágum hér.

upplýsingar ættu að liggja fyrir um viðkomandi félög til þess að fjárfestar gætu tekið upplýsta ákvörðun um viðkomandi fjárfestingarkost. Þessu var hins vegar breytt aftur við gildistöku laga nr. 31/2005, um breytingu á lögum nr. 33/2003, þannig að reglurnar um almennt útboð ættu að gilda hvort sem um skráð eða óskráð verðbréf væri að ræða sem boðin væru almenningi til kaups, sbr. 21. gr. laga nr. 33/2003 eins og þau voru eftir gildistöku laga nr. 31/2005. Á móti kom hins vegar sú regla að ef viðkomandi útgefandi hafði gefið út lýsingu á síðustu 12 mánuðum frá opinberri birtingu vegna almenns útboðs eða skráningar á skipulegan verðbréfamarkað, þurfti eingöngu að gefa út viðauka við fyrri lýsingu þar sem fram kæmu upplýsingar um mikilvæg atvik og aðstæður eða leiðréttingar frá eldri lýsingu, sbr. 24. gr. laga nr. 33/2003. Síðastefndar reglur eru enn í gildi samkvæmt vskl., sbr. 1. tl. 43. gr. og 1. mgr. 47. gr. laganna.

5.11. Breytingar á reglum um innherjaviðskipti

Með lögum nr. 163/2000, um breytingu á lögum nr. 13/1996, var hugtakið innherji skilgreint sérstaklega í lögum og greint á milli einstakra flokka innherja (fruminnherja, tímabundinna innherja og annarra innherja) sem ekki hafði verið gert í lögum fram að þeim tíma.⁵⁴ Gildissviði þess kafla laga nr. 13/1996 sem gilti um viðskipti innherja var breytt eins og fyrr segir þannig að hann náði eingöngu til viðskipta með skráð verðbréf, eða verðbréf sem óskað hefði verið eftir skráningu á. Auk þess var Fjármálaeftirlitinu falið að halda skrá yfir innherja og skerpt á kröfum gagnvart útgefendum verðbréfa, stjórnvöldum og öðrum aðilum um setningu reglna um meðferð innherjaupplýsinga.⁵⁵

5.12. *Ákvæði um safnskráningu tekið upp*
Með lögum nr. 164/2000, um breytingu meðal annars á lögum nr. 13/1996, voru tekin upp ákvæði um svokallaða safnskráningu verðbréfa (nefnt „nominee registration“ á ensku). Í því fólst að verðbréfafyrirtækjum var veitt heimild til að varðveita verðbréf viðskiptavina sinna á sérstökum safnreikningi sem var þá í þeirra nafni. Þrátt fyrir það var skylt að halda sérstaka innanhússkrá yfir eigandi verðbréfanna. Allt frá setningu laga nr. 27/1986 hafði verið kveðið á um skyldu fyrirtækja í verðbréfaþjónustu til að skrá verðbréf á nafn eiganda og halda fjármunum hans aðgreindum, sbr. 1-2. mgr. 7. gr. þeirra laga. Ákvæði um nafnskráningu og aðskilnað fjármuna var upphaflega sett í lög til að tryggja réttarstöðu eigenda verðbréfa ef til þess kæmi að bú viðkomandi aðila í verðbréfaþjónustu væri tekið til gjaldþrotaskipta eða ef hann þyrfti að sanna eignarrétt sinn til þeirra af annarri ástæðu.⁵⁶ Þessi lagabreyting hafði í för með sér aukna hættu á því að viðskiptavinir fyrirtækja í verðbréfaþjónustu yrðu fyrir tjóni ef til þess kæmi að bú slíkra fyrirtækja væri tekið til gjaldþrotaskipta þar sem aukin hætta var á því að verðbréfin féllu saman við verðbréfaeign viðkomandi fyrirtækis. Af þeim sökum var kveðið á um það í lögum að slík skráning væri háð því skilyrði að viðkomandi verðbréfafyrirtæki hefði gert eiganda grein fyrir þeirri auknu áhættu sem væri í þessu folgin og að hann hefði samþykkt slíka skráningu sérstaklega.⁵⁷ Ákvæði um safnskráningu er nú að finna í 12. gr. vskl., en samkvæmt því ákvæði getur fjármálaefyrirtæki sem hefur heimild til að varðveita fjármálagerninga sótt um heimild frá Fjármálaeftirlitinu til að varðveita fjármálagerninga á safnreikningi. Að öðru leyti gilda enn sambærileg skilyrði um slíka heimild og giltu samkvæmt eldri lögum.

54 Umfjöllun um hugtakið innherji fram að gildistöku laga nr. 33/2003 má finna í eftirfarandi timaritgrein: Aðalsteinn E. Jónasson: „Hugtakið innherji“. Úlfljótur 2002, bls. 227-252.

55 Alþt. 2000-2001, A-deild, bls. 1198.

56 Alþt. 1985, A-deild, bls. 1673.

57 Alþt. 2000-2001, A-deild, bls. 2427-2428.

5.13. Ítarlegri ákvæði um eftirlit með eigendum virkra eignarhluta

Með lögum nr. 69/2001 um eftirlit með eigendum virkra eignarhluta í fjármála fyrirtækjum voru sett inn í ákvæði laga nr. 13/1996 ítarlegri ákvæði um eftirlit með eigendum virkra eignarhluta fyrirtækja í verðbréfaþjónustu.

5.14. Breytingar á ákvæðinu um innherjasvik vegna Skeljungsdóms

Með lögum nr. 39/2002, um breytingu á lögum nr. 13/1996, var gerð breyting á innherjasvikaákvæði laga nr. 13/1996. Orðalagi innherjasvikaákvæðisins um að innherji þyrfti að hafa nýtt innherjaupplýsingar til öflunar verðbréfa, til að geta gerst sekur um innherjasvik, var fellt úr lögum. Kveikjuna að þeirri lagabreytingu var að rekja til dóms Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. október 2001 í málinu S-601/2001 (svokallað Skeljungsmál), en þeim dómi var ekki áfrýjað til Hæstaréttar. Gildandi ákvæði vskl. er óbreytt að þessu leyti.⁵⁸

5.15. Breytingar vegna nýs stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu

Með lögum nr. 76/2002 um breytingar á ýmsum lögum vegna nýs stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu var ákvæði um stofnsetningarrétt breytt í því skyni að veita Sviss sama rétt hér á landi og ríkjum innan Evrópska efnahagssvæðisins.

6. LÖG NR. 33/2003 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

6.1. Almenn

Þann 1. júlí 2003 tóku gildi ný heildarlög um verðbréfavíðskipti nr. 33/2003 en hér að ofan hefur samhengis vegna verið vikið stuttlega að ýmsum breytingum sem áttu sér stað við gildistöku þeirra laga. Samkvæmt 59. gr. laganna voru lög

sett til þess að taka upp í innlandan rétt ákvæði tilskipana ráðsins 89/198/EBE⁵⁹ um samræmingu á kröfum við gerð, athugun og dreifingu á útbóðslýsingu sem birta skal við almennt útbóð framseljanlegra verðbréfa, Innherjatilskipunina, ISD tilskipunina og 2001/34/EB⁶⁰ um samræmingu á skráningarkröfum sem gerðar eru til verðbréfa í kauphöllum og upplýsingaskyldu vegna slíkra verðbréfa.

6.2. Breytingar í kjölfar setningar laga nr. 161/2002 um fjármála fyrirtæki

Með lögum nr. 161/2002 um fjármála fyrirtæki sem tóku gildi 1. janúar 2003 höfðu öll ákvæði eldri laga um verðbréfavíðskipti sem fjölluðu um stofnun og rekstur fyrirtækja í verðbréfaþjónustu verið felld úr lögum um verðbréfavíðskipti og var því engin slík ákvæði að finna í nýjum heildarlögum nr. 33/2003. Hefur þetta haldist óbreytt síðan og er því engin slík ákvæði heldur að finna í vskl. Í þessari breytingu fólst að ákvæði um það hvaða þjónusta á verðbréfasviði telst vera starfsleyfisskyld var frá og með 1. janúar 2003 að finna í lögum nr. 161/2002 um fjármála fyrirtæki en þeim lögum var breytt með lögum nr. 111/2007 vegna innleiðingar á MiFID tilskipuninni. Frá og með gildistöku laga nr. 161/2002 var leyfisveiting í höndum Fjármálaeftirlitsins, en hafði áður verið í höndum víðskiptaráðherra sem bar að leita eftir umsögn Fjármálaeftirlitsins, sbr. 3-4. gr. laga nr. 13/1996.

6.3. Hugtakið fjármálagerningur tók við sem yfirhugtak

Við gildistöku laga nr. 33/2003 var tekið upp nýtt hugtak, fjármálagerningur, sem tók við af hugtakinu verðbréf sem yfirhugtak. Samhliða því voru gerðar nokkrar breytingar á hugtakinu verðbréf sem ekki er svigrúm til að fjalla um hér. Í fyrstu lögum sem tóku til

⁵⁸ Ítarlega er fjallað um þessa lagabreytingu og réttaráhrif hennar í eftirfarandi grein: Aðalsteinn E. Jónasson: „Nýta til öflunar...“ Misnotkun sem skilyrði innherjasvika. Tímarit

lögfræðinga, 3 tbl. 2007, bls. 267-309.

⁵⁹ OJ 1989, L 124, bls. 8.

⁶⁰ OJ 2001, L 184, bls. 1.

verðbréfavíðskipta nr. 27/1986 var notast við hugtakið verðbréf sem yfirhugtak yfir þau réttindi sem lögin náðu til og hélst sú skipan allt til gildistöku laga nr. 33/2003. Gildandi vskl. fjalla um víðskipti með fjármálagerninga og tengda þjónustu en í 1. gr. vskl. eru slík víðskipti skilgreind sem verðbréfavíðskipti. Má því segja að nafn laganna endurspeglar gildissvið þeirra þrátt fyrir þessa breytingu á hugtakanotkun enda má segja að hornsteinn fræðigreinarinnar verðbréfamarkaðsréttur byggir í sögulegu samhengi á hugtakinu verðbréf.⁶¹ Hugtakið fjármálagerningur er þýðing á enska orðinu „financial instruments“ og var tekið upp í lög nr. 33/2003 með stöð í B-þætti í viðauka við ISD tilskipunina.⁶² Ákvæðið var einnig skilgreint á svipaðan hátt í 3. tl. 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB⁶³ um innherjasvik og markaðsmisnotkun (hér eftir nefnd MAD tilskipunin sem er skammstöfun á enska heitinu „Market Abuse Directive“), en ákvæði eldri laga um markaðsmisnotkun var meðal annars breytt í lögum nr. 33/2003 með hliðsjón af þeirri tilskipun. Við gildistöku vskl. var hugtakinu breytt í samræmi við skilgreininguna á því í MiFID tilskipuninni, sbr. 17. tl. 1. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar og C-þáttur viðauka I við hana.

6.4. Ákvæði um yfirtökur og flöggun færð í lög um verðbréfavíðskipti

Eins og fyrr hefur verið nefnt voru ýmis hegðunarákvæði laga um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða nr. 34/1998 tekin upp í ákvæði laga nr. 33/2003 samhliða því að gerðar voru einhverjar breytingar á þeim ákvæðum. Þannig voru ákvæði um flöggun tekin upp í V. kafla laga nr. 33/2003 og ákvæði um yfirtöku í VI. og VII. kafla laganna. Ákvæði reglugerðar nr. 432/1999

um yfirtökutillboð voru samhliða tekin upp í lögin sem og þau ákvæði reglugerðar nr. 433/1999 um upplýsingaskylda útgefanda, kauphallaraðila og eigenda verðbréfa sem snertu flöggunarreglur. Voru þessar breytingar til þess fallnar að auka gagnsæi á hegðunarreglum sem giltu á verðbréfamarkaði en auk þess hafði breytingin í för með sér að ýmsum mikilvægum reglum um flöggun og yfirtöku sem voru eingöngu í reglugerðum var veitt lagastöð. Með lögunum var það hlutfall sem yfirtökutillboðsskylda myndaðist við fært úr 50% niður í 40% en auk þess var gildissviði reglna um yfirtökur víkkað út þannig að þær náðu einnig yfir félög sem höfðu fengið skráningu á skipulegum tilboðsmarkaði. Reglum um flöggunarmörk var breytt töluvert við gildistöku laganna. Samkvæmt lögum nr. 34/1998 myndaðist flöggunarskylda þegar atkvæðisréttur eða nafnverð hlutafjár náði, hækkaði upp fyrir eða niður fyrir eftirfarandi mörk: 5%, 10%, 20%, 33¹/₃%, 50% og 66²/₃%, sbr. 2. mgr. 26. gr. laganna. Þetta breyttist við gildistöku laga nr. 33/2003 með því að flöggunarþröskuldum var fjölgað þannig að flöggunarskylda stofnaðist þegar hlutur náði, hækkaði upp fyrir eða niður fyrir 5% eða margfeldi þar af allt að 90%, þ.e. við 5%, 10%, 15% og svo framvegis þangað til 90% marki var náð, sbr. 2. mgr. 32. gr. laga nr. 33/2003. Þetta breyttist svo aftur við gildistöku vskl., en frá og með gildistöku þeirra miðaðist flöggunarskylda við eftirtalin mörk: 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35%, 40%, 50%, 66²/₃% og 90%, sbr. 1. mgr. 78. gr. laganna. Tók þessi breyting mið af ákvæði 1. mgr. 9. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/109/EB⁶⁴ um samhæfingu krafna um gagnsæi í tengslum við upplýsingar um útgefendur verðbréfa sem eru skráð á skipulegan markað (hér eftir

⁶¹ Þess má geta að dönsku og norsku lögin sem byggja á sömu tilskipunum og íslensku lögin og bera sambærilegt heiti. Dönsku lögin nr. 1077 frá 4. september 2007 bera þannig heitið „lov um værdipapirhandel.“ Norsku lögin nr. 75 frá 26. júní 2007 bera heitið „lov om verdipapirhandel (verdipapirhandeloven).“

⁶² Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1541.

⁶³ OJ 2003, L 96, bls. 16.

⁶⁴ OJ 2004, L 390, bls. 38.

nefnd Gagnsæistilskipunin) og um breytingu á tilskipun 2001/34/EB. Samkvæmt þessu var fallið frá kröfum um flöggunarskyldu við mörkin 45%, 55%, 60%, 65%, 70%, 75%, 80% og 85%, en í staðin kom flöggunarskylda miðað við 66²/3%.⁶⁵

6.5. Fyrsta efnisákvæðið um viðskiptavaka tekið í lög

Í 40. gr. laga nr. 33/2003 (sem síðar varð 54. gr.) var sett fyrsta lagaákvæðið sem fjallaði efnislega um viðskiptavaka. Í eldri lögum hafði hugtakið einungis verið skilgreint í 19. tl. 2. gr. laga nr. 13/1996. Efnisákvæði um viðskiptavaka hafði hins vegar áður verið að finna í reglum Kauphallar Íslands hf. frá 30. október 2000, en þær höfðu verið felldar niður þegar aðildarreglur NOREX voru teknar upp hjá kauphöllinni, en síðastnefndar reglur höfðu engin ákvæði að geyma um viðskiptavaka.⁶⁶ Viðskiptavakt felur í sér að fjármálfyrirtæki, sem hefur heimild til verðbréfavíðskipta, skuldbindur sig fyrir eigin reikning eða reikning útgefanda til að kaupa og selja tilteknar fjármálagerninga í því skyni að greiða fyrir því að markaðsverð myndist. Með 40. gr. laga nr. 33/2003 var lagður grunnurinn að því ákvæði sem nú er að finna í 116. gr. vskl. sem er efnislega eins.

6.6. Ákvæði um góða viðskiptavenju og „know-your-customer“ regla

Við gildistöku laga nr. 33/2003 voru ýmis ákvæði í II. kafla laganna um réttindi og skyldur fjármálfyrirtækja gerð ítarlegri og fyllri en ákvæði eldri laga. Þannig var til dæmis tekið upp ákvæði í 4. gr. laganna um góða viðskiptavenju en sambærilegt ákvæði er nú að finna í 5. gr. vskl. Einnig var sett í 5. gr. laga nr. 33/2003 almenn „know-your-customer“ regla sem kvæð á um skyldu fjármálfyrirtækja til að afla sér upplýsinga um

þekkingu og reynslu viðskiptavina sinna og markmið þeirra með fyrirhugaðri fjárfestingu. Ef um viðvarandi viðskiptasamband var að ræða þurfti fjármálfyrirtæki einnig að afla sér upplýsinga um fjárhagsstöðu viðskiptavina sinna. Á grundvelli þessara upplýsinga átti fjármálfyrirtæki síðan að veita viðskiptavininum sínum greinargóðar upplýsingar, meðal annars um þá fjárfestingarkosti sem þeim stóð til boða, sbr. 5. gr. laga nr. 33/2003. Í eldri lögum, sem höfðu að geyma vísi að slíkri „know-your-customer“ reglu, hafði eingöngu verið að finna almenna reglu um að fyrirtæki í verðbréfabjónustu ættu, að teknu tilliti til þekkingar viðskiptavina, að veita þeim greinargóðar upplýsingar um þá kosti sem þeim stóð til boða, sbr. 6. gr. laga nr. 27/1986, 4. gr. laga nr. 20/1989, 13. gr. laga nr. 9/1993 og 15. gr. laga nr. 13/1996. Þótt síðastnefnd ákvæði hafi falið í sér kvöð gagnvart fyrirtækjum í verðbréfabjónustu til að kynna sér þekkingu viðskiptavina upp að einhverju marki til að geta gefið þeim víðeigandi upplýsingar, var ekki kveðið á jafn skýran hátt á um skyldu til að kalla eftir upplýsingum frá viðskiptavinum um þekkingu, fjárhag og reynslu. Ákvæði 8. gr. laga nr. 33/2003 fjallaði um „know-your-customer“ reglu sem hafði ekki almennt gildi, heldur náði hún eingöngu til víðskipta með óskráð verðbréf til annarra en fagfjórfa. Síðastnefnt ákvæði kom fyrst inn í íslensk lög með setningu laga nr. 163/2000, um breytingu á lögum nr. 13/1996, sbr. 27. gr. laganna.⁶⁷ Regla 5. gr. laga nr. 33/2003 náði hins vegar til allra tegunda verðbréfavíðskipta eins og þau voru skilgreind í lögnum. Við innleiðingu á MiFID tilskipuninni við gildistöku vskl., ásamt þeim reglugerðum og reglum sem þeirri innleiðingu fylgdi, urðu umtalsverðar breytingar á þeim efnisreglum sem var að finna í 5. og 8. gr. laga nr. 33/2003. Ákvæði

⁶⁵ Ákvæði 1. mgr. 78. gr. vskl. er frábrugðið Gagnsæistilskipuninni að því leyti að tilkynningaskylda samkvæmt lögnum stofnast við 35% og 40% mörkin sem tilskipunin gerir ekki ráð fyrir. Tilgreind ástæða fyrir þessu er sú að yfirtökuskylda myndast við 40% mörkin samkvæmt

íslenskum lögum, sbr. 1. mgr. 100. gr. vskl. Alþt. 2007, A-deild, þskj. 7, athugasemdir við 78. gr.

⁶⁶ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1569.

⁶⁷ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1550.

sambærileg þeim er nú að finna í 15-16. gr. vskl. en 15. gr. fjallar um skyldu fjármálafyrirtækja til að afla sér upplýsinga þegar um eignastýringu og fjárfestingarráðgjöf er að ræða en 16. gr. fjallar um skyldu þeirra til að afla upplýsinga og framkvæma hæfismat þegar annars konar verðbréfaþjónusta er veitt. Ákvæði þessi hafa verið útfærð nánar í innleiðingartilskipuninni, reglugerð Framkvæmdastjórnarinnar nr. 1287/2006 (sem hefur verið leidd í lög með reglugerð nr. 994/2007) og reglugerð viðskiptaráðherra nr. 995/2007 sem ekki er svigrúm til að ræða um hér. Þess skal þó getið samhengis vegna að helstu breytingar frá eldri lögum nr. 33/2003 eru fölgjar því að ekki er gerð krafa um að afla sé upplýsinga um fjárhagsstöðu viðskiptavinar og markmið með hugsanlegri fjárfestingu nema þegar þjónusta er fölgjin í eignastýringu eða fjárfestingarráðgjöf. Samkvæmt lögum nr. 33/2003 þurfti eins og fyrr segir að afla þessara upplýsinga þegar önnur þjónusta var veitt, ef viðkomandi aðili var í viðvarandi viðskiptasambandi eða þegar 8. gr. átti við um viðskiptin. Auk þess er sú breyting gerð að ekki þarf að afla upplýsinga um þekkingu og reynslu þegar þjónustan felst eingöngu í framkvæmd eða móttöku og miðlun fyrirmæla, að fullnægðum tilteknum skilyrðum sem talin eru upp í 4. mgr. 16. gr. vskl.

6.7. Hugtakið fagfjárfestir skilgreint í lögum í fyrsta sinn

Við setningu laga nr. 33/2003 þótti rétt að styrkja lagastöð skilgreiningar reglugerðar nr. 477/2001 á hugtakinu fagfjárfestir, en hugtakið hafði ekki áður verið skilgreint í lögum, sbr. 7. tl. 2. gr. laganna.⁶⁸ Skilgreiningin byggðist á 4-5. gr. reglugerðar nr. 477/2001, með smávægilegum breytingum. Umtalsverðar breytingar hafa orðið á hugtakinu síðan eins og nánar verður vikið að síðar.

6.8. Nánari skilgreining á refsinsæmi brota gegn lögum

Að lokum var í lögum nr. 33/2003 kveðið nánar á um hvaða brot gegn ákvæðum laganna gátu varðað refsingu og þá hvaða refsingu. Einnig voru gerðar breytingar á heimild Fjármálaeftirlitsins til að beita stjórnvaldssektum sem ekki verður vikið að hér.

6.9. Áhrifaðgerðaráætlunar Evrópusambandsins og Lamfalussy skýrslan

Með lögum nr. 31/2005, um breytingu á lögum nr. 33/2003, sem tóku gildi 1. júlí 2005 voru gerðar ýmsar þýðingarmiklar breytingar á lögum, en breytingarnar horfðu fyrst og fremst að i) reglum um markaðsmisnotkun og viðskipti innherja, ii) reglum um yfirtökutilboð og iii) reglum um almennt útboð og skráningu verbréfa á skipulegan verðbréfamarkað. Við gildistöku laga nr. 31/2005 voru ákvæði ýmissa tilskipana Evrópusambandsins leidd í lög, en hluti þeirra hafði áður verið innleiddur að einhverju marki. Nánar tiltekið var hér um að ræða MAD tilskipunina sem áður hefur verið minnst á en hún leysti af hólmi gömlu Innherjatilskipunina frá 1989. Hinar tvær voru tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/25/EB⁶⁹ um yfirtökutilboð (hér eftir Yfirtökutilskipunin) og 2003/71/EB⁷⁰ um útboðs- og skráningarlýsingu sem birta skal við almennt útboð verðbréfa eða þegar þau eru tekin til skráningar og um breytingu á tilskipun 2001/34/EB (hér eftir Lýsingartilskipunin).

Voru ofangreindar þrjár tilskipanir hluti af sérstakri aðgerðaráætlun Evrópusambandsins á sviði fjármálamarkaða en sú áætlun hefur verið nefnd „Financial Services Action Plan“ á ensku.⁷¹ Þessi áætlun byggist á niðurstöðum nefndar „vísdomsmanna“, sem er þýðing á enska heitinu „committee

68 Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1545.

69 OJ 2003, L 142, bls. 12.

70 OJ 2003, L 345, bls. 64.

71 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3661. Sjá um þetta Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen: Børsretten I, regulering og markedsaktører. Kaupmannahöfn 2007, bls. 45-51.

of wise men on the Regulation of European Securities Markets“, en sú nefnd var sett á laggirnar árið 2000 og skilaði skýrslu árið 2001 sem hefur verið nefnd Lamfalussy-skýrslan.⁷² Í þessari skýrslu var lagt til að ferli við setningu og framkvæmd reglna á þessu sviði yrði greint í fjögur stig. Á fyrsta stigi ferlisins yrðu settar rammareglur í formi tilskipana eða reglugerða af hálfu Evrópuþingsins og ráðsins þar sem kveðið væri á um undirstöðuatriði í löggjöfinni. Jafnframt yrði tekin ákvörðun um það af hálfu Evrópuþingsins og ráðsins hvernig og að hve miklu leyti rétt væri að útfæra efni slíkra rammareglna á öðru stigi. Á öðru stigi setti Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins síðan tæknilegar reglur sem ættu að útfæra lagareglurnar á fyrsta stigi. Á þriðja stigi átti Evrópska samstarfsefnd verðbréfaeftirlita (nefnd á ensku „ Committee of European Securities Regulators“, skammstafað CESR) síðan að vinna að því að efla samræmda framkvæmd í aðildarríkjunum á þeim reglum sem hefðu verið settar á fyrsta og öðru stigi, meðal annars með því að setja fram túlkun á einstökum reglum. Á fjórða stigi átti svo framkvæmdastjórnin að vinna að því að tryggja að aðildarríkin framfylgdu reglunum. Á fundi evrópska ráðsins í Stokkhólmi 2001 var Lamfalussy skýrslan samþykkt og féllst Evrópuþingið á tillögurnar árið 2002.⁷³ Tilkoma hins nýja innleiðingarferlis hefur haft mikil áhrif á þróun íslenskrar löggjafar á sviði verðbréfamarkaðsréttar og mun hafa mikil áhrif til framtíðar. Eins og sjá má af ofangreindu er ferlið umfangsmikið og felur í sér tilraun til hámarkssamræmingar á þeim reglum sem gilda á þessu sviði á hinu Evrópska efnahagssvæði. Áður en þetta ferli var tekið upp höfðu tilskipanir á þessu sviði fyrst og fremst að geyma rammareglur sem

aðildarríkjum var síðan falið að taka upp í sína löggjöf. Hluti af þeirri gagnrýni sem fram kom í Lamfalussy skýrslunni laut að því að gamla fyrirkomulagið hefði ekki reynst fullnægjandi, meðal annars vegna þess að reglurnar hefðu verið teknar upp á misjafnan hátt í aðildarríkjunum og þannig hefði ekki náðst fullnægjandi samræming.⁷⁴

6.10. Innleiðing á MAD tilskipuninni ásamt innleiðingartilskipunum

Í samræmi við hið nýja ferli voru samþykktar þrjár innleiðingartilskipanir (annars stigs tilskipanir) á MAD tilskipuninni sem voru allar teknar í lög við gildistöku laga nr. 31/2005, sbr. 79. gr. laga nr. 33/2003. Nánar tiltekið var þar um að ræða (i) tilskipun framkvæmdastjórnarinnar nr. 2003/124/EB⁷⁵ um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB (MAD tilskipunin) að því er varðar skilgreiningu og birtingu á innherjaupplýsingum og skilgreiningu á markaðsmisnotkun, (ii) tilskipun nr. 2003/125/EB⁷⁶ um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB að því er varðar óhlutdræga kynningu ráðlegginga um fjárfestingu og birtingu upplýsinga um hagsmunaárekstra og (iii) tilskipunar nr. 2004/72/EB⁷⁷ um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB að því er varðar viðurkenndar markaðsvenjur, skilgreiningu á innherjaupplýsingum í tengslum við afleidd vöruskuldaskjöl, samningu innherjaskráar, tilkynningu um viðskipti stjórnenda og tilkynningu um grunsamleg viðskipti. Auk þess var gefin út reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2273/2003/EB um undanþágur fyrir endurkaupaáætlanir og verðjöfnun fjármálagerninga. Síðastnefndar innleiðingartilskipanir og reglugerð voru

⁷² Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3662-3663. Alexandre Lamfalussy var formaður nefndarinnar og ber skýrslan því þetta heiti. Skýrsluna má finna á eftirfarandi netslóð: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf (sött 7. apríl 2008).

⁷³ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3663.

⁷⁴ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3661 og 3663.

⁷⁵ OJ 2003, L 339, bls. 70.

⁷⁶ OJ 2003, L 339, bls. 73.

⁷⁷ OJ 2004, L 161, bls. 1.

síðan útfærðar með stöð í 73. gr. laga nr. 33/2003 í reglugerð nr. 630/2005 um innherjaupplýsingar og markaðssvik sem var gefin út 1. júlí 2005, en hún er enn í gildi. Auk þess hafði innleiðing þessara tilskipana í för með sér að Fjármálaeftirlitið gaf út reglur á grundvelli 73. gr. laga nr. 33/2003 um meðferð innherjaupplýsinga og viðskipti innherja nr. 670/2005, sem leystu af hólmi innri starfsreglur sem Fjármálaeyfirtækni höfðu sett sér á grundvelli tilmæla sem Fjármálaeftirlitið hafði sett. Reglur þessar eru nú nr. 987/2006.

Með gildistöku laga nr. 31/2005 var lagður grunnurinn að þeim reglum sem gilda enn í dag um markaðssvik, yfirtökur og lýsingar. Í frumvarpi til laga nr. 31/2005 er að finna nokkuð ítarlega umfjöllun á þeim breytingum sem voru lagðar til og síðar teknar í lög við gildistöku laganna en eins og þar kemur fram voru mestu breytingarnar gerðar á reglum um yfirtökutilboð og reglum um almenn útboð og skráningu verðbréfa á skipulegan verðbréfamarkað.⁷⁸

6.11. Breytingar á reglum um yfirtökutilboð og upphaf starfsemi Yfirtökunefndar

Helstu breytingar á reglum um yfirtökutilboð fólust í því að sett voru í lög skýrari ákvæði um það hvenær væri rétt að lita svo á að aðilar væru í samstarfi þannig að rétt væri að skilgreina þá sem einn aðila í skilningi reglna um yfirtökuskyldu. Reglur þessar eru vandmeðfarnar og hefur reynt á ýmis álitæfni um túlkun þessara reglna

frá gildistöku laga nr. 31/2005.⁷⁹ Auk þess voru teknar upp reglur sem takmörkuðu heimild stjórnar til að taka ákvarðanir sem gætu haft áhrif á yfirtökutilboð, án samþykkis hlutahafafundar, auk þess sem sett voru ákvæði um skyldu stjórnar til að semja og gera opinbera greinargerð um álit hennar á yfirtökutilboði og áhrif þess á hagsmunum félagsins. Ákvæði af þessum toga var ekki að finna í eldri lögum. Til viðbótar við síðastnefndar breytingar voru gerðar ýmsar aðrar breytingar á fyrri reglum um yfirtökutilboð sem ekki er unnt að fjalla um hér. Samhliða gildistöku laga nr. 31/2005 þann 1. júlí 2005 tók til starfa Yfirtökunefnd en markmiðið með stofnun nefndarinnar var að efla hlutabréfamarkað með því að greiða úr álitaefnum sem snertu yfirtökur.⁸⁰ Fyrirmynd að þessari nefnd var að hluta sótt til Bretlands þar sem löng hefð er fyrir starfsrækslu sambærilegrar nefndar, eða allt frá árinu 1968. Nefndin birtir álit, yfirlýsingar, veitir ráðgjöf og stuðlar að faglegri umræðu um yfirtökur og tengd mál.⁸¹ Hefur nefndin birt tilmæli þar sem er að finna nánari skýringu hennar á ýmsum ákvæðum reglna um yfirtökuskyldu, en tilmælin má finna á heimasíðu nefndarinnar. Nefndin hefur birt fjölmörg álit og yfirlýsingar þar sem reynt hefur á reglur um yfirtökuskyldu en af birtum fundargerðum má ráða að nefndin hélt 56 fundi á tímabilinu frá 1. júlí 2005 til 15. janúar 2008.⁸² Reynslan af starfi nefndarinnar er mjög góð og hefur almennt ríkt sátt um niðurstöðu hennar.⁸³ Reglur um starfsemi Yfirtökunefndar eiga sér ekki lagastöð og er

78 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3666-3676.

79 Þetta má sjá af álitum Yfirtökunefndar sem finna á heimasíðu nefndarinnar: www.yfirtokunefnd.is (sótt 3. apríl 2008).

80 Sjá heimasíðu Yfirtökunefndar á eftirfarandi netslóð: www.yfirtokunefnd.is. Eins og þar kemur fram stóðu eftirtaldir aðilar að stofnun nefndarinnar: Kauphöll Íslands hf. (nú NASDAQ-OMX á Íslandi), Eignarhaldsfélag hlutafélaga ehf. (félag skráðra hlutafélaga), Fjármálaeftirlitið, Eignarhaldsfélag lífeyrissjóða um verðbréfaþing ehf., Samtök banka og verðbréfaeyfirtækja (nú samtök Fjármálaeyfirtækja), Samtök fjárfesta. Seðlabanki Íslands, Verslunarráð Íslands (nú Viðskiptaráð) og viðskiptaráðuneytið.

81 Sjá síðustu heimild.

82 Sjá síðustu heimild.

83 Í þessu samhengi má þó geta til fróðleiks að Yfirtökunefnd og Fjármálaeftirlitið tókuðu ákvæði laga nr. 33/2003 um heimild aðila sem varð yfirtökuskyldur á grundvelli laganna til að selja sig aftur niður fyrir yfirtökumörkin og komast þannig hjá yfirtökuskyldu á mismunandi hátt. Yfirtökunefnd komst að þeirri niðurstöðu í áliti sínu dags. 14. desember 2005 að tilgreindir aðilar sem nefndin hafði áður talið yfirtökuskylda á grundvelli reglna um samstarf hefðu losnað undan yfirtökuskyldu með því að selja eignarhluti sína niður fyrir 40% mörkin. Fjármálaeftirlitið birti hins vegar þá túlkun sína að slíkt væri ekki heimilt nema með samþykki þess. Sjá túlkun IV. frá Fjármálaeftirlitinu sem finna má á heimasíðu þess: www.fme.is/?PageID=233 (sótt 3. apríl 2008). Álit Yfirtökunefndar frá 14. desember 2005 er aðgengilegt á heimasíðu nefndarinnar sem fyrr hefur verið vísað til.

Því aðilum hvorki skylt að afhenda nefndinni gögn eða gefa henni upplýsingar né fara eftir niðurstöðum hennar. Þrátt fyrir þessa stöðu verður ekki annað séð af reynslunni af starfsemi nefndarinnar en að hagsmunaaðilar fari eftir tilmælum og álitum nefndarinnar. Þó hefur borið á því í starfsemi nefndarinnar að hún hafi ekki fengið í hendur þau gögn og upplýsingar sem hún hefur talið nauðsynleg til þess að geta tekið afstöðu til einstakra mála, en það hefur í einstaka tilviki leitt til þess að nefndin hefur ekki getað klárað athugun mála.⁸⁴ Tók nefndin þá upp það verklag í samráði við stofnaðila sína að birta opinberlega nöfn þeirra aðila sem ekki afhentu gögn eða veittu upplýsingar.

6.12. Breytingar á reglum um almennt útboð vegna innleiðingar á Lýsingartilskipuninni

Með innleiðingu Lýsingartilskipunarinnar voru tvær eldri tilskipanir sameinaðar í eina, annars vegar tilskipun ráðsins nr. 89/298/EBE⁸⁵ um samræmingu á kröfum við gerð, athugun og dreifingu á útboðslýsingu sem birta skal við almennt útboð framseljanlegra verðbréfa og hins vegar tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/34/EB um opinbera skráningu verðbréfa á verðbréfaþingi og upplýsingar sem birtar skulu um slík verðbréf. Í Lýsingartilskipuninni er fjallað um þær lágmarksupplýsingar sem fram þurfa að koma í lýsingu þegar verðbréf eru boðin í almennu útboði eða skráð í kauphöll. Markmiðið með þessari tilskipun var að gera evrópskum fyrirtækjum auðveldara og ódýrara að hasla sér völl á sameinuðum markaði í Evrópu og veita fjarfestum aðgang að samhæfum og samræmdum upplýsingum sem þeir gætu reitt sig á.⁸⁶

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins gaf síðan út reglugerð 2004/809 sem hafði að geyma nánari útfærslu á þeim reglum sem fram komu í Lýsingartilskipuninni. Í reglugerðinni er skilgreint hvert innihald og birtingarform lýsinga skuli vera, en auk þess er að finna í henni reglur um birtingu auglýsinga um almenn útboð verðbréfa og skráningu þeirra í kauphöll.⁸⁷ Með reglugerð nr. 243/2006 dagsett 23. mars 2006 öðlaðist reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 2004/809 gildi hér á landi. Samhliða því voru gefnar út tvær aðrar reglugerðir, annars vegar reglugerð nr. 244/2006 um almenn útboð verðbréfa að verðmæti 8,4 til 210 milljónir króna og hins vegar reglugerð nr. 242/2006 um almenn útboð verðbréfa að verðmæti 210 milljónir króna eða meira og skráningu verðbréfa á skipulegan verðbréfamarkað. Allar síðastnefndar þrjár reglugerðir eru í gildi í dag, en unnið er að því að samræma þær breytingum sem áttu sér stað við innleiðingu á MiFID tilskipuninni.⁸⁸ Fjárhæðir í reglugerðunum eru tengdar við gengi evru (EUR) þann 4. janúar 2005 (83,54 krónur) og er heiti þeirra því misvísandi. Innleiðing á þessum reglugerðum var liður í innleiðingu á Lýsingartilskipuninni. Helstu breytingar frá eldri reglum fólust í því að tekin voru upp ný hugtök í staðinn fyrir hugtökinn útboðslýsing og skráningarlýsing. Þannig var hugtakið lýsing tekið upp sem samheiti yfir skjal eða skjöl sem þarf að gefa út vegna almenns útboðs verðbréfa eða skráningar verðbréfa á skipulegan verðbréfamarkað. Samhliða voru tekin upp hugtökinn grunnlýsing, útboðsáætlun, útgefandalýsing, verðbréfalýsing og samantekt.⁸⁹

84 Þetta má meðal annars ráða af bókun stofnaðila Yfirtökunefndar frá 7. júní 2007 sem birt er á heimasíðu nefndarinnar. Í þeirri bókun beindu Samtök fjármálafyrirtækja því til aðildarféлага sinna að þau veittu Yfirtökunefnd nauðsynlegar upplýsingar og þau gögn sem hún teldi nauðsynlegt að afla. Jafnframt er þar að finna hvatningu til aðildarféлага samtakanna um að þau beindu sambærilegum tilmælum til viðskiptavina sinna.

85 OJ 1989, L 124, bls. 8.

86 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3675.

87 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3674.

88 Upplýsingar frá viðskiptaráðuneytinu (tölvupóstur dagsettur 28. mars 2008 frá starfsmanni ráðuneytisins sem, í vörslu höfundar).

89 Á ensku eru þessi hugtök nefnd: Lýsing („prospectus“), útboðsáætlun („offering programme“), grunnlýsing („base prospectus“), útgefandalýsing („registration document“), verðbréfalýsing („securities note“) og samantekt („summary/summary note“). Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3680.

6.13. *Breytingar á hugtakinu fagfjárfestir með lögum nr. 94/2006*

Við setningu laga nr. 94/2006, um breytingu á lögum nr. 33/2003, var skilgreiningunni á hugtakinu fagfjárfestir breytt umtalsvert. Í athugasemdum með frumvarpi til þeirra laga er tekið fram að breytingin hafi verið gerð vegna innleiðingar á Lýsingartilskipuninni,⁹⁰ en sú tilskipun hafði að mestu verið innleidd áður með lögum nr. 31/2005 eins og fyrr segir. Nýja skilgreiningin á hugtakinu fagfjárfestir byggði á e) og f) lið 2. gr. tilskipunarinnar og fól í sér umtalsverðar breytingar frá skilgreiningu eldri laga. Breytingin hafði í för með sér að fleiri aðilar töldust sjálfkrafa vera fagfjárfestar en auk þess var kröfum um mat á hæfni breytt og framkvæmd mats á því hvort einstaklingar og lögaðilar gætu talist vera fagfjárfestar fært frá fjármálafyrirtækjum til Fjármálaeftirlitsins sem átti frá gildistöku laganna að halda skrá yfir þá einstaklinga og lögaðila sem það hafði viðurkennt sem fagfjárfesta, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 33/2003. Eins og síðar verður rakið var reglunum um fagfjárfesta breytt umtalsvert aftur við gildistöku vskl.

6.14. *Breytingar á ákvæðum um refsíabyrgð og reglum um stjórnvaldssektir*
Með lögum nr. 55/2007, meðal annars um breytingu á lögum nr. 33/2003, voru gerðar nokkrar breytingar á ákvæðum laganna um refsíabyrgð og heimild Fjármálaeftirlitsins til að grípa til stjórnvaldssekta sem ekki verður vikið að hér.

7. LÖG NR. 108/2007 UM VERÐBRÉFAVIÐSKIPTI

7.1. *Almennt*

Ákvæði vskl. tóku gildi 1. nóvember 2007. Með lögnum voru tvær þýðingarmiklar rammatilskipanir Evrópuþingsins og ráðsins innleiddar í íslensk lög. Var þar annars

vegar um að ræða MiFID tilskipunina og hins vegar Gagnsæistilskipunin. Samhliða voru samþykkt ný lög um kauphallir nr. 110/2007 vegna innleiðingar á sömu tilskipunum og gerðar breytingar á lögum um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002, sbr. lög nr. 111/2007. Innleiðing á báðum þessum tilskipunum var liður í hinn sérstöku aðgerðaráætlun Evrópusambandsins á sviði fjármálamarkaða sem áður hefur verið minnst á („Financial Services Action Plan“). Í kjölfar þessara rammatilskipana hefur Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins samþykkt tvær innleiðingartilskipanir og eina reglugerð (annars stigs löggjöf í Lamfalussy-ferlinu) þar sem er að finna nánari útfærslu á þeim reglum sem rammatilskipanirnar hafa að geyma. Var þar í fyrsta lagi um að ræða tilskipun 2006/73/EB⁹¹ um innleiðingu tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB (MiFID tilskipunin) að því er varðar skipulagskröfur og rekstrar-skilyrði fjárfestingafyrirtækja og hugtök sem skilgreind eru að því er varðar þá tilskipun. Í öðru lagi reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 1287/2006 um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB (MiFID) að því er varðar skyldur fjármálafyrirtækja varðandi skýrsluhald, tilkynningar um viðskipti, gagnsæi á markaði, tóku fjármálagerninga til viðskipta og hugtök sem eru skilgreind að því er varðar þá tilskipun. Síðastnefnd reglugerð var innleidd í íslensk lög með reglugerð nr. 904/2007 dagsett 30. október 2007 og tók hún gildi 1. nóvember 2007. Samhliða tók gildi reglugerð nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja, en sú reglugerð fól í sér innleiðingu á MiFID tilskipuninni og reglugerð framkvæmdastjórnarinnar. Framkvæmdastjórnin hefur einnig samþykkt innleiðingartilskipun fyrir Gagnsæistilskipunina. Þar er nánar tiltekið um að ræða

tilskipun 2007/14/EB⁹² en sú reglugerð hefur enn ekki verið tekin upp í íslenska löggjöf. Af hálfu viðskiptaráðuneytisins er nú unnið að því að innleiða þessa tilskipun með reglugerð um upplýsingagjöf og tilkynningarskyldu.⁹³

Innleiðingin á ofangreindri löggjöf Evrópusambandsins hafði í för með sér umtalsverðar breytingar á löggjöf um verðbrefaviðskipti. Efnismestu breytingarnar lutu að starfsemi fjármálafyrirtækja en samkvæmt MiFID tilskipuninni, innleiðingartilskipun hennar og reglugerð framkvæmda-stjórnarinnar eru gerðar mun meiri kröfur til innri starfsemi fjármálafyrirtækja en áður voru gerðar. Gagnsæistilskipunin hefur jafnframt haft umtalsverð áhrif að þessu leyti. Hin nýja löggjöf kallaði á umfangsmiklar breytingar á innri starfsreglum og verkferlum fjármálafyrirtækja sem enn er ekki séð fyrir endann á. Hér að neðan verður vikið að helstu breytingum sem áttu sér stað við gildistöku vskl.

7.2. Starfsemi fjármálafyrirtækja

Helstu breytingarnar fyrir innri starfsemi fjármálafyrirtækja er að finna í II. og III. kafla vskl. og reglugerð nr. 995/2007. Í fyrsta lagi var tekin upp sú regla að fjármálafyrirtækjum væri skylt að flokka alla viðskiptamenn sína í viðurkennda gagnaðila, fagfjárfesta og almenna fjárfesta, gera þeim grein fyrir til hvaða flokks þeir teldust og upplýsa þá um rétt þeirra til að óska eftir að falla í annan flokk og þá hvaða afleiðingar slík breyting hefði í för með sér, sbr. 21. gr. vskl. og 25. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Viðskiptavinir fjármálafyrirtækja njóta misjafnlega mikillar verndar eftir því undir hvaða flokk þeir falla, en þeir geta í vissum tilvikum breytt flokkuninni að uppfylltum ákveðnum skilyrðum sem ekki er svigrúm til að fjalla um hér. Þótt greint hafi verið á milli

fagfjárfesta og annarra fjárfesta í eldri lögum og þeir hafi notið mismikillar réttarverndar eru reglurnar sem að þessu snúa miklu umfangsmeiri og ítarlegri samkvæmt vskl. Í kjölfar gildistöku vskl. þann 1. nóvember 2007 fengu viðskiptavinir fjármálafyrirtækja sendar tilkynningar þar sem þeim var greint frá því undir hvaða flokk fjárfesta þeir hefðu verið skilgreindir og um hugsanlegan rétt þeirra til breytinga. Í öðru lagi var „know-your-customer“ reglu 5. gr. laga nr. 33/2003 breytt umtalsvert við gildistöku vskl. eins og áður hefur verið greint frá, sbr. 15-16. gr. vskl. og 35-38. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Í þriðja lagi voru reglur um upplýsingagjöf til viðskiptavina gerðar mun ítarlegri en samkvæmt eldri lögum, sbr. 14. gr. vskl. og 28-34. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Í fjórða lagi voru settar mun skýrari reglur en giltu samkvæmt eldri lögum um hagsmunaaðreksra, sbr. 8. gr. vskl. og 19-24. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Í fimmta lagi voru settar reglur um útvistun verkefna, sbr. 7. gr. vskl. og um umbun, sbr. 24. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Í sjötta lagi voru settar ítarlegar reglur um svokallaða bestu framkvæmd, sbr. 18. gr. vskl. og 46. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Auk ofangreindra breytinga voru gerðar fjölmargar aðrar breytingar sem ekki er svigrúm eða ástæða til að nefna hér. Þess skal getið að lokum varðandi þetta að fjármálafyrirtækjum er samkvæmt lögnum og reglugerðinni skylt að setja sér innri verklagsreglur og setja á fót upplýsingakerfi til að halda utan um fyrrgreinda starfshætti.

7.3. Fjárfestingarráðgjöf

Við innleiðingu MiFID var fjárfestingarráðgjöf, eins og sú starfsemi er skilgreind í vskl., gerð að starfsleyfis skyldri starfsemi, sbr. d. liður 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002. Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 1. gr. vskl. telst fjárfestingarráðgjöf þannig til

⁹² OJ 2007, L 69, bls. 27.

⁹³ Þegar þessi grein er skrifuð liggja fyrir drög að reglugerðinni sem hafa verið send hagsmunaaðilum til

umsagnar. Heimild: Upplýsingar frá viðskiptaráðuneytinu (tölvupóstur dagsettur 28. mars 2008, í vörslu höfundar).

verðbréfavíðskipta í skilningi laganna. Við gildistöku fyrstu laga um verðbréfavíðskipti nr. 27/1986 taldist ráðgjöf um kaup og sölu verðbréfa gegn endurgjaldi til verðbréfamiðlunar í skilningi laganna og var sú þjónusta starfsleyfissskyld samkvæmt lögnum. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga kom fram að eðlilegt þætti að þessi þáttur verðbréfavíðskipta felli undir hugtakið verðbréfamiðlun og yrði þar með starfsleyfissskyldur, „þar sem ráðgjöf í ágóðaskyni til annarra um kaup eða sölu verðbréfs getur eðli málsins samkvæmt verið ein þýðingarmesta ástæða til ákvörðunar kaupanda eða seljanda um víðskiptin.“⁹⁴ Var þetta fyrirkomulag óbreytt í gildistíð laga nr. 20/1989 og laga nr. 9/1993. Með innleiðingu ISD tilskipunarinnar við setningu laga nr. 13/1996 breyttist þetta hins vegar þannig að fjárfestingarráðgjöf ein og sér hætti að vera starfsleyfissskyld þjónusta. Við gildistöku síðastnefndar laga var fjárfestingarráðgjöf skilgreind sem viðbótarþjónusta á sama hátt og viðbótarþjónusta samkvæmt 2. mgr. 1. gr. vskl. Þetta fyrirkomulag hélst óbreytt við gildistöku laga nr. 33/2003, sbr. og ákvæði laga nr. 161/2002 að því er varðar starfsleyfissskylda þjónustu. Það var síðan fyrst við gildistöku laga nr. 111/2007, sem breytti 1. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálaefirtæki vegna innleiðingar MiFID, sem þessi þjónusta var aftur gerð starfsleyfissskyld. Hugtakið fjárfestingarráðgjöf er ekki skilgreint í 5. tl. 1. mgr. 1. gr. vskl. heldur í 4. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna. Samkvæmt því ákvæði telst fjárfestingarráðgjöf vera „persónulegar ráðleggingar til víðskiptavinar í tengslum við fjármálagerninga, hvort sem er að frumkvæði víðskiptavinarins eða þess sem þjónustuna veitir.“ Hugtakið hafði ekki áður verið skilgreint í lögum.

7.4. Breytingar á hugtakinu fagfjárfestir

Við gildistöku vskl. var gerð breyting á skilgreiningu hugtaksins fagfjárfestir en samhliða urðu til hugtökin hæfur fjárfestir⁹⁵ og víðurkenndur gagnaðili. Skilgreining eldri laga á fagfjárfesti í 7. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 33/2003 var færð yfir í kaflann um almenn útboð og gefið heitið hæfur fjárfestir í staðinn fyrir heitið fagfjárfestir, sbr. 9. tl. 43. gr. og 4. mgr. 42. gr. vskl. Að frátöldu nafninu er ákvæðið efnislega samhljóða skilgreiningu eldri laga á fagfjárfesti. Þær reglur sem gilda um fagfjárfesta gilda hins vegar ekki um hæfa fjárfesta nema þeir séu jafnframt fagfjárfestar í skilningi vskl. eða annað sé tekið fram í viðkomandi lögum, reglugerð eða reglum settum samkvæmt lögum. Vilji fagfjárfestir njóta réttarstöðu hæfs fjárfestis verður hann jafnframt að sækja um víðurkenningu sem slikur hjá Fjármálaeftirlitinu, ef hann nýtur ekki slikrar stöðu sjálfkrafa á grundvelli laganna. Sjálfstæð þýðing hugtaksins hæfur fjárfestur snertir fyrst og fremst þær reglur sem gilda um útboð verðbréfa, sbr. VI. kafli vskl. Ef eingöngu er verið að bjóða hæfum fjárfestum að taka þátt í útboði verðbréfa þarf þannig ekki að gefa út útboðslýsingu í samræmi við ákvæði laganna, sbr. a lið 1. tl. 50. gr. vskl. Aðili sem vill taka þátt í útboði sem er eingöngu beint til hæfra fjárfesta, þarf þannig að fá víðurkenningu Fjármálaeftirlitsins sem hæfur fjárfestir, teljist hann ekki sjálfkrafa til hæfs fjárfestis á grundvelli laganna. Fjármálaeftirlitið heldur eins og samkvæmt eldri lögum skrá yfir þá einstaklinga og lögaðila sem hafa verið víðurkenndir sem hæfir fjárfestar í skilningi laganna, sbr. 53. gr. vskl. Þann 1. apríl 2008 höfðu 138 aðilar hlotið víðurkenningu sem hæfir fjárfestar hjá Fjármálaeftirlitinu, þar af 47 lögaðilar.⁹⁶ Ekki er mikill munur á

⁹⁴ Alþt. 1985, A-deild, bls. 1670.

⁹⁵ Hugtakið er þýðing á orðinu „qualified investor“ í e. lið 2. gr. Lýsingartilskipunarinnar. Alþt. 2007, A-deild, þskj. 7, athugasemd við 43. gr. frumvarpsins. Í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins er orðið reyndar þýtt sem fagfjárfestir

en ekki hæfur fjárfestir og er það í samræmi við hugtakanotkunina í lögum nr. 33/2003 þegar ákvæðið var fyrst leitt í lög.

⁹⁶ Upplýsingar frá Fjármálaeftirlitinu (tölvupóstur dagsettur 1. apríl 2008, í vörslu höfundar).

skilgreiningu hugtakanna hæfur fjárfestir og fagfjárfestireins og þessi hugtökeru skilgreind í vskl. Hugtakið fagfjárfestir er skilgreint í 9. tl. 1. mgr. 2. gr. vskl., en það ákvæði byggir á II. tl. 1. mgr. 4. gr. MiFID tilskipunarinnar, sbr. viðauki II með tilskipuninni.⁹⁷ Ekki er svigrúm til að fjalla frekar um þetta hér.

7.5. Rekstur markaðstorgs fjármálagerninga (MTF)

MiFID tilskipunin greinir á milli reksturs tvenns konar markaða fyrir fjármálagerninga, annars vegar skipulegra verðbréfamarkaða og hins vegar markaðstorgs fyrir fjármálagerninga. Rekstur á báðum þessum mörkuðum er starfsleyfis skyldur. Í ákvæðum laga nr. 110/2007 um kauphallir er fjallað um rekstur skipulegra verðbréfamarkaða en í IV. kafla vskl. er fjallað um markaðstorg fjármálagerninga. Mismunandi reglur gilda um þessar tvær tegundir markaða fyrir fjármálagerninga og er því mikilvægt að átta sig á muninum á þeim.

Við gildistöku vskl. og nýrra laga um kauphallir nr. 110/2007 voru gerðar umtalsverðar breytingar á eldri lögum um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða nr. 34/1998. Hugtakið skipulegur verðbréfamarkaður breyttist þannig umtalsvert en hugtakinu hafði í tíð eldri laga verið skipt í fjóra hluta; i) kauphöll, ii) skipulegan tilboðsmarkað, iii) kauphallir innan Evrópska efnahagssvæðisins o.fl. og iv) nánar tilgreinda markaði utan Evrópska efnahagssvæðisins o.fl., sbr. 1-4 tl. 2. gr. laga nr. 34/1998. Kauphöll var í fyrsta hluta skilgreiningar eldri laga notað yfir markaði fyrir fjármálagerninga sem höfðu hlotið opinbera skráningu, sbr. 1. tl. 2. gr. laga nr. 34/1998, en hugtakið skipulegur tilboðsmarkaður var síðan skilgreindur sem markaður með fjármálagerninga sem höfðu ekki verið skráðir opinberlega en höfðu

verið teknir til viðskipta í viðskiptakerfi samkvæmt annars konar reglum en giltu um fjármálagerninga sem höfðu verið opinberlega skráðir, sbr. 2. tl. 2. gr. laga nr. 34/1998. Samkvæmt þessu var greint á milli tveggja tegunda skipulegra verðbréfamarkaða samkvæmt eldri lögum á grundvelli þess hvort fjármálagerningar höfðu verið opinberlega skráðir eða teknir til viðskipta án slíkrar skráningar. Þessu var breytt við gildistöku laga um kauphallir nr. 110/2007 og hugtakið skipulegur tilboðsmarkaður fellt úr lögum. Ástæðuna fyrir þessari breytingu var einkum að rekja til þess að ýmsar tilskipanir Evrópusambandsins sem höfðu verið leiddar í lög á Íslandi, greindu ekki á milli þess hvort fjármálagerningar væru opinberlega skráðir eða hvort þeir hefðu verið teknir til viðskipta á skipulegum markaði án slíkrar skráningar. Þær tilskipanir sem hér var um að ræða eru MAD tilskipunin, Lýsingartilskipunin, Yfirtökutilboðstilskipunin og Gagnsæis-tilskipunin.⁹⁸ Hugtakið skipulegur verðbréfamarkaður nær þannig bæði til fjármálagerninga sem hafa verið opinberlega skráðir og þeirra sem teknir hafa verið til viðskipta á skipulegum markaði án opinberar skráningar, en lágmarksreglur um opinbera skráningu eru strangari en reglur um töku fjármálagerninga til viðskipta.⁹⁹ Mikilvægt er að hafa í huga í þessu sambandi að reglur um opinbera skráningu fjármálagerninga og töku þeirra til viðskipta sem fram koma í lögum nr. 110/2007 um kauphallir og reglugerðum og reglum settum samkvæmt þeim gilda ekki um þá fjármálagerninga sem teknir eru til viðskipta á markaðstorgi fjármálagerninga (MTF). Um töku fjármálagerninga til viðskipta á markaðstorgi fjármálagerninga gilda þær reglur sem viðkomandi fjármálafyrirtæki eða kauphöll hefur sett á grundvelli IV. kafla vskl. Þurfa þær reglur að

⁹⁷ Hugtakið er þýðing á orðinu „professional client“ sem er skilgreint í II. tl. 1. mgr. 4. gr. MiFID tilskipunarinnar með vísan til viðauka II. Í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins er hugtakið þýtt sem fagviðskiptavinur sem er réttari þýðing þar

sem orðið „client“ þýðir viðskiptavinur en ekki fjárfestir.

⁹⁸ Alþt. 2007, A-deild, þskj. 8, almennar athugasemdir.

⁹⁹ Alþt. 2007, A-deild, þskj. 8, almennar athugasemdir.

fullnægja ákveðnum skilyrðum sem vikið er að þar. Við gildistöku laga nr. 110/2007 var samhlíða hætt að nota hugtakið kauphöll yfir tiltekna tegund markaða og það látið ná yfir rekstraraðilann sem rekur markaðinn, sbr. 1. tl. 2. gr. laga nr. 110/2007.

Hugtakið markaðstorg fjármálagerninga er þýðing á enska hugtakinu „Multilateral Trading Facility“ sem hefur verið skammstafað MTF.¹⁰⁰ Hugtakið er skilgreint í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. vskl. sem marghlíða viðskiptakerfi sem starfrækt er af fjármálfyrirtæki eða kauphöll sem leiðir saman kaupendur og seljendur fjármálagerninga, í samræmi við ófrávíkjanlegar reglur þess, þannig að til samninga stofnist samkvæmt IV. kafla vskl. Skilgreiningin byggist á 15. tl. 1. mgr. 4. gr. MiFID tilskipunarinnar, en nánari reglur um markaðstorg fjármálagerninga eru í IV. kafla laganna.¹⁰¹ Rekstur markaðstorgs fjármálagerninga telst til verðbréfavíðskipta í skilningi vskl., sbr. 8. tl. 1. mgr. 1. gr. laganna og er starfsemin starfsleyfis skyld á grundvelli g. liðar 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálfyrirtæki. Enginn getur því hafið slíkan rekstur án þess að fá leyfi frá Fjármálaeftirlitinu. Setji einhver aðili upp marghlíða viðskiptakerfi sem fellur að efni til undir skilgreiningu vskl. án þess að hafa til þess leyfi, getur Fjármálaeftirlitið lagt á þann aðila stjórnvaldssektir samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 161/2002 en einnig getur slíkur aðili bakað sér refsiaþbyrgð á grundvelli 1. tl. 1. mgr. 112. gr. b. sömu laga í formi sekta eða fangelsis allt að tveimur árum. Samskonar ákvæði er að finna í 33 og 37. gr. laga nr. 110/2007 að því er varðar rekstur kauphallar. Af 4. gr. laga nr. 161/2002 má ráða að þær tegundir fjármálfyrirtækja sem geta fengið leyfi til að reka markaðstorg eru viðskiptabankar, sparisjóðir, lánafyrirtæki og

verðbréfafyrirtæki en auk þess kemur fram í skilgreiningunni að kauphallir í skilningi laga um kauphallir nr. 110/2007 geta rekið slíkan markað. Til þess að geta hafið rekstur MTF þarf þannig aðili annað hvort að fá leyfi til að reka kauphöll á grundvelli laga nr. 110/2007 með heimild til að reka slíkan markað, eða vera viðskiptabanki, sparisjóður, lánafyrirtæki eða verðbréfafyrirtæki og fá sérstakt leyfi frá Fjármálaeftirlitinu til að reka slíkan markað.

Hugtakið skipulegur verðbréfamarkaður er skilgreint í 2. tl. 2. gr. laga nr. 110/2007 um kauphallir. Hugtakið er þar skilgreint sem „[m]arghlíða viðskiptakerfi innan Evrópska efnahagssvæðisins sem leiðir saman kaupendur og seljendur fjármálagerninga, í samræmi við ófrávíkjanlegar reglur þess, þannig að til samninga stofnast um fjármálagerninga sem teknir hafa verið til víðskipta í viðskiptakerfinu.“ Skilgreiningin byggir á 14. tl. 1. mgr. 4. gr. MiFID tilskipunarinnar. Ef skilgreiningin er borin saman við skilgreininguna á markaðstorgi fjármálagerninga (MTF) má sjá að þær eru efnislega mjög líkar en munurinn liggur í því að í skilgreiningunni á markaðstorgi fjármálagerninga er vísað til IV. kafla vskl. þar sem er að finna sérreglur um skipulag slíkra markaða. Auk þess liggur munurinn í því sem áður segir að eingöngu kauphöll hefur leyfi til að reka skipulegan verðbréfamarkað en fyrrgreindar tegundir fjármálfyrirtækja geta fengið heimild til að reka markaðstorg. Eins og fyrr segir gilda mismunandi reglur um þessar tvær tegundir verðbréfamarkaða. Munurinn felst fyrst og fremst í því að eftirfarandi reglur gilda ekki um fjármálagerninga sem verslað er með á markaðstorgi fjármálagerninga: i) Reglur laga um kauphallir nr. 110/2007 um opinbera skráningu, ii) reglur sömu laga

100 Alþt. 2007, A-deild, þskj. 7, almennar athugasemdir. Þess má geta að með lögum nr. 66/2005, um breytingu á lögum nr. 34/1998 um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða, var fyrsta skrefið stigið í þá átt að innleiða í íslensk lög ákvæði um markaðstorg fjármálagerninga, sbr. 34. gr. a. laga nr. 34/1998 eftir eftir að lög nr. 66/2005 tóku gildi.

Var þá sett inn í lög in ákvæði um að Fjármálaeftirlitið gæti veitt tilgreindum fjármálfyrirtækjum leyfi til að reka slíkan markað.

101 Alþt. 2007, A-deild, þskj. 7, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

um tóku fjármálagerninga til viðskipta, iii) reglur IX. kafla vskl. um flöggun, iv) reglur X. og XI. kafla vskl. um yfirtökutilboð og tilbóðsyfirlit og v) reglur VII. og VIII. kafla vskl. um upplýsingaskyldu útgefanda. Rétt er þó að geta þess að þessar reglur gilda vitaskuld ef viðskipti eiga sér stað á markaðstorgi fjármálagerninga með fjármálagerninga sem hafa jafnframt verið teknir til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði. Reglur 117. gr. vskl. um markaðsmisnotkun og reglur XIII. kafla um innherjaupplýsingar og viðskipti innherja gilda bæði um þá fjármálagerninga sem verslað er með á markaðstorgi fjármálagerninga og skipulegum verðbréfamarkaði, sbr. 1-2. mgr. 115. gr. og 1. mgr. 119. gr. vskl. Í þessu samhengi skal þess enn fremur getið að í IV. kafla vskl. er gert ráð fyrir því eins og fyrr er minnst á að kauphöll eða fjármálafyrirtæki sem rekur markaðstorg setji ýmsar reglur, þótt fyrrgreind ákvæði vskl. gildi ekki um markaðinn. Meðal annars kemur þar fram að kauphöll eða fjármálafyrirtæki sem rekur slíkan markað skuli tryggja að aðilar að torginu hafi aðgang að nægjanlegum opinberum upplýsingum til að geta tekið fjárfestingarákvarðanir, sbr. 3. tl. 3. mgr. 33. gr. vskl. Í þessu felst að setja þarf reglur um einhverja lágmarksupplýsingaskyldu. Samkvæmt ofangreindu er hins vegar ljóst að þær reglur sem gilda um skipulega verðbréfamarkaði eru mun meira íþyngjandi en þær reglur sem gilda um markaðstorg fjármálafyrirtækja. Er það eðlilegt í því ljósi að hugsunin bakvið reglur um markaðstorg fjármálagerninga var fyrst og fremst sú að búa til vettvang fyrir viðskipti með verðbréfi í smáum og meðalstórum fyrirtækjum og fyrir ný fyrirtæki sem væru í hröðum vexti. Var hugsunin að auðvelda slíkum fyrirtækjum

aðgengi að fjármagni en jafnframt gefa fjárfestum kost á að eiga viðskipti með hluti í slíkum félögum í öruggara umhverfi og á skilvirkari markaði.¹⁰²

Samkvæmt birtum lista frá Fjármálaeftirlitinu er í dag rekinn einn skipulegur verðbréfamarkaður á Íslandi og eitt markaðstorg fjármálagerninga (MTF), en Kauphöll Íslands hf. (NASDAQ OMX á Íslandi) rekur báða þessa markaði.¹⁰³

8. LOKAORÐ

Þær tíðu breytingar á lögum um verðbréfi viðskipti sem vikið er að í grein þessari bera vott um þann mikla hraða sem hefur einkennt vöxt verðbréfamarkaðarins bæði hér á landi og erlendis undanfarin ár og áratugi. Vöxtur fjármálamarkaða hefur verið gríðarlegur á þessum tíma og eru fjölmörg fyrirtæki sem eingöngu stundugu starfsemi á Íslandi áður orðin stór alþjóðleg fyrirtæki. Alþjóðavæðing íslensks lagaumhverfis á þessu sviði hefur átt sinn þátt í þeim vexti með því að auðvelda fyrirtækjum aðgengi að alþjóðlegum fjármagnsmörkuðum.

Þeir sem ætla að kynna sér löggjöf um verðbréfi viðskipti geta ekki látið við það sitja að kynna sér eingöngu íslenska löggjöf og dóma- og stjórnáskýringarfrákvæmd ef upp koma álitæfni um túlkun. Vegna bakgrunns reglnanna þurfa þeir jafnframt að kynna sér frumheimildir í löggjöf Evrópusambandsins og þau lögskýringargögn sem liggja þeim til grundvallar. Auk þess þurfa þeir að kynna sér dóma sem kunna að hafa verið kveðnir upp af Evrópudómstólnum þar sem reynt hefur á túlkun reglnanna sem og túlkunarsjónarmið sem sett hefur verið fram af hálfu nefnda sem settar hafa verið á laggirnar innan Evrópusambandsins

102 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 4948-4951.

103 Listann er að finna á eftirfarandi netslóð á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins: <http://www.fme.is/?PageID=736> (sótt 8.

apríl 2008). First north markaðurinn starfar á grundvelli reglna um markaðstorg fjármálagerninga. Síðastnefndur markaður hét áður iSEC.

með það hlutverk að stuðla að samræmdri innleiðingu og framkvæmd þeirra.¹⁰⁴ Ljóst er að breytingarferlið mun halda áfram í takt við breytingar á fjármagnsmarkaðnum. Stöðugt eru að koma upp nýjar afurðir á fjármagnsmarkaði sem menn reyna að ná tókum á með setningu reglna og mun það ferli halda áfram svo lengi sem til verður virkur fjármagnsmarkaður. Flækjustigið í löggjöf á þessu sviði er stöðugt að aukast og mun án efa halda áfram að aukast. Það hljóta hins vegar að vera einhver takmörk fyrir því hversu mikið flækjustigið getur orðið án þess að reglurnar fari að vinna gegn þeim hagsmunum sem þeim er ætlað að vernda. Reglurnar eiga fyrst og fremst að þjóna þeim tilgangi að vera leiðarljós og öryggisnet, en ekki fiskinet sem þátttakendur á fjármagnsmarkaði flækjast í. Ekki er hins vegar svigrúm til að ræða það frekar hér.

104 Þessi þörf endurspeglast í þeirri reglu sem hefur verið staðfest í íslenskri dómaframkvæmd að við skýringu landsréttar skuli skýra hann til samræmis við þjóðarétt. Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar. Kenningar aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga. Reykjavík 2008, bls. 261 og 329. Þótt dómur Evrópuþingsins séu ekki

bindandi réttarheimild fyrir íslenska dómstóla hefur verið talið að það leiði af 6. gr. EES samningsins að svigrúm íslenskra dómstóla til að víkja frá skýrum og ótvíræðum fordæmum Evrópuþingsins sé í reynd minna en svigrúm þeirra til að víkja frá eigin fordæmum. Davíð Þór Björgvinsson: EES-réttur og landsréttur. Reykjavík 2006, bls. 334.

HEIMILDASKRÁ

Tímaritsgreinar og fræðirit:

Aðalsteinn E. Jónasson. „Innherjar samkvæmt bandarískum rétti”. Í riti sem gefið var út í tilefni af áttæðisafmæli Guðmundar Ingva Sigurðssonar hrl., Reykjavík 2002, bls. 393-396.

„Hugtakið innherji”. Úlfjótur 2002, bls. 227-252

„,Nýta til öflunar...”, Misnotkun sem skilyrði innherjasvika”. Tímarit lögfræðinga, 3 tbl. 2007, bls. 267-309.

Áslaug Björgvinsdóttir: „Reglur um verðbréfamarkaði og viðfangsefni verðbréfamarkaðsréttar”.

Úlfjótur 2001, bls. 343-365

Baldur Guðlaugsson. „Framþróun og framtíð íslensks hlutabréfamarkaðar”. Grein í bókinni Hlutabréfamarkaðurinn á Íslandi. Reykjavík 1991.

Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar. Kenningar aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga. Reykjavík 2008

EES-réttur og landsréttur. Reykjavík 2006.

Elín Guðjónsdóttir: „Íslenskur hlutafjármarkaður”. Peningamál 2000/3.

Jóhannes Sigurðsson og Þórolfur Jónsson: Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004.

Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen: Børsretten I, regulering og markedsaktører. Kaupmannahöfn 2007.

Verðbréf og áhætta. Rit gefið út af Verðbréfamarkaði Íslandsbanka árið 1994.

Alþingistiðindi

Alþt. 1978-1979, A-deild,

Alþt. 1983-1984, A-deild

Alþt. 1985, A-deild, bls. 1669.

Alþt. 1988, A-deild

Alþt. 1992, A-deild,

Alþt. 1995, A-deild

Alþt. 1997-1998, A-deild

Alþt. 1999-2000, A-deild

Alþt. 2000-2001, A-deild

Alþt. 2002-2003, A-deild

Alþt. 2004-2005, A-deild

Alþt. 2005-2006, A-deild,

Alþt. 2007, A-deild

Löggjöf Evrópusambandsins:

Tilskipun Evrópuráðsins 89/592/EBE frá 13. nóvember 1989 (Innherjatilskipunin).

Tilskipun ráðsins 89/198/EBE um samræmingu á kröfum við gerð, athugun og dreifingu á útboðslýsingu sem birta skal við almennt útboð framseljanlegra verðbréfa.

Tilskipun ráðsins nr. 89/298/EBE um samræmingu á kröfum við gerð, athugun og dreifingu á útboðslýsingu sem birta skal við almennt útboð framseljanlegra verðbréfa.

Tilskipun Evrópuráðsins 93/22/EBE frá 10. maí 1993 um fjárfestingaþjónustu á sviði verðbréfavíðskipta (ISD tilskipunin).

- Tilskipun Evrópuráðsins 93/6/EBE frá 15. mars 1993 um eiginfjárkröfur fjárfestingarfyrirtækja og lánastofnana.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/34/EB um opinbera skráningu verðbréfa á verðbréfabíngi og upplýsingar sem birtar skulu um slík verðbréf.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB um innherjasvik og markaðsmisnotkun (MAD tilskipunin).
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2003/71/EB um útboðs- og skráningarlýsingu sem birta skal við almennt útboð verðbréfa eða þegar þau eru tekin til skráningar og um breytingu á tilskipun 2001/34/EB (Lýsingartilskipunin).
- Tilskipun framkvæmdastjórnarinnar nr. 2003/124/EB um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB að því er varðar skilgreiningu og birtingu á innherjaupplýsingum og skilgreiningu á markaðsmisnotkun.
- Tilskipun nr. 2003/125/EB um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB að því er varðar óhlutdræga kynningu ráðlegginga um fjárfestingu og birtingu upplýsinga um hagsmunaárekstra.
- Reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2273/2003/EB um undanþágur fyrir endurkaupaáætlanir og verðjöfnun fjármálagerninga.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/25/EB um yfirtökutilboð (Yfirtökutilskipunin).
- Tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB frá 21. apríl 2004 um markaði fyrir fjármálagerninga (MiFID tilskipunin).
- Tilskipun nr. 2004/72/EB um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2003/6/EB að því er varðar viðurkenndar markaðsvenjur, skilgreiningu á innherjaupplýsingum í tengslum við afleidd vöruskuldaskjöl, samningu innherjaskráar, tilkynningu um viðskipti stjórnenda og tilkynningu um grunsamleg viðskipti.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/109/EB um samhæfingu krafna um gagnsæi í tengslum við upplýsingar um útgefendur verðbréfa sem eru skráð á skipulegan markað (Gagnsæistilskipunin).
- Tilskipun 2006/73/EB um innleiðingu tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB að því er varðar skipulagskröfur og rekstrarskilyrði fjárfestingafyrirtækja og hugtök sem skilgreind eru að því er varðar þá tilskipun.
- Reglugerð framkvæmdastjórnarinnar 1287/2006 um framkvæmd tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB að því er varðar skyldur fjármálaafyrirtækja varðandi skýrsluhald, tilkynningar um viðskipti, gagnsæi á markaði, töku fjármálagerninga til viðskipta.
- Tilskipun 2007/14/EB um innleiðingu á Gagnsæistilskipuninni.

Aðrar heimildir:

Kauphallartíðindi. Árbók 2001, bls. 48

Árbók Kauphallar Íslands hf. 2006, bls. 54

Heimasíða Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: www.fme.is

Heimasíða Yfirtökunefndar: www.yfirtokunefnd.is

Framkvæmdanefnd um einkavæðingu. Skýrsla gefin út í maí 1999 um einkavæðingu 1996-1999.

Lamfalussy skýrslan. Final Report of the committee of wise men on the regulation of european securities

markets. Vefslóð: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf



Ingvar Sverrisson,
lögfræðingur ASÍ. LL.M í Evrópurétti

TILSKIPUN
EVRÓPUSAMBANDSINS
UM VIÐURKENNINGU
STARFSRÉTTINDA,
NR. 2005/36/EB

I	INNGANGUR	147
1.1	Almennt	147
1.2	Lögverndun starfsréttinda á Ísland	148
1.3	Almennt um tilskipunina	149
1.4	Uppruni starfsréttinda og ríkisfang	151
1.4.1	Starfsréttinda aflagi í EES-ríki	151
1.4.2	Starfsréttinda aflagi í þriðja ríki	151
1.4.3	Ríkisborgarar 3ju ríkja	152
1.4.4	Ríkisborgarar gistiríkisins	153
1.5	Réttaráhrif viðurkenningar starfsréttinda	153
1.5.1	Heimild til að starfa í lögverndaðri starfsgrein	153
1.5.2	Viðurkenning starfsréttinda að hluta	154
2	TÍMABUNDIN ÞJÓNUSTA Í GISTIRÍKI	155
2.1	Inngangur	155
2.2	Hugtakið þjónusta	156
2.3	Starfsréttindi innan ramma þjónusturéttarins	156
2.3.1	Meginreglur	156
2.3.2	Yfirlýsing þjónustuveitanda	157
2.3.3	Starfsreglur og agaviðurlög	157
2.3.4	Starfsheiti þjónustuveitandans	157
2.3.5	Almannaheilbrigði og almannaöryggi	158
2.3.6	Samvinna aðildarríkja	158
2.3.7	Upplýsingar til þjónustukaupa	159
3	VARANLEG STAÐFESTA Í GISTIRÍKI	159
3.1	Inngangur	159
3.2	Kerfi sjálfkrafa viðurkenningar starfsréttinda	159
3.3	Almennt kerfi um viðurkenningu á starfsreynslu	160
3.3.1	Gildissvið	160
3.3.2	Starfsgreinar og skilyrði	161
3.4	Almennt kerfi um viðurkenningu á námi	162
3.4.1	Gildissvið	162
3.4.2	Skilyrði viðurkenningar	162
3.4.3	Viðbótarkröfur	163
3.4.4	Sameiginlegur vettvangur	163
3.5	Sameiginlegar reglur	164
3.5.1	Skjalakröfur	164
3.5.2	Málsmeðferð við viðurkenningu starfsréttinda	165
3.5.3	Starfsheiti	165
4	REGLUR UM IÐKUN STARFSINS Í GISTIRÍKINU	165
4.1	Tungumálakunnátta	165
4.2	Námstitill	166
5	SAMVINNA AÐILDARRÍKJANNA Á STJÓRNSÝSLUSVIÐINU	166
5.1	Miðlun upplýsinga	166
5.2	58. gr. nefndin	166
6	LOKAORÐ	167

1. INNGANGUR

1.1 Almenn

Stofnsáttmáli Evrópusambandsins fjallar í greinum 43. og 49. um svokallaðan stofnsetningarrétt ríkisborgara aðildarríkjana og frelsi þeirra til að veita þjónustu tímabundið á yfirráðsvæði annarra aðildarríkja.¹ Í báðum greinum er sá fyrirvari gerður að þeim réttindum skuli beitt með þeim skilyrðum sem gilda að landslögum um ríkisborgara þess ríkis þar sem staðfestan er fengin eða þjónusta er veitt.

Fyrirvarinn er eðlilegur og er ætlað að standa vörð um þá meginreglu að allir sem starfa á yfirráðsvæði sama aðildarríkis vinni eftir þeim reglum sem þar gilda. Hér er einkum vísað til skilyrða sem gilda lögum samkvæmt um atvinnustarfsemi fyrirtækja og einstaklinga, s.s. um skráningu og rekstrarleyfi, markaðssetningu á vörum og þjónustu, vinnuáhrifum, greiðslu opinberra gjalda o.s.frv. Reglur sem lúta að lögverndun starfsréttinda eru meðal slíkra skilyrða. Starfsréttindi njóta verndar lögum samkvæmt ef rétturinn til að hefja og stunda störf innan viðkomandi starfsgreinar, er beint eða óbeint bundinn fyrirmælum í lögum, stjórnvaldsfyrirmælum eða öðrum reglum þess efnis að viðkomandi einstaklingar hafi starfsmenntun og hæfi á viðkomandi sviði. Slík lögverndun er aðferð sem stjórnvöld nota til að stuðla að því að þjónusta, sem veitt er á sviðum sem sérstaka þýðingu hafa fyrir persónulega og/eða fjárhagslega hagsmuni einstaklinga og fyrirtækja, uppfylli ákveðnar kröfur um gæði og öryggi. Lögverndun starfsréttinda endurspeglar jafnframt verðmætamat samfélagsins á viðkomandi starfsgreinum og veitir þeim sem afla sér tilskilinnar menntunar fyrirheit um aukna tekjumöguleika og atvinnuöryggi.

Fyrirkomulag lögverndunar er með talsvert ólíkum hætti eftir því hvar niður er borið í aðildarríkjum sambandsins. Þá fara þau einnig ólíkar leiðir við val á því hvaða starfsgreinar skuli njóta lögverndunar og ákvörðun um það hvaða skilyrði þurfi að uppfylla til að öðlast rétt til að mega starfa innan þeirra. Má í þessu sambandi benda á að samkvæmt upplýsingum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins eru alls um 800 starfsgreinar skilgreindar sem lögverndaðar í aðildarríkjum sambandsins.² Samkvæmt orðanna hljóðan má skilja aðurnefndar 43. og 49. gr. á þann veg að þegar um lögverndaðar starfsgreinar er að ræða sé réttur ríkisborgara aðildarríkja til atvinnuþátttöku á yfirráðsvæðum annarra ríkja bundinn þeim skilyrðum að þeir sýni fram að þeir fullnægi þeim kröfum sem gilda að landslögum um ríkisborgara þess ríkis. Það gera þeir ekki nema með því að leggja fram gögn er staðfesta að þeir hafi lagt stund á nám í viðkomandi starfsgrein samkvæmt reglum sem um það gilda í gístiríkinu og öðlast tilskilin starfsréttindi með staðfestingu þar til bærra stjórnvalda.

Samkvæmt þessu verða starfsréttindi ekki flutt frá einu aðildarríki til annars. Slíkt fyrirkomulag skerðir eðli máls samkvæmt möguleika einstaklinga sem hafa varið tíma og fjármunum til að afla sér menntunar og starfsréttinda á ákveðnu sviði til að nýta þau á vinnuörkuðum annarra aðildarríkja.

Til að koma í veg fyrir þetta er í 47. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins lögð skylda á aðildarríkin að gera nauðsynlegar ráðstafanir varðandi viðurkenningu starfsréttinda annars vegar og samræmingu lagafyrirmæla hins vegar, til að tryggja rétt þessa hóps til að hefja og stunda starfsemi á yfirráðsvæði hvors annars.³ Með stoð í þessari grein voru á árunum milli 1964 og

¹ Þessar greinar svara til 31. gr. og 36. gr. EES-samningsins.

² Framkvæmdastjórnin starfsrækir gagnagrunn með upplýsingum um þær starfsgreinar sem njóta lögverndunar í aðildarríkjum sambandsins, auk Íslands, Noregs, Liechtenstein og Sviss. Upptalningin þar mun ekki vera tæmandi en aðildarríkin bera ábyrgð á því að senda upplýsingar inn í

þennan gagnagrunn og síðari uppfærslu þeirra upplýsinga. http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/regprof/index.cfm?lang=en

³ 47. gr. svarar í öllum meginatriðum til 30. gr. EES-samningsins.

2003 samþykktar um sextíu tilskipanir sem var ætlað það hlutverk að auðvelda launamönnum og sjálfstætt starfandi einstaklingum að flytja starfsréttindi sín og nota í störfum í öðrum aðildarríkjum.

Þessum tilskipunum er, á sama hátt og annarri afleiddri löggjöf sem sett er með stöð í stofnsáttmála Evrópusambandsins, ætlað að auðvelda ríkisborgurum aðildarríkjanna að búa og starfa hvar sem er í aðildarríkjum sambandsins.⁴ Þessar tilskipanir hafa hins vegar ekki aðeins réttarlegt gildi fyrir viðkomandi einstaklinga. Þær gegna einnig mikilvægu hlutverki við framkvæmd stefnumótunar Evrópusambandsins í málefnum innri markaðarins sem komið var á fót árið 1993 á grundvelli Einingarlaganna árið 1987.⁵ Í þeim lögum var lýst yfir stofnun innri markaðar Evrópu sem skilgreindur var sem svæði án landamæra sem einkenndist af frjálsu flæði vöru, þjónustu, fólks og fjármagns.

Sama má segja um nýja tilskipun Evrópusambandsins um gagnkvæma viðurkenningu starfsréttinda nr. 2005/36/EB. Samþykkt hennar er liður í því verkefni að koma í framkvæmd markmiðum Lissabon áætlunar Evrópusambandsins frá árinu

2000 en samkvæmt henni er stefnt að því að gera sambandið „samkeppnishæfasta þekkingarhagkerfi veraldar“ fyrir árið 2010.⁶ Eitt af meginmarkmiðum áætlunarinnar er að skapa fyrirtækjum þau skilyrði að þau geti boðið bæði góð störf og verðmæt. Uppbygging fræðslu- og menntamála og skilvirk framkvæmd reglna um viðurkenningu starfsréttinda í öllum aðildarríkjum sambandsins gegnir þar mikilvægu hlutverki.⁷

1.2 Lögverndun starfsréttinda á Íslandi
Fjölmargar starfsgreinar og starfsstéttir njóta lögverndar hér á landi. Þar fara fremst háskólastéttirnar,⁸ þ.m.t. fjölmargar starfsstéttir innan heilbrigðisþjónustunnar,⁹ lögmennt,¹⁰ verkfræðingar,¹¹ endurskoðendur,¹² kennarar¹³ o.s.frv. Starfsréttindi iðnaðarmanna njóta lögverndunar,¹⁴ en einnig má nefna þá sem starfa við sölu fasteigna, fyrirtækja og skipa.¹⁵

Skilyrði til að öðlast starfsréttindi í starfsgreinum sem hér njóta lögverndunar eru með ýmsu móti, bæði að því er varðar námskröfur og gildissvið starfsréttindanna. Hvað varðar kröfur um nám sem undanfara löggildingar starfsréttinda í einstökum

4 Meðal slíkra reglna má nefna tilskipun ráðsins 68/360/EBE um afnám takmarkana á flutningum og búsetu innan bandalagsins gagnvart launþegum aðildarríkjanna og fjölskyldum þeirra, reglugerð ráðsins nr. 1612/68 um frelsi launþega til flutninga innan bandalagsins og reglugerð (EBE) nr. 1408/71 um beitingu almannatryggingareglna gagnvart launþegum, sjálfstætt starfandi einstaklingum og fjölskyldum þeirra sem flytjast á milli aðildarríkjanna. Sjá einnig nýja tilskipun Evrópusambandsins nr. 2004/38/EC svokallaða „ríkisborgararéttar“ tilskipun en hún tekur upp, breytir og fellir úr gildi þær tilskipanir sem gilt hafa fram til þessa um rétt ríkisborgara aðildarríkjanna til að dveljast um lengri eða skemmri tíma í öðrum aðildarríkjum.

5 Sjá hér m.a.: Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council, 14 June 1985, COM (85) 310 final.

6 Sjá m.a.: Communication from the Commission to the Spring European Council. Strategic report on the renewed Lisbon strategy for growth and jobs: launching the new cycle (2008-2010) Keeping up the pace of change. Brussels, 11.12.2007 COM(2007) 803 final.

7 Visað er til samspils Lissabon áætlunarinnar og reglna um viðurkenningu starfsréttinda í 2. lið formála tilskipunarinnar.

8 Lög um Háskóla Íslands nr. 41/1999.

9 Sjá hér t.d. I. og II. kafla lækna laga nr. 53/1988 með síðari

breytingum og hjúkrunarlög nr. 8/1974 með síðari breytingum. Sjá einnig lög um starfsheiti og starfsréttindi heilbrigðisstétta nr. 24/1985, með síðari breytingum. Undir gildissvið þeirra laga falla meinatæknar, lyfjatæknar, sjúkraflutningamenn, læknaritarar, sjúkranuddarar, þroskaþjálfar, matvælafræðingar, talmeinafræðingar, matartæknar, hnykkjar, fóttaaðgerðarfræðingar, náttúrufræðingar, tanntæknar, geislafræðingar, sjúkrapjálfarar, osteópatar, næringarreksstrafræðingar á heilbrigðisstofnunum, áfengis- og vímuefnaráðgjafar, næringarfræðingar, næringaráðgjafar og stoðtækjafræðingar.

10 Lög um lögmennt nr. 77/1998, með síðari breytingum.

11 Lög um löggildingu nokkurra starfsheita sérfræðinga í tækni- og hönnunargreinum nr. 8/1996, með síðari breytingum.

12 Lög um endurskoðendur nr. 18/1997, með síðari breytingum.

13 Lög um lögverndun á starfsheiti og starfsréttindum grunnskólakennara, framhaldsskólakennara og skólástjóra nr. 86/1998, með síðari breytingum.

14 Iðnaðarlög nr. 42/1878, með síðari breytingum, sbr. reglugerð nr. 940/1999 um löggiltar iðngreinar.

15 Lög um sölu fasteigna, fyrirtækja og skipa nr. 99/2004, með síðari breytingum.

starfsgreinum má lesa nánar í þeim lögum sem hér er vísað til. Um umfang eða gildissvið starfsréttindanna er það að segja að það er ekki í öllum tilvikum hið sama. Þannig kann lögverndunin að vera fölgín í því að rétturinn til nota tiltekin starfsheiti sé bundinn við þá sem hafa lokið tilskildu námi og fengið leyfi ráðherra, eins og gildir um starfsheiti verkfræðinga, tæknifræðinga og tölvunarfræðinga.¹⁶ Í öðrum tilvikum nýtur bæði starfsheitið og starfsvið viðkomandi starfsgreinar lögverndunar eins og gildir almennt um starfsstéttir á heilbrigðissviði. Svipuðu máli gegnir um starfsréttindi iðnaðarmanna.¹⁷

Hluti af því fyrirkomulagi að veita tilteknum starfsgreinum lögverndun er eftirlit stjórnvalda og hlutaðeigandi fagfélaga með því að handhafar starfsréttindanna starfi á hverjum tíma í samræmi við kröfur sem til þeirra eru gerðar samkvæmt lögum og starfsreglum/siðareglum viðkomandi starfsstéttar. Verði þeir uppvisir að brotum á þeim reglum standi þeir frammi fyrir mögulegri sviptingu starfsréttinda og/eða opinberum viðurlögum. Með þessu eftirliti er einnig staðinn vörður um það að aðrir en þeir sem hafa til þess tilskilin starfsréttindi starfi ekki innan viðkomandi starfsgreina að viðlagðri ábyrgð samkvæmt lögum.¹⁸

Með aðild Íslands að samningnum um

Evrópska efnahagssvæðið, sem tók gildi hér á landi 1. janúar 1994, urðu reglur um viðurkenningu starfsréttinda sem gilt höfðu á þessu sviði í aðildarríkjum Evrópusambandsins, hluti af því fyrirkomulagi sem að framan er lýst.¹⁹ Fram að þeim tíma giltu og gilda reyndar enn almennar reglur um heimildir stjórnvalda til að veita viðurkenningu prófgráðum útgefnum af erlendum háskólum.²⁰ Í dag gilda þær heimildir þá fyrst og fremst í tilviki ríkisborgara 3ju ríkja sem aflað hafa sér starfsréttinda í ríki sem er ekki aðili að EES-samningnum.

1.3 Almennt um tilskipunina

Tilskipun 2005/36/EB um viðurkenningu starfsréttinda sem samþykkt var í september árið 2005 markar ákveðin tímamót. Hún sameinar efni úr fjölda tilskipana sem samþykktar hafa verið á þessu sviði á síðustu 40 árum eða svo.²¹ Nánar tiltekið sameinar hún og leysir af hólmi 15 tilskipanir.²² Þetta eru annars vegar svokallaðar starfsgreinatilskipanir um starfsréttindi tiltekinna starfsstétta innan heilbrigðiskerfisins, þ.e. lækna, hjúkrunarfræðinga í almennri hjúkrun, tannlækna, dýralækna, ljósmæðra, og lyfjafræðinga, auk arkitekta og hins vegar þrjár tilskipanir um almennt kerfi til

16 Um starfsréttindi þessara starfsstétta hér á landi fer einnig samkvæmt skipulags- og byggingarlögum nr. 73/1997 með síðari breytingum. Samkvæmt 48. gr. þeirra laga hafa þeir einir rétt til að leggja fram upprætti vegna byggingarleyfis sem til þess hafa hlotið löggildingu ráðherra. Nefna lögín í því efni fyrst og fremst þær starfsstéttir sem taldar eru upp í lögum um löggildingu nokkurra starfsheita sérfræðinga í tækni- og hönnunargreinum, nr. 8/1996. Til að fá löggildingu sem hönnuður þarf að gangast undir próf skv. reglugerð nr. 747/1997 um störf prófnefndar mannvirkjahönnuða, sbr. reglugerð nr. 354/2004. Löggildir hönnuðir hafa einir heimild til að árita teikningar sínar og ábyrgjast þannig að hönnun sé faglega unnin og í samræmi við lög og reglugerðir um byggingarmál. Sjá einnig 51. gr. um byggingastjóra og 52. gr. um ábyrgð iðnmeistarar gagnvart byggingarstjóra og eiganda byggingarframkvæmda.

17 Iðnaðarlög nr. 42/1978, með síðari breytingum.

18 Sjá t.d. 15. gr. iðnaðarlaga nr. 42/1978, með síðari

breytingum.

19 Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993. Lögín tóku gildi 1. janúar 2004, að undanskilinni 1. gr. sem tók gildi 13. janúar 2003. Tilskipanir um viðurkenningu starfsréttinda voru teknar upp í VII. viðauka EES-samningsins.

20 Sjá t.d. 4. gr. laga um forgangsrétt kandidata frá Háskóla Íslands til embætta nr. 36/1911, með síðari breytingum, sbr. 1. og 3. gr. læknalaga nr. 53/1988, með síðari breytingu.

21 Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications. Frestur aðildarríkjanna til að innleiða ákvæði tilskipunarinnar rann út 20. október 2007.

22 Þær 15 tilskipanir sem falla niður við gildistöku nýju tilskipunarinnar eru taldar upp í 62. gr. hennar. Þetta eru tilskipanir nr. 77/452/EBE, 77/453/EBE, 78/686/EBE, 78/687/EBE, 78/1026/EBE, 78/1027/EBE, 80/154/EBE, 80/155/EBE, 85/384/EBE, 85/432/EBE, 85/433/EBE, 89/48/EBE, 92/51/EBE, 93/16/EBE og 1999/42/EB.

viðurkenningar á starfsréttindum.²³ Starfsstéttir sem fallið hafa undir síðara kerfið eru m.a. verkfræðingar, jarðfræðingar, kennarar, heilbrigðisstéttir sem falla ekki undir eina af framangreindum starfsgreinatilskipunum, fasteignasalar og iðnaðarmenn.

Efni nýju tilskipunarinnar er lýst í 1. gr. með þeim orðum að hún kveði á um skyldu aðildarríkja, sem binda rétt manna til að iðka starf í lögverndaðri starfsgrein á sínu yfirráðasvæði skilyrðum um að viðkomandi hafi yfir að ráða tilteknum starfsréttindum, til að viðurkenna einnig starfsréttindi sem aflað hefur verið í einu eða fleiri aðildarríkja sambandsins og heimila handhafa þeirra að starfa í viðkomandi starfsgrein.²⁴

Lítið er svo á að hin nýja tilskipun kollvarpi ekki því fyrirkomulagi sem gilt hefur um viðurkenningu starfsréttinda fram til þessa og fylgir hún í öllum meginatriðum ákvæðum þeirra tilskipana sem hún leysir af hólmi. Nýmæli hennar varða einkum beitingu starfsréttinda innan ramma reglna um frelsi til að veita þjónustu tímabundið á yfirráðasvæði annarra ríkja. Gerir tilskipunin ráð fyrir að

við þær aðstæður skuli sú meginregla gilda að sá sem þjónustuna veitir þurfi ekki að sækja um viðurkenningu á starfsréttindum sínum hjá þar til bærum stjórnvöldum í gistiríkinu.

Nokkrar starfsgreinar eru undanþegnar gildissviði tilskipunarinnar, alfarið eða hluta til.²⁵ Svo dæmi sé tekið má nefna starfsréttindi lögfræðinga en tilskipanir 77/249/EBE²⁶ og 98/5/EB²⁷ hafa ekki verið leystar hólmi með tilskipun 2005/36/EB.²⁸ Hin nýja tilskipun gildir ennfremur ekki um starfsréttindi á sviði váttryggingamiðlunar,²⁹ löggilta endurskoðendur,³⁰ verslun með og dreifingu á eiturefnum³¹ og farm- og farþegaflutninga á vegum.³² Þá fellur opinber þjónusta utan við gildissvið tilskipunarinnar.³³

Það er yfirlýst markmið tilskipunarinnar að aðvelda aðgengi ríkisborgara aðildarríkjanna að vinnumörkuðum annarra aðildarríkja í því umhverfi lögverndaðra starfsgreina sem að framan er lýst. Forsenda fyrir því aðgengi er að viðkomandi einstaklingar hafi þegar aflað sér fullgilda starfsréttinda í sínu heimaríki. Sé um að ræða starfsgrein þar sem lágmarkskröfur varðandi

23 Tilskipun 89/48/EBE um almennt kerfi til viðurkenningar á prófskírteinum sem veitt eru að lokinni sérfræðimenntun og starfsþjálfun á æðra skólastigi sem staðið hefur að minnst kosti í þrjú ár, tilskipun 92/51/EBE um annað almennt kerfi til viðurkenningar á starfsmenntun og starfsþjálfun til viðbótar tilskipun 89/48/EBE og tilskipun 1999/42/EB um tilhögun viðurkenningar á menntun og hæfi með tilliti til atvinnustarfsemi sem fellur undir tilskipanir um afnám hafta og bráðabirgðarástafanir og um viðbót við almennu kerfin til viðurkenningar á menntun og hæfi.

24 Tilskipunin talar um aðildarríkið þar sem sótt er um viðurkenningu á starfsréttindum annars vegar og eitt eða fleiri aðildarríki (þ.e. í fleirtölu) þar sem viðkomandi einstaklingur kann að hafa aflað þeirra. Námstími, starfsreynsla og loks viðurkenning starfsréttinda í tilviki sama einstaklingsins kann samkvæmt þessu að taka til fleiri aðildarríki en eitt.

25 Sjá nánar 3. mgr. 2. gr. og 42. gr. formála tilskipunarinnar.

26 Tilskipun ráðsins nr. 77/249/EBE um að auðvelda lögmönnum að neyta réttar til að veita þjónustu.

27 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 98/5/EB um að auðvelda lögmönnum að starfa til frambúðar í öðru aðildarríki en þar sem þeir hlutu starfsmenntun sína og hæfi.

28 Þá athugasemd má þó gera að lögfræðingur sem vill óðlast staðfestu í öðru aðildarríki og hefja þar störf undir því starfsheiti sem lögfræðingar nota í viðkomandi ríki og lögfræðingur sem uppfyllir ekki skilyrði samkvæmt tilskipun 77/249/EBE eiga rétt á því að sækja um viðurkenningu á sinni prófgráðu með vísan til tilskipunar 2005/36/EB. Sá réttur hefur verið fyrir hendi fram til þessa skv. tilskipun 89/48/

EBE. II. hluti nýju tilskipunarinnar sem fjallar um starfsréttindi innan ramma þjónusturéttarins verður hins vegar ekki beitt um starfsréttindi lögfræðinga. Sjá nánar lög um lögmenn nr. 77/1998 með síðari breytingum og reglugerð nr. 896/2004, með síðari breytingum.

29 Sjá um það efni tilskipun 2002/92/EB frá 9. desember 2002 um miðlun váttrygginga. Ákvæði hennar voru innleidd hér með lögum um miðlun váttrygginga nr. 32/2005. Sjá nánar XII. kafla þeirra laga um starfsemi á milli landa.

30 Sjá nánar lög um endurskoðendur nr. 18/1997 og reglugerð um undanþágu frá skilyrðum um rétt til að óðlast löggildingunni sem endurskoðandi nr. 355/2003. Sjá einnig nýja tilskipun um löggilta endurskoðandi nr. 2006/43/EB.

31 Tilskipun 74/556 (bráðabirgðarástafanir vegna starfsemi, verslunar með og dreifingar á eiturefnum) og tilskipun nr. 74/557 (staðfesturéttur og réttur sjálfstætt starfandi einstaklinga til að veita þjónustu á sviði verslunar með og dreifingar á eiturefnum.)

32 Tilskipun 96/26/EB um aðgang að starfsgrein farmflytjenda á vegum og starfsgrein aðila sem stunda farþegaflutninga á vegum og um gagnkvæma viðurkenningu á prófskírteinum, vottorðum og öðrum vitnisburði um formlega menntun og hæfi sem á að auðvelda þessum aðilum að neyta staðfesturéttarins í innanlands- og millilandaflutningum, sbr. tilskipun 98/76/EB um breytingu á tilskipun 96/26/EB.

33 Sjá til samanburðar 17. gr. þjónustutilskipunar Evrópasambandsins. Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.

nám hafa verið samræmdar á grundvelli starfsgreinatilskipunar (sem gilda einkum um starfsréttir innan heilbrigðisþjónustunnar) eiga þeir heimtingu á sjálfkrafa viðurkenningu starfsréttinda sinna framvisi þeir prófskirteini sem uppfyllir þær kröfur sem viðkomandi tilskipun tilgreinir. Er gistiríkinu þá óheimilt að fara fram á að þeir uppfylli aðrar kröfur en þar greinir, svo sem um viðbótarnám eða starfstíma í gistiríkinu.

Ef viðkomandi starfsgrein fellur hins vegar undir reglur um almennt kerfi viðurkenningar þá hefur samræming á námskröfum fyrir viðkomandi starfsgrein ekki farið fram. Viðurkenning starfsréttinda verður því reist á því að gagnkvæmt traust ríki milli aðildarríkjanna. Viðurkenning starfsréttinda fer þá fram með þeim hætti að lagt er mat á upplýsingar sem viðkomandi einstaklingur leggur fram um nám sitt og/eða starfsreynslu og þær upplýsingar bornar saman við þær kröfur sem gerðar eru á viðkomandi sviði í gistiríkinu. Komi í ljós við þann samanburð að talsverður munur er á námi umsækjandans og þeim kröfum sem gerðar eru í gistiríkinu er því heimilt að gera það að skilyrði fyrir veitingu starfsréttinda á viðkomandi sviði að hann gangist undir tiltekna viðbótarkröfur, sbr. 14. gr. tilskipunarinnar.³⁴

Tilskipuninni er skipt í sex hluta. Í fyrsta hluta hennar eru almenn ákvæði, s.s. um gildisvið og skilgreiningu hugtaka,³⁵ í öðrum hluta er fjallað um starfsréttindi þegar þau tengjast reglum um frjálsa þjónustustarfsemi,

þriðji hluti geymir reglur um starfsréttindi innan ramma stofnsetningarréttarins, í fjórða hluta eru sameiginleg ákvæði um iðkun starfs innan lögverndaðrar starfsgreinar í gistiríkinu, fimmti hluti tilgreinir þær skyldur sem hvíla á aðildarríkjunum hvað varðar upplýsingagjöf og samvinnu þeirra og loks er í sjötta hluta að finna önnur ákvæði.

Ætlun höfundar með þessari samantekt er fyrst og fremst að gefa lesendum yfirsýn um þær meginreglur sem gilda á þessu sviði EES-réttarins.³⁶ Eðli máls samkvæmt er umfjöllunin ekki tæmandi.

1.4 Uppruni starfsréttinda og ríkisfang

1.4.1 Starfsréttinda aflað í EES-ríki

Í 2. mgr. 1. gr. segir að tilskipunin gildi um ríkisborgara í aðildarríkjum sambandsins sem vilja starfa innan lögverndaðrar starfsgreinar í aðildarríki, öðru en því þar sem þeir öfluðu sér starfsréttindanna, og þá sem launamenn eða sjálfstætt starfandi einstaklingar.³⁷

Hér er m.ö.o. staðfest að tilskipunin nær einungis til ríkisborgara aðildarríkjanna í þeim tilvikum sem þeir eru handhavar fullgildra starfsréttinda sem þeir hafa aflað í einu eða fleiri aðildarríkjum sambandsins.

1.4.2 Starfsréttinda aflað í þriðja ríki

Hverju aðildarríki er frjálst hvort það viðurkennir nám og starfsréttindi sem ríkisborgarar þeirra koma með frá þriðja ríki. Spurningin er hins vegar sú hvort að

³⁴ Sjá nánari umfjöllun um það efni í kafla 3.4.3.

³⁵ Í þeim hluta eru m.a. skilgreind hugtökin lögvernduð starfsgrein, starfsmenntun og hæfi, vitnisburður um formlega menntun, lögvernduð menntun og þjálfun, starfsreynsla, forstöðumaður fyrirtækis o.fl.

³⁶ Til að flækja ekki um of framsetningu efnisins fer höfundur þá leið að tala um stofnsáttmála Evrópasambandsins í stað EES-samningsins þegar rætt er um reglur á sviði stofnsetningaréttar og þjónustu. Efnislega er gildisvið þessara þátta hið sama í báðum samningum. Þá er í sama tilgangi talað um aðildarríki sambandsins almennt en ekki EES-ríki. Sameiginlega EES-nefndin ákvað 26. október 2007 að tilskipun 2005/36/EB skuli tekin upp í EES-samninginn. Innleiðing hennar í íslensk lög kallar á breytingar á þeim lögum sem varða lögvernduð starfsréttindi

og er ákvörðun nefndarinnar því gerð með stjórnskipulegum fyrirvara skv. 103. gr. EES-samningsins.

³⁷ Niðurstaðan um það hvort skilgreina beri atvinnuþátttöku einstaklings í formi launamennsku eða sem sjálfstætt starfandi skiptir fyrst og fremst máli vegna umsókna um viðurkenningu starfsréttinda innan ramma hins almenna kerfis, þ.e. þegar óskað er viðurkenningar á starfsréttindum sem byggja á starfsreynslu á starfsgreinasviði viðkomandi í heimaríki hans. Skýringin er sú að þegar umsókn er byggð á starfsreynslu, sbr. t.d. greinar 16. til 19. gr., þá dugur sjálfstætt starfandi einstaklingi skemmri starfstími samanborið við launamann. Þannig nægir sjálfstætt starfandi einstaklingi 3 ára starfsreynsla meðal launamaðurinn verður að sína fram á a.m.k. 5 ára starfsreynslu.

rikisborgari aðildarríkis geti krafði önnur aðildarríki um (endur)viðurkenningu á þeim starfsréttindum sem hann hefur aflað sér í þriðja ríki og fengið viðurkennd í einu af aðildarríkjunum, með vísan til reglna um viðurkenningu starfsréttinda.

Samkvæmt tilskipuninni er meginreglan sú að aðildarríkjum sambandsins er ekki, með vísan ákvæða til tilskipunarinnar, skylt að viðurkenna prófskírteini, vottorð eða annan vitnisburð um formlega menntun og hæfi sem ekki vottar nám í einu af aðildarríkjum bandalagsins, þ.e. sem stafa frá þriðja ríki. Þeim er þó heimilt að veita slíka viðurkenningu séu þau skilyrði uppfyllt sem tilskipunin tilgreinir. Þannig segir í 3. mgr. 3. gr., sbr. 2. mgr. 2. gr., að ríkisborgari aðildarríkisins verði að hafa starfað í aðildarríki sambandsins á viðkomandi sviði í a.m.k. 3 ár, eftir að hann aflaði sér réttindanna í þriðja ríki. Að því skilyrði uppfylltu er heimilt að fjalla um starfsréttindi hans samkvæmt ákvæðum tilskipunarinnar.

Tilskipunin tekur hér mið af fordæmisrétti dómstóls Evrópusambandsins. Í málinu Haim var fjallað um ítalskan ríkisborgara sem hafði árið 1946 aflað sér réttinda á sviði tannlækninga í Tyrklandi.³⁸ Síðar á starfsævinni vann hann um nokkurra ára skeið við tannlækningar í Belgíu og hafði þá fengið viðurkenningu þarlendrar stjórnvalda á starfsréttindum sínum. Þegar hann fór fram á viðurkenningu þýskra stjórnvalda á starfsréttindum sínum fékk hann hins vegar þau svör að hann yrði fyrst að gangast undir tveggja ára starfsreynslu þar í landi. Voru þýsk stjórnvöld ekki tilbúin að taka tillit til þess að hann hefði á þeirri stundu þegar starfað um 8 ára skeið sem tannlæknir í Belgíu.³⁹ Niðurstaða Evrópu dómstólsins var skýr um að þar sem þýska ríkið hefði lýst sig

reiðubúið að viðurkenna starfsréttindi sem Haim hafði upprunalega aflað á grundvelli náms í þriðja ríki, hefði þeim borið að taka til tillit til starfstímabila hans og starfsreynslu sem hann ætti að baki í öðru aðildarríki innan sambandsins.⁴⁰

Í 5. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar þar sem fjallað er um heimild aðildarríkis til að mæla fyrir um viðbótarkröfur segir að áður en gripið er til slíkra úrræða beri aðildarríki, á grundvelli meðalhófsreglunnar, að ganga úr skugga um að sú þekking (e. knowledge) sem umsækjandi hefur aflað við störf í viðkomandi starfsgrein sé þess eðlis að hún vegi upp að hluta eða að fullu þann mikla mun (e. substantial difference) sem vísad er til í 4. mgr. Í greininni er sértaklega tekið fram að leggja skuli starfsreynslu í þriðja ríki að jöfnu við starfsreynslu í aðildarríki sambandsins. Þessi heimild gildir þó ekki um þær starfsgreinar sem falla undir 3. kafla III. hluta tilskipunarinnar, (einkum starfsgreinar á heilbrigðissviði). Í þeim tilvikum verður viðurkenning heimaríkisins að fylgja kröfum tilskipunarinnar að því er varðar lágmarks nám sem umsækjandi hefur stundað í ríki innan sambandsins.

1.4.3 Ríkisborgarar 3ju ríkja

Ríkisborgarar 3ju ríkja, sem búsettir eru í aðildarríkjum sambandsins, falla ekki undir gildissvið tilskipunarinnar. Um viðurkenningu á starfsréttindum þeirra, hvort heldur þeirra hefur verið aflað í þriðja ríki eða í bandalagsríki, fer alfarið samkvæmt þeim reglum sem um það efni gilda í hverju aðildarríki. Þessi hópur hefur þó ákveðinn stuðning af ákvæðum tilskipunar Evrópusambandsins um réttarstöðu ríkisborgara 3ju ríkja sem dvalið hafa langdvölum í aðildarríkjum sambandsins.⁴¹ Í henni er t.a.m. kveðið á um, sbr. c-lið II. gr., að

38 C-319/92 Haim [1994] ECR I-425.

39 Sú skýring var einnig gefin að hann hefði ekki nægilega tungumálakunnáttu til að veita sjúklingum þjónustu á þýskri tungu.

40 Sjá einnig málin 136/78 Vlassopolou [1979] ECR 437, C-238/98 Hocsman [2000] ECR I-6623 og C-110/01 Malika

Tennah-Durez [2003] ECR I-6239.

41 Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. Tilskipunin tók gildi í Evrópusambandinu 23. janúar 2006. Sem stendur er óvíst hvort hún verði felld undir samningssvið EES-samningsins.

einstaklingar sem tilheyra þessum hópi skuli njóta jafnræðis á við ríkisborgara viðkomandi aðildarríkis hvað varðar viðurkenningu starfsréttinda sinna í samræmi við reglur landsréttarins. Tilskipunin leggur hins vegar ekki skyldur á herðar öðrum aðildarríkjum að (endur)viðurkenna starfsréttindi 3ja ríkisborgara sem heimaríki þeirra innan sambandsins hafa viðurkennt með vísan til framanritaðs.⁴²

1.4.4 Ríkisborgarar gistiríkisins

Tilskipuninni er eins og áður segir ætlað að tryggja ríkisborgurum aðildarríkjanna rétt til að fá starfsréttindi sín viðurkennd í öðrum aðildarríkjum. Spurningin sem hér vaknar er hvort ríkisborgari aðildarríkis geti flutt tímabundið til annars aðildarríkis þar sem hann öðlast starfsréttindi í tiltekinni starfsgrein og síðan krafist viðurkenningar fyrra ríkisins á þeim starfsréttindum með vísan til stofnsáttmála sambandsins um stofnsetningarrétt annars vegar og reglna um viðurkenningu starfsréttinda hins vegar.⁴³

Um þetta álitafni var fjallað í málinu Knoors.⁴⁴ Það mál snerist um hollenskan ríkisborgara sem hafði aflað sér starfsréttinda í Belgíu á sviði pipulagna. Hafði hann starfað í þeirri starfsgrein í Belgíu um nokkurra ára skeið. Þegar hann sótti um viðurkenningu á starfsréttindum sínum í Hollandi var umsókn hans hafnað með þeim rökum að námið sem hann hafði stundað í Belgíu uppfyllti ekki kröfur samkvæmt hollenskum reglum. Af hálfu hollenskra stjórnvalda var því haldið fram að Knoors gæti ekki byggt umsókn sína á tilskipun 64/427/EBE⁴⁵ þar

sem tilgangur hans með því væri einungis að koma sér undan strangari kröfum sem giltu í heimaríki hans. Þá væri hann hollenskur ríkisborgari og hefði þ.a.l. ekki réttarstöðu samkvæmt ákvæðum stofnsáttmálans um stofnsetningarrétt ríkisborgara í öðrum aðildarríkjum. Evrópudómstóllinn hafnaði þessari túlkun og sagði að með vísan til málsatvika mætti ekki túlka lög bandalagsins þannig að ríkisborgari aðildarríkis gæti ekki byggt á þessum reglum tæki hann ákvörðun um að snúa aftur til síns heimaríkis. Málsatvik minntu helst á stöðu belgísku ríkisborgara sem hefði ákveðið að nýta sér rétt sinn til að taka upp staðfestu í Hollandi og óska viðurkenningar þarlendra stjórnvalda á starfsréttindum sínum. Evrópudómstóllinn tók engu að síður undir það sjónarmið að aðildarríkin hafi heimild til að vera á varðbergi gagnvart því að lög bandalagsins séu misnotuð af eigin ríkisborgurum með það fyrir augum að sniðganga þær kröfur sem til þeirra eru gerðar í landsrétti viðkomandi aðildarríkis.⁴⁶

1.5 Réttaráhrif viðurkenningar starfsréttinda

1.5.1 Heimild til að starfa í lögverndaðri starfsgrein

Í 4. gr. tilskipunarinnar er fjallað um þau áhrif sem viðurkenning gistiríkisins á starfsréttindum ríkisborgara annars aðildarríkis hefur á réttarstöðu hans og heimildir. Þar segir að viðurkenning gistiríkis á sérhæfðri menntun og hæfi umsækjandans veiti honum heimild til að

42 Sjá hins vegar 11. gr. reglugerðar 1612/68/EBE, sbr. lög um frjálstan atvinnu- og búseturétt launafólks innan Evrópska efnahagssvæðisins nr. 47/1993. Í þessari grein segir að í þeim tilvikum þar sem ríkisborgari EES-ríkis hefur ráðið sig til vinnu eða er sjálfstætt starfandi á yfirráðasvæði annars EES-ríkis skulu maki hans [...] hafa rétt til að ráða sig í hvaða vinnu sem er hvar sem er á yfirráðasvæði þess ríkis, jafnvel þó að þau séu ekki ríkisborgarar neins EES-ríkis. Atvinnuréttur 3ja ríkisborgarar er við þessar aðstæður leiddur af rétti EES-borgarans og spurningin er sú hvort hann geti á grundvelli þessarar greinar gert kröfu um viðurkenningu starfsréttinda sinna.

43 Hér er vísað til þeirrar meginreglu Evrópuréttarins að lögum bandalagsins verður ekki beitt ef málsatvik varða í öllum meginatriðum einungis eitt aðildarríki. Sjá m.a. C-225/95 Kapasakalis ECR [1998] I-4239 og C-18/95 Therhoeve. [1999] ECR I-345.

44 115/78 Knoors [1979] ECR 399.

45 Tilskipun 64/427/EBE. Í henni var kveðið á um viðurkenningu starfsréttinda vegna sjálfstætt starfandi einstaklinga á sviði framleiðslu- og vinnsluánaðar.

46 Sjá einnig málin C-61/89 Bouchoucha [1990] ECR I-3551 og C-19/92 Kraus [1993] ECR I-1663.

starfa í sömu starfsgrein og hann hefur rétt til í sínu heimaríki og til að stunda hana í gistiríkinu með sömu skilyrðum og gilda um ríkisborgara þess ríkis.

Í greininni er vísað til þess að aðildarríki verða ekki grundvelli tilskipunarinnar knúin til að veitaríkisborgurum annarra aðildarríkja heimild til að starfa innan lögverndaðrar starfsgreinar geti þeir ekki framvísað gögnum er staðfesta fullgild starfsréttindi þeirra á viðkomandi sviði. Þá er með orðunum „með sömu skilyrðum“ almennt vísað til þess að þegar viðurkenningin hefur verið veitt skuli handhafi þeirra bundinn sömu skyldum og innlendir ríkisborgarar hvað varðar eftirlit stjórnvalda og/eða fagfélaga. Þá verður einnig lesið úr orðum 4. gr. árétting á þeirri meginreglu að handhafinn skuli sitja við sama borð og innlendir ríkisborgarar að því er varðar aðgengi að störfum innan viðkomandi starfsgreinar og njóta jafnræðis þegar kemur að launum og öðrum starfskjörum.⁴⁷

Í 2. mgr. 4. gr. segir að með orðunum „sömu starfsgrein“ sé átt við það að starfsgreinin sem umsækjandinn hefur í hyggju að starfa innan sé sú sama og hann hefur réttindi til að starfa innan í sínu heimaríki, að því tilskildu að verkefni séu sambærileg (e. if the activities covered are comparable).⁴⁸ Þessi fyrirvari hefur einkum þýðingu í þeim tilvikum þegar prófgráða eða annar vitnisburður um nám umsækjanda um viðurkenningu starfsréttinda ber sama nafn og fyrirfinnst í löggjöf gistiríkisins en nánari skoðun leiðir það í ljós að störfín eða verkefni sem vinna má í þeirra nafni eru ekki sambærileg. Viðurkenning starfsréttinda hins erlenda ríkisborgara myndi þá takmarkast við þær

heimildir sem hann hefur innan viðkomandi starfsgreinar í hans heimaríki.⁴⁹

1.5.2 Viðurkenning starfsréttinda að hluta

Tilskipunin kveður á um þá meginreglu að ríkisborgurum aðildarríkja skuli gefinn kostur á að leggja fram gögn um starfsmenntun, hæfi eða formlega menntun til staðfestingar á því að þeir hafi réttindi til að starfa í tiltekinni starfsgrein í sínu heimaríki og að þau réttindi séu jafnframt sambærileg þeim sem gilda í gistiríkinu. Ef í ljós kemur að það nám sem liggur til grundvallar starfsréttindum þeirra er verulega frábrugðið því námi sem leggja verður stund á í gistiríkinu til að öðlast starfsréttindi á því sviði þá er gistiríkinu heimilt að gera það að skilyrði að umsækjandinn undirgangist ákveðnar viðbótarkröfur.⁵⁰

Sú spurning hefur hins vegar vaknað hvort gistiríkinu sé við slíkar aðstæður heimilt, eða eftir atvikum skylt, að falla frá slíkum viðbótarkröfum og veita þess í stað takmarkaða viðurkenningu starfsréttinda. Slík viðurkenning myndi þá veita umsækjandanum réttindi til að starfa á tilteknu og/eða afmörkuðu sviði innan hinnar lögvernduðu starfsgreinar. Um þetta álitafni var fjallað í málinu Giuliano Mauro Imo.⁵¹ Um var að ræða ítalskan ríkisborgara með háskólagráðu í vatnsaflsverkfræði sem veitti honum heimild lögum samkvæmt til að starfa á því afmarkaða sviði.⁵² Þegar hann sótti um heimild til að starfa á sínu sérsviði á Spáni var umsókn hans hins vegar hafnað með þeim rökum að verkfræðingar þar í landi verði að búa yfir almennri

47 Um þá hlíð mála hér á landi vísast einkum til laga um frjálsan atvinnu- og búseturétt launafólks innan Evrópska efnahagssvæðisins nr. 47/1993, laga um starfskjör launafólks nr. 55/1980 og laga um réttindi og skyldur erlendra fyrirtækja sem senda starfsmenn tímabundið til Íslands og starfskjör starfsmanna þeirra nr. 45/2007.

48 Samkvæmt orðanna hljóðan gildir 4. gr. jafnt um starfsréttindi manna innan ramma staðfesturéttarins og reglna um frjálsa þjónustustarfsemi. Þess ber þó að geta að framkvæmd starfsréttinda er talsvert sveigjanlegri þegar þau falla undir ramma II. hluta tilskipunarinnar um frjálsa

þjónustustarfsemi.

49 Þessi fyrirvari hefur fyrst og fremst þýðingu fyrir þær starfsgreinar sem falla undir hið almenna kerfi um viðurkenningu starfsréttinda.

50 Slíkar viðbótarkröfur geta verið í formi hæfnisprófs eða að viðkomandi starfi til reynslu undir handleiðslu fagmanns í gistiríkinu í hámarki þrjú ár, sbr. 14. gr. tilskipunarinnar.

51 Mál C-330/03. Giuliano Mauro Imo. Dómur kveðinn upp 19. janúar 2006.

52 e. civil engineer specialising in hydraulics.

þekkingu á öllum sviðum verkfræðinnar. Í niðurstöðu Evrópuðómstólsins segir að þegar handhafi starfsréttinda sækir um leyfi til að mega starfa innan lögverndaðrar starfsgreinar í öðru aðildarríki þá sé því ríki ekki óheimilt á grundvelli tilskipunar 89/48/EB að viðurkenna starfsréttindi hans að hluta. Það sé hins vegar skilyrði að sótt hafi verið um slíka takmarkaða viðurkenningu og sé þá heimilt að takmarka gildissvið viðurkenningarinnar við það starfssvið/störf sem prófgráðan heimilar handhafanum að vinna við í sínu heimaríki.

2. TÍMABUNDIN ÞJÓNUSTA Í GISTIRÍKI

2.1 Inngangur

Í II. hluta hinnar nýju tilskipunar er fjallað um skyldur aðildarríkjanna við þær aðstæður þegar ríkisborgarar annarra aðildarríkja starfa tímabundið á þeirra yfirráðasvæði innan lögverndaðra starfsgreina, sem falla undir gildissvið tilskipunarinnar, með heimild í stofnsáttmála Evrópusambandsins um frelsi til að veita þjónustu.

Í þeim tilvikum er meginreglan sú að aðildarríkjunum skal óheimilt að gera þá kröfu til þjónustuveitanda að þeir sækji um viðurkenningu á starfsréttindum sínum, með sömu skilyrðum og gilda þegar þeim er beitt innan ramma stofnsetningarréttarins.⁵³

Aðildarríkjum er þó heimilt að mæla fyrir um tilkynninga- og upplýsingaskyldu

þjónustuveitanda við þessar aðstæður, sbr. 7. gr., í þeim tilgangi að standa vörð um hagsmunum tengda heilsufari, öryggi og neytendavernd. Þær skyldur ganga þó talsvert skemur en leiða myndi af formlegri meðferð á umsókn um viðurkenningu starfsréttinda. Aðildarríkjum er samkvæmt tilskipuninni í sjálfsvald sett að hve miklu leyti þau nýta heimildir sínar og ráða því sömuleiðis hvort þeim heimildum verði beitt almennt um allar lögverndaðar starfsgreinar eða einungis um hluta þeirra. Aðildarríkin hafa þó auknar heimildir til eftirlits þegar um að ræða starfsgreinar sem sérstaka þýðingu hafa að þeirra mati út frá sjónarmiðum um almannaheilbrigði eða almannaoöryggi, sbr. 4. mgr. 7. gr.⁵⁴

Ákvæði tilskipunarinnar eru ný af nálíni fyrir þær starfsgreinar sem fram til þessa hafa fallið undir tilskipanir um almennt kerfi viðurkenningar.⁵⁵ Í þeim tilskipunum var ekki gerður sérstakur greinarmunur á réttarstöðu ríkisborgara aðildarríkja eftir því hvort þeir störfuðu á yfirráðasvæði annarra aðildarríkja innan ramma stofnsetningarréttarins eða þjónusturéttarins.⁵⁶ Í svokölluðum starfsgreinatilskipunum, sem einkum ná til starfsstétta í heilbrigðisþjónustu, hefur á hinn bóginn verið gert ráð fyrir ákveðnum frávikum vegna reglna um frjálsa þjónustustarfsemi.⁵⁷

53 Hér er byggt á 'Cassis-de-Dijon' meginreglunni í Evrópurétti. Hún felur það í sér að ef tiltekin vara hefur verið sett á markað löglega í einu aðildarríki þá verði að líta svo á að heimilt sé að selja hana á mörkuðum annarra aðildarríkja, jafnvel þó hún uppfylli ekki nákvæmlega þær viðmiðanir og kröfur sem þar eru gerðar lögum samkvæmt. Ef þessi meginregla er yfirfærð á svið lögverndaðra starfsréttinda þýðir hún að aðildarríkjum skuli óheimilt að mæla fyrir um takmarkanir er snúa að starfsréttindum erlendra þjónustuveitanda uppfylli þeir öll lagaskilyrði til að mega starfa innan viðkomandi starfsgreinar í sínu heimaríki.

54 Nánar er fjallað um það efni í kafla 2.3.5.

55 Sjá upptalningu á þeim tilskipunum í neðanmálgrein nr. 5.

56 Þetta má reyndar greina í löggjöf hér á landi, sbr. t.d. iðnaðarlögum nr. 42/1978 og reglugerð nr. 495/2001 um viðurkenningu á starfi og starfsþjálfun í iðnaði í öðru EES-ríki. Í

þessum reglum er gerð krafa um að sótt sé um viðurkenningu starfsréttinda án tillits til þess hvort EES-reglur um veitingu þjónustu kunni að eiga við eða ekki.

57 Sjá t.d. 17. gr. tilskipunar 93/16/EBE um að greiða fyrir frjálsum flutningum lækna og um gagnkvæma viðurkenningu á prófskirteinum þeirra, vottorðum og öðrum vitnisburði um formlega menntun og hæfi. Í löggjöf hér á landi um starfsréttindi heilbrigðisstétta, sbr. t.d. læknalög nr. 53/1988 eða hjúkrunarlög nr. 8/1974, verður þó ekki séð að sérstakur greinarmunur sé gerður á reglum eftir því hvort menn veiti hér þjónustu tímabundið samanborið við þá sem hafa hér varanlega staðfestu.

2.2 Hugtakið þjónusta

Samkvæmt 5. gr. tilskipunarinnar gilda ákvæði II. hluta því aðeins að sá sem veitir þjónustuna hafi löglega staðfestu í öðru aðildarríki. Þá er það skilyrði sett að þjónustuveitandinn, launamaður eða sjálfstætt starfandi einstaklingur, flytji til annars aðildarríkis, þ.e. gistiríkisins, með það fyrir augum að veita þar þjónustu tímabundið og með tilfallandi hætti (e. to pursue, on a temporary and occasional basis) í einhverri þeirra starfsgreina sem falla undir gildissvið tilskipunarinnar.⁵⁸

Við mat á því hvort um tímabundna og tilfallandi þjónustu er að ræða verður samkvæmt 2. mgr. 5. gr. að skoða hvert tilvik fyrir sig. Við það mat skiptir máli hve lengi þjónustan er veitt, hve oft, hve reglubundið og með hve samfelldum hætti það er gert.⁵⁹ Hér ekki mjög fast að orði kveðið og hafa mörg aðildarríki af því áhyggjur að hér séu sköpuð skilyrði fyrir þjónustuveitendur til að fara á svig við kröfur í landsréttinum um gæði og öryggi á viðkomandi þjónustusviði. Vilji sumra aðildarríkja hefur því staðið til þess að gildissvið II. hluta væri betur afmarkað, t.d. með ákvæðum um að fari dvöl hins erlenda ríkisborgara fram yfir ákveðin tímamörk skuli fjalla um starfsréttindi hans samkvæmt ákvæðum III. hluta, með þeim auknum skyldum sem því fylgir. Sú leið hefur hins vegar ekki verið farin. Þess í stað er lagt á herðar aðildarríkjanna að þau skoði hvert

mál sérstaklega með þeirri aðferð sem kveðið er á um í 2. mgr. 5. gr., að teknu tilliti til þeirra dóma sem fallið hafa um þetta efni hjá Evrópudómstólnum.⁶⁰ Atla má að sú könnun geti leitt til mismunandi niðurstöðu eftir því um hvaða atvinnustarfsemi er að ræða. Þannig má ætla að þegar um afmarkaða og tímabundna byggingastarfsemi er að ræða geti hún í flestum tilvikum fallið undir gildissvið II. hluta jafnvel þó hún standi yfir í nokkur ár. Öðru máli kann hins vegar að gegna þegar í hlut á sjálfstætt starfandi einstaklingur sem opnar skrifstofu í gistiríkinu og veitir þar ráðgjöf á sínu sérsviði að staðaldri til þeirra sem til hans leita.

2.3 Starfsréttindi innan ramma þjónusturéttarins

2.3.1 Meginreglur

Samkvæmt tilskipuninni er meginreglan sú að þjónustuveitandinn skal vera undanþeginn kröfum um formlega viðurkenningu starfsréttinda og er sömuleiðis samkvæmt a-lið 6. gr. undanþeginn þeim reglum sem gilda í gistiríkinu um skráningu, starfsleyfi, skráningu hjá opinberum aðilum eða aðild að fagfélögum á viðkomandi starfsgreinasviði. Aðildarríkjum er þó heimilt að mæla fyrir um sjálfkrafa og tímabundna skráningu þjónustuveitanda hjá slíkum fagfélögum, ef það er gert með það fyrir augum að auðvelda framkvæmd starfsreglna á viðkomandi

58 Tilskipunin fjallar m.ö.o. ekki um þau tilvik þegar þjónusta er veitt yfir landamæri ríkja veitt með öðrum hætti en greinir í 2. mgr. 5. gr.

59 „The temporary and occasional nature of the provision of services shall be assessed case by case, in particular in relation to its duration, its frequency, its regularity and its continuity.”

60 Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar um efni tilskipunarinnar segir að 5. gr. byggji á fordæmisrétti dómstóls Evrópusambandsins. Transposition guide. Directive 2005/36/EC on the Recognition of Professional Qualifications with comments. Brussels, 10 March 2006. MARKT D/3412/2006/EN. Í þeim leiðbeiningum er m.a. vikið að tülkun Evrópudómstólsins í C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165. Þar komst dómstóllinn svo að orði að við mat á því hvort tiltekin atvinnustarfsemi verði talin falla undir stofnsetningarákvæði Rómarsáttmálans, fremur en ákvæði hans um frelsi til að veita þjónustu, skuli ekki aðeins lita til

þess í hve langan tíma starfsemin stendur yfir (e. duration) heldur einnig með hve reglubundnum hætti hún er veitt, (e. regularity), að hve miklu leyti hún er lotubundin (e. periodicity) eða með hve samfelldum hætti hún er veitt (e. continuity). Í dómnum kemur fram að við það mat þurfi það ekki að hafa áhrif þó viðkomandi aðili hafi komið sér upp aðstöðu í aðildarríkinu sem sé honum nauðsynleg vegna þeirrar þjónustu sem hann veitir. Nánar má lesa um tülkun Evrópudómstólsins á þjónustuhugtaki Rómarsáttmálans í C-215/01 Schnitzer [2003] ECR I-14847, einkum í málsgreinum 28 og 31. Í því máli var talið að fella mætti atvinnustarfsemi portúgalsks byggingafyrirtækis sem stóð yfir í um þriggja ára skeið í Þýskalandi undir ákvæði Rómarsáttmálans um þjónustustarfsemi. Sjá einnig C-171/02 Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal [2004] ECR I-5645. Sjá til samanburðar umfjöllun Evrópudómstólsins um staðfestuhugtakið í málinu C-221/89 Factortame II. [1991] ECR I-3905.

starfsgreinasviði. Slik skráning má þó ekki teifa eða trufla á nokkurn hátt starf viðkomandi einstaklings eða valda honum auknum kostnaði.

Framangreind meginregla tilskipunarinnar gildir þó einungis sé starfsgreinin eða það nám sem liggur henni til grundvallar lögvernduð í aðildarríkinu þar sem þjónustuveitandinn hefur staðfestu. Ef sú er hins vegar ekki raunin mælir tilskipunin svo fyrir, sbr. b-lið 5. gr., að þjónustuveitandinn skuli leggja fram gögn er staðfesta að hann hafi starfað í sínu heimaríki innan viðkomandi greinar í a.m.k. 2 ár á síðustu 10 árum.

2.3.2 Yfirlýsing þjónustuveitanda

Í 7. gr. segir að aðildarríkjum sé heimilt, í þeim tilvikum þegar þjónustuveitandi flytur í fyrsta skipti yfir á þeirra yfirráðsvæði, að kalla eftir skriflegri tilkynningu eða yfirlýsingu frá honum, auk upplýsinga um þær tryggingar sem hann er með vegna starfa sinna.⁶¹ Þegar um fyrstu veitingu þjónustu er að ræða er aðildarríkjum heimilt að gera þá kröfu að þessari yfirlýsingu fylgi gögn sem staðfesti þjóðerni viðkomandi einstaklings, gögn er staðfesta að hann hafi löglega staðfestu í öðru EES-riki þar sem hann veitir þjónustu í sömu starfsgrein og hann hyggst veita tímabundið í gistiríkinu, og upplýsingar um starfsréttindi í þeim tilvikum þegar starfið nýtur ekki lögverndunar í hans heimaríki, sbr. b-lið 1. mgr. 5. gr.⁶² Þá er heimilt að fara fram á afhendingu sakarvottorðs, ef starfið er á sviði öryggisþjónustu. Ákvæði tilskipunarinnar um yfirlýsingu þjónustuveitanda og þau gögn sem lögð eru fram með henni, eiga m.a.

að gera aðildarríkjum kleift að meta það hvort ástæða sé til að fjalla um mál hans á grundvelli sérákvæðisins í 4. mgr. 7. gr.⁶³

2.3.3 Starfsreglur og agaviðurlög

Þrátt fyrir að þjónustuveitandi sé samkvæmt ákvæðum tilskipunarinnar undanþeginn reglum sem gilda í gistiríkinu um formlega viðurkenningu starfsréttinda og því eftirliti sem því fylgir, þá er hann samkvæmt 3. mgr. 5. gr. bundinn samkvæmt þeim reglum sem þar gilda um iðkun starfsins. Gildir einu hvort þær reglur er að finna í samþykktum fagfélaga, lögum eða stjórnsýslufyrirmælum. Hér er um að ræða reglur þar sem starfsvið viðkomandi starfsgreinar hefur verið skilgreint, reglur um það hvernig starfsheiti eru notuð, skilgreining á því hvað telst til alvarlegra brota í starfi sem varða sérstaklega neytendavernd og öryggi þjónustunnar og um agaviðurlög.⁶⁴

Ólíkt ákvæðum tilskipunarinnar um tilkynningu þjónustuveitanda til þar til bærra stjórnvalda í gistiríkinu og reglum um pro forma skráningu hjá hlutaðeigandi fagfélögum, sem aðildarríkin hafi val um hvort þau beita, þá eru þessar reglur skyldubundnar í öllum tilvikum.

2.3.4 Starfsheiti þjónustuveitandans

Tilskipunin gerir ráð fyrir því sbr. 3. mgr. 7. gr. að þjónustuveitandinn noti í gistiríkinu það starfsheiti sem hann notar í sínu heimaríki, sbr. a-lið 1. mgr. 5. gr., og á tungu þess ríkis. Með því móti megi koma í veg fyrir að því verði ruglað saman við sambærileg starfsheiti sem notuð eru í gistiríkinu.⁶⁵ Ef slíkt starfsheiti

61 Gera má ráð fyrir því að útbúið verði staðlað eyðublað sem notast verði við í öllum aðildarríkjum sambandsins. Aðildarríkjum er heimilt að kalla eftir því að tilkynningin sé endurnýjuð fyrir hvert það ár sem þjónustuveitandinn hyggst veita þar þjónustu.

62 Það athugast að í c-lið 2. mgr. 7. gr. er ekki fjallað um það á hvaða formi gögn um starfsréttindi/starfstíma þjónustuveitandans skuli vera. Það virðast a.m.k. ekki gerðar jafn strangar kröfur og gilda þegar starfsréttindin falla undir ákvæði tilskipunarinnar um varanlega staðfestu.

63 Í formála tilskipunarinnar er tekið fram að framkvæmd þessa ákvæðis megi ekki hafa í för með sér óþarfa byrðar fyrir þjónustuveitendur eða vera til þess fallin að hindra eða draga úr tryggi framkvæmd ákvæða um frjálsa þjónustustarfsemi.

Eru aðildarríkin hvött til að endurskoða reglulega mat sitt á nauðsyn þess að slíki tilkynningarskyldu sé viðhaldið, einkum í ljósi aukinnar samvinnu við miðlun upplýsinga á þessu sviði milli þar til bærra stjórnvalda í aðildarríkjum.

64 Rétt er að taka fram að 3. mgr. 5. gr. nær samkvæmt orðanna hljóðan einungis til þeirra reglna sem snerta starfsréttindi manna, en ekki til annarra reglna sem kunna að gilda í gistiríkinu um atvinnustarfsemi þjónustuveitanda að öðru leyti. Í þeim tilvikum kunna ákvæði þjónustutilskipunar Evrópusambandsins nr. 2006/123/EB að koma til álita.

65 Tilskipunin gerir greinarmun á starfsheiti (e. professional title) sem snýr að veitingu þjónustu, sbr. 3. mgr. 7. gr. og reglum um heimild manna til að nota námstítill (e. academic titles) sbr. 54. gr.

er hins vegar ekki til í heimaríkinu þá ber honum að veita upplýsingar um menntun sína á tungumáli heimaríkisins.

Á þessari reglu eru tvær undanþágur. Önnur undanþágan gildir í þeim tilvikum þegar þjónusta er veitt í þeim starfsgreinum sem falla undir 3. kafla í III. hluta tilskipunarinnar, þ.e. einkum heilbrigðisstéttir, og skal þjónustan þá veitt undir því starfsheiti sem notað er í viðkomandi starfsgrein í gistiríkinu. Hin undanþágan á við þegar þjónusta er veitt á sviðum sem gistiríkið hefur skilgreint að hafi sérstaka þýðingu úr frá kröfum almannaheilbrigði og almannaöryggi, sbr. 4. mgr. 7. gr.

2.3.5 *Almannaheilbrigði og almannaöryggi*

Í 4. mgr. 7. gr. er gert ráð fyrir heimild aðildarríkjanna til að mæla fyrir um tiltekna varúðarráðstafanir vegna lögverndaðra starfsgreina sem hafa þýðingu út frá kröfum um almannaheilbrigði eða almannaöryggi (e. harmful to public health or safety). Sú heimild gildir þó aðeins um þær starfsgreinar sem ekki njóta góðs af reglum um sjálfkrafa viðurkenningu starfsréttinda, sbr. 3. kafla III. hluta tilskipunarinnar. Tilskipunin tilgreinir ekki að öðru leyti hvaða starfsgreinar koma hér helst til álita og því er á valdi aðildarríkjanna sjálfra að ákveða það.⁶⁶

Samkvæmt 4. mgr. 7. gr. er aðildarríki heimilt að kanna starfsréttindi þjónustuveitandans áður en hann veitir þjónustu í fyrsta sinn. Slíka könnun má þó aðeins framkvæmda að tilgangur hennar sé að koma í veg fyrir alvarlegt tjón á heilsu eða öryggi viðtakanda þjónustunnar sem rekja megi til þess að þjónustuveitandinn hefur ekki tilskilin starfsréttindi. Skal í þessu efni ekki

gengið lengra en nauðsyn krefur. Gert er ráð fyrir því að hlutaðeigandi stjórnvöld geti lagt mat á þessu áhættu með lestri þeirra gagna sem fylgja með yfirlýsingu hans skv. 1. mgr. 7. gr. Gera þarf þjónustuveitanda grein fyrir því innan mánaðar frá móttöku tilkynningar skv. 1. mgr. 7. gr. hvort ákveðið hafi verið að falla frá því að gera slíka könnun eða um niðurstöðu þeirrar könnunar.

Ákveði gistiríkið að gera könnun á starfsréttindum þjónustuveitandans og hún leiðir í ljós að verulegur munur er á því námi sem liggur starfsréttindum hans til grundvallar og þeim kröfum sem gerðar eru í gistiríkinu þá er heimilt, að því tilskyldu að sá munur geti verið hættulegur út frá kröfum um almannaheilbrigði eða almannaöryggi, að krefjast þess að hann gangist undir viðbótarkröfur, einkum próf sem staðfesti hæfni hans á viðkomandi sviði.

Hafi starfsréttindi hans verið könnuð og þau samþykkt samkvæmt framansögðu ber þjónustuveitandanum að nota það starfsheiti sem gildir fyrir viðkomandi starfsgrein samkvæmt reglum gistiríkisins.

2.3.6 *Samvinna aðildarríkja*

Í 8. gr. tilskipunarinnar er gert ráð fyrir því að gistiríki geti óskað eftir upplýsingum frá aðildarríkinu þar sem þjónustuveitandi hefur staðfestu um atriði er snúa að lögmati starfsemi hans þar í landi, þ.m.t. staðfestingu á því að hann sé þá stundina ekki að taka út aga- eða refsiviðurlög sem tengjast starfi hans þar. Samkvæmt orðanna hljóðan virðist hins vegar ekki gert ráð fyrir því að gistiríkið geti óskað eftir sakarvottorði eða öðrum upplýsingum sem lúta að viðurlögum sem þjónustuveitandinn hefur áður sætt vegna brota í starfi.⁶⁷

66 Til að tryggja að þessar sérstöku skyldur séu bæði fyrirjáanlegar og gagnsæjar erlendum þjónustuveitendum yrði að tilgreina með lögum hvaða starfsgreinar sem njóta lögverndunar hér á landi falli undir 4. mgr. 7. gr.

67 Í 56. gr. tilskipunarinnar er fjallað um samvinnu aðildarríkja og miðlun upplýsinga þeirra á milli í þeim tilvikum þegar

sótt er um viðurkenningu starfsréttinda innan ramma staðfesturéttarins. Af samanburði á heimildum aðildarríkjanna samkvæmt 8. gr. annars vegar og 50. gr. hins vegar má ráða að heimildir aðildarríkja til miðlunar upplýsinga sín á milli séu sumpart takmarkaðri þegar slík miðlun fellur undir 8. gr. en þegar samvinna aðildarríkjanna byggir á 50. gr.

Eðli máls samkvæmt verður miðlun upplýsinga skv. 8. gr. að ganga hratt og örugglega fyrir sig ef þær eiga að koma að einhverju gagni í höndum stjórnvalda í gistiríkinu. Það er hins vegar ekki ljóst hvernig með á fara, ef heimaríkið afhendir ekki umbeðin gögn nægilega fljótt til að hægt sé að taka afstöðu til mála innan þeirra tímafresta sem mælt er fyrir um í 4. mgr. 7. gr.

2.3.7 Upplýsingar til þjónustukaupa
Samkvæmt 9. gr. er aðildarríkjum heimilt að mæla svo fyrir að þjónustuveitandi skuli láta viðskiptavininum sínum í té upplýsingar sem snúa að stöðu hans í hans heimaríki. Getur sú upplýsingaskylda eftir atvikum komið til viðbótar við skyldur hans gagnvart stjórnvöldum í gistiríkinu skv. 7. gr. Hér er einkum um að ræða upplýsingar um það starfsheiti sem hann notar í sínu heimaríki, hvort hann sé þar skráður á félagaskrá eða sambærilega opinbera skrá og nánari upplýsingar um þá skráningu, hvort starfið sem hann gegnir sé bundið opinberu leyfi o.s.frv. Þá má einnig skylda hann til að veita upplýsingar um það hvort þjónustan sem hann veitir sé virðisaukaskattsskyld, sbr. tilskipun 77/388/EBE.⁶⁸

Þá er gistiríkinu heimilt að krefjast þess að þjónustuaðilinn veiti þjónustukaupa upplýsingar um það hvort og þá hvernig tryggingum hans sé háttað vegna tjóns sem hann kann að valda í störfum sínum.

3. VARANLEG STAÐFESTA Í GISTIRÍKI

3.1 Inngangur

Í III. hluta tilskipunarinnar er fjallað um viðurkenningu starfsréttinda í þeim tilvikum þegar ríkisborgari aðildarríkis flytur til annars aðildarríkis með það fyrir augum að

hafa þar varanlega staðfestu.⁶⁹ Byggt er á þeim reglum sem gilt hafa fram til þessa samkvæmt þremur kerfum um viðurkenningar starfsréttinda. Um viðurkenningu starfsréttinda samkvæmt þessum kerfum er nú fjallað í köflum 1., 2. og 3.

Í 1. kafla eru reglur um almennt kerfi til viðurkenningar á námi, (10. til 15. gr.) sem beita má um starfsgreinar sem ekki er fjallað sérstaklega um annars staðar í tilskipuninni og í þeim tilvikum er umsókn um viðurkenningu starfsréttinda uppfyllir ekki skilyrði skv. 2. eða 3. kafla. Í 2. kafla er fjallað um viðurkenningu starfsréttinda þar sem byggt er á starfsreynslu umsækjanda (16. til 20. gr.). Undir þennan kafla falla einkum ýmsar starfsstéttir iðnaðarmanna. Að uppfylltum þeim skilyrðum sem tilskipunin kveður á um varðandi starfstíma umsækjandans í viðkomandi starfsgrein á hann kröfu um sjálfkrafa viðurkenningu starfsréttinda sinna. Í 3. kafla eru reglur um sjálfkrafa viðurkenningu prófskírteina í þeim starfsgreinum þar sem aðildarríkin hafa komið sér saman um samræmingu á lágmarkskröfum um nám (21. til 49. gr.). Í þeim tilvikum nægir að umsækjandi um viðurkenningu starfsréttinda framvísi prófskírteini sem uppfyllir þær lágmarkskröfur sem tilgreindar eru í 3. kafla og viðaukum tilskipunarinnar. Hér verður fyrst lýst ákvæðum 3. kafla, svo 2. kafla og loks ákvæðum 1. kafla III. hluta.

3.2 Kerfi sjálfkrafa viðurkenningar starfsréttinda

Í 3. kafla eru ákvæði um sjálfkrafa viðurkenningu starfsréttinda er byggir á samræmingu í aðildarríkjunum á lágmarks námskröfum í eftirtöldum starfsgreinum á heilbrigðissviði, þ.e. fyrir lækna (24. til 30. gr.), hjúkrunarfræðinga í almennri hjúkrun (31. til 33. gr.), tannlækna (34. til 37. gr.), dýralækna

⁶⁸ Síðast breytt með tilskipun 2004/66/EB.

⁶⁹ Evrópuðómstóllinn hefur skilgreint hugtakið staðfestu samkvæmt stofnsáttmála sambandsins sem raunverulega

og ótímabundna iðkun efnahagslegrar starfsemi fyrir tilstilli fastrar starfsstöðvar í öðru aðildarríki. C-221/89. Factortame II. 1991 ECR I-3905, málsgrein 20.

(38. til 39. gr.), ljósmæður (40. 43. gr.) og lyfjafræðinga (44. og 45. gr.).⁷⁰ Undir þennan kafla falla einnig starfsréttindi arkitekta (46. til 49. gr.). Tilskipunin gerir ekki verulegar breytingar á þeim reglum sem gilt hafa um þessar starfsgreinar fram til þessa samkvæmt svokölluðum starfsgreinatilskipunum.⁷¹

Um skyldu aðildarríkja til að veita sjálfkrafa viðurkenningu starfsréttindum í þessum starfsgreinum er fjallað í 21. gr. Þar kemur fram að sérhverju aðildarríki beri að viðurkenna prófskirteini, vottorð og annan vitnisburð um formlega menntun og hæfi í framangreindum starfsgreinum, sem önnur aðildarríki veita ríkisborgurum aðildarríkja og veita viðkomandi einstaklingum rétt til að hefja og stunda störf í þeim starfsgreinum á þeirra yfirráðasvæði, með sama hætti og það hefði sjálft veitt viðkomandi starfsréttindi. Skilyrði er að þessar starfsgreinar svari til ákvæða í viðauka V við tilskipunina og uppfylltar séu þær kröfur um lágmarksmenntun sem mælt er fyrir um í 24., 25., 31., 34., 35., 38., 44. og 46. gr. Að þeim skilyrðum uppfylltum verður að veita umsækjanda sjálfkrafa viðurkenningu á rétti hans til að starfa í viðkomandi starfsgrein í gistiríkinu. Þetta þýðir m.a. að starfsleyfi lækna, hjúkrunarfræðinga, tannlækna, ljósmæðra og lyfjafræðinga sem veitt hafa verið í einu aðildarríki sambandsins gilda einnig í öðrum aðildarríkjum þess.

Tilskipunin byggir á samræmingu á lágmarkskröfum til menntunar í þessum starfsgreinum sem aðildarríkin hafa orðið ásátt um. Um fulla samræmingu á námi er ekki að ræða, enda leggur stofnsáttmáli

Evrópusambandsins bann við því að gengið sé svo langt í samræmingu náms að í því felist skerðing á fullveldi aðildarríkjanna til að fjalla með sjálfstæðum hætti um þær námskröfur sem þau vilja að gildi í einstökum starfsgreinum.

Í 23. gr. tilskipunarinnar er fjallað um réttarstöðu þeirra sem öðluðust starfsréttindi í einhverri þeirra sjö starfsgreina sem falla undir 3. kafla, á grundvelli náms sem í dag myndi ekki uppfylla þær lágmarkskröfur sem tilskipunin mælir fyrir um. Ef umsækjandi hefur lokið námi sem hófst fyrir tilteknar viðmiðunardagsetningar, sem sérstaklega eru tilgreindar fyrir hverja starfsgrein, ber aðildarríkjunum að viðurkenna starfsréttindi sem hlutaðeigandi aðildarríki veitti á grundvelli þess náms. Skilyrði er að þessum vitnisburði fylgi staðfesting um að umsækjandinn hafi í raun og með löglegum hætti starfað í viðkomandi starfsgrein í a.m.k. 3 ár samfelt á síðustu fimm árum.⁷²

3.3 Almennt kerfi um viðurkenningu á starfsreynslu

3.3.1 Gildissvið

Í 2. kafla III. hluta er fjallað um viðurkenningu starfsréttinda þar sem byggt er á starfsreynslu í ákveðnum greinum viðskipta, handverks og iðnaðar, sbr. nánari upptalningu í IV. viðauka tilskipunarinnar.⁷³ Til grundvallar ákvæðum þessa kafla liggur ekki samræming á námi í viðkomandi starfsgreinum. Hér er fyrst og fremst horft til þess hve lengi umsækjandinn hefur starfað í viðkomandi starfsgrein, sem sjálfstætt

70 Aðrar starfsstéttir innan heilbrigðisþjónustunnar falla hins vegar undir hið almenna kerfi viðurkenningar. Hér á landi myndi það t.a.m. eiga við um félagsráðgjafa, geislafræðingar, hnykkja, iðjubjálfa, matvælafræðinga, osteópata, sálfræðinga, sjóntækjafraeðinga, sjúkraliða, sjúkrajálfara, tannfræðinga og proskabjálfa. Sjá nánar lög um starfsheiti og starfsréttindi heilbrigðisstétta nr. 24/1985, með síðari breytingum.

71 Læknar (93/16/EBE), hjúkrunarfræðingar (77/452/EBE og 77/453/EBE), tannlæknar (78/686/EBE, og 78/687/EBE), dýralæknar (78/1026/EBE og 78/1027/EBE) og ljósmæður (80/154/EBE og 80/155/EBE). Flestum þessum tilskipunum hafði verið breytt. Fyrr tilskipunin hafði að geyma ákvæði um

samræmingu á námskröfum fyrir viðkomandi starfsréttindi en síðari tilskipunin fjallaði um viðurkenningu starfsréttinda. Tilskipunir um lækna voru sameinaðar í eina árið 1993.

72 Í 2. til 5. mgr. 23. gr. er sérstök bráðabirgðaákvæði vegna starfsréttinda sem veitt voru á sínum tíma af stjórnmöldum í ríkjum Austur-Evrópu (fyrirum lýðveldi Austur-Pýskalands, fyrirum lýðveldi Tékkóslóvakíu, rússneskar prófgráður veittar ríkisborgurum Eistlands, Lettlands og Litháen og fyrirum Júgóslavía).

73 Ákvæði 16.- 19. gr. 2. kafla eiga sér samsvörin í 4. gr. tilskipunar 1999/42/EB.

starfandi einstaklingur og/eða launamaður. Þá getur nám sem hann hefur stundað í viðkomandi starfsgrein nýst honum til að uppfylla lágmarkskröfur um starfstíma.⁷⁴

Ákvæði þessa kafla byggja á því sjónarmiði að hafi einstaklingur heimild til starfa innan viðkomandi starfsgreinar í sínu heimaríki skuli hann einnig talinn hafa heimild til að starfa innan hennar í öðrum aðildarríkjum. Það er hins vegar ekki sjálfgefið að umfjöllun þar til bærra stjórnvalda um gögn þau sem umsækjandi leggur fram um starfstíma sinn, og/eða nám eftir atvikum, leiði til þess að starfsréttindi hans verði viðurkennd. Þessi hópur hefur því ekki sömu tryggingu um viðurkenningu sinna starfsréttinda, og gildir um þá sem starfa innan starfsgreina skv. 3. kafla.

3.3.2 Starfsgreinar og skilyrði

Í 17. gr. eru skilgreind viðmið um starfsreynslu og nám í þeim starfsgreinum sem taldar eru upp í lista I við viðauka IV. Á þeim lista er m.a. að finna störf í vefnaðariðnaði, prentiðni, störf við framleiðslu véla og tækja af ýmsu tagi, störf í efnaðnaði og byggingariðnaði og ýmis störf á sviði matvælaframleiðslu.⁷⁵

Skilyrði viðurkenningar eru einkum þau að umsækjandi hafi starfað sem sjálfstætt starfandi einstaklingur eða framkvæmdastjóri fyrirtækis í einhverri þessara starfsgreina í a.m.k. 6 ár samfelld. Tveggja til þriggja ára nám á viðkomandi starfsgreinasviði getur komið til frádráttar og myndar þá þriggja ára starfstími sem sjálfstætt starfandi einstaklingur og fimm ára starfstími sem launamaður grundvöll að viðurkenningu starfsréttinda. Fimm ár

í yfirmannstöðu, þar af þrjú ár við úrlausn tæknilegra viðfangsefna og ábyrgð á rekstri deildar innan fyrirtækis auk a.m.k. þriggja ára náms getur einnig verið grundvöllur að viðurkenningu starfsréttinda.⁷⁶

Í 18. gr. eru með sama hætti og að framan greinir skilgreind viðmið um starfsreynslu og nám fyrir þær starfsgreinar sem taldar eru upp í lista II við viðauka IV. Starfsgreinar á þeim lista eru m.a. skipasmíði og viðgerðir, fjarskipti og ýmis svið persónulegrar þjónustu, s.s. ljósmyndunar.⁷⁷

Í þessum starfsgreinum er gerð krafa um að umsækjandi hafi starfað sem sjálfstætt starfandi einstaklingur eða framkvæmdastjóri fyrirtækis í a.m.k. 5 ár. Viðurkenning getur einnig verið byggð á þriggja ára starfsreynslu ásamt þriggja ára námi annars vegar eða fjórum árum í starfsgreininni og 2 ára námi hins vegar. Þá getur umsækjandi einnig byggt á því að hann hafi í fimm ár starfað sem launamaður í viðkomandi starfsgrein en eigi auk þess þrjú ár að baki í greininni sem sjálfstætt starfandi einstaklingur eða framkvæmdastjóri. Ef viðkomandi hefur einungis starfað sem launamaður í starfsgreininni er það skilyrði sett að hann leggji fram gögn um a.m.k. þriggja ára nám í greininni. Hafi hann starfað í greininni í sex ár nægir a.m.k. 2 ára nám.⁷⁸

Í 19. gr. er loks fjallað um þau skilyrði sem uppfylla verður sækir menn um viðurkenningu á starfsréttindum í starfsgreinum sem taldar eru upp í lista III við viðauka IV. Störf á þeim lista eru m.a. á sviði heilðsölu, umboðsmennsku á ýmsum sviðum viðskipta, smásölu, fjármálaþjónustu, afþreyingu o.fl.⁷⁹

74 Allt undanfarandi nám verður að vera staðfest með vitnisburði/ prófskírteini þar til bærs stjórnvalds í heimaríkinu eða vottað af viðkomandi starfsgreinafélagi.

75 Þessar starfsgreinar féllu áður undir tilskipanir 64/427/EBE, (breyting 69/77/EBE), og tilskipanir 68/366/EBE og 82/489/EBE.

76 Þegar umsókn um viðurkenningu starfsréttinda skv. 17. gr. er byggð á sex ára starfstíma sem sjálfstætt starfandi einstaklingur/framkvæmdastjóri eða þremur árum sem sjálfstætt starfandi og fimm árum sem launamaður er það skilyrði sett að þeim starfstíma hafi ekki verið lokið fyrir meira en 10 árum miðað við þann dag sem umsókn um viðurkenningu er lögð fram.

77 Á þessum listum er að finna starfsgreinar sem féllu áður undir tilskipanir 75/368/EBE, 75/369/EBE, 82/470/EBE, 75/369/EBE og 82/470/EBE.

78 Þegar umsókn um viðurkenningu starfsréttinda skv. 18. gr. er byggð á fimm ára starfstíma sem sjálfstætt starfandi einstaklingur/framkvæmdastjóri eða sex ára starfstíma sem launamaður er það skilyrði sett að þeim starfstíma hafi ekki verið lokið fyrir meira en 10 árum miðað við þann dag sem umsókn um viðurkenningu er lögð fram.

79 Á þessum lista er að finna starfsgreinar sem féllu áður undir tilskipanir 64/222/EBE, 68/364/EBE, 68/368/EBE, 75/368/EBE, 75/369/EBE, 70/523/EBE og 82/470/EBE.

Kröfur um starfstíma, ýmist sem sjálfstætt starfandi einstaklingur eða launamaður, eru vægari skv. þessari grein samanborið við 17. og 18. gr.

3.4 Almennt kerfi um viðurkenningu á námi

3.4.1 Gildissvið

Í 1. kafla III. hluta, þ.e. greinum 10. til 15., eru reglur um almennt kerfi til viðurkenningar á námi sem eru svo að segja spegilmynd þeirra reglna sem áður var að finna í tilskipunum 89/48/EBE⁸⁰ og 92/51/EBE.⁸¹

Samkvæmt 10. gr. tilskipunarinnar gilda ákvæði 1. kafla um þær starfsgreinar sem falla ekki undir 2. og 3. kafla. Þá gilda ákvæði kaflans einnig í þeim tilvikum þegar umsækjandi uppfyllir af einhverjum ástæðum ekki þær kröfur sem gerðar eru samkvæmt 2. og 3. kafla.

Greint er á milli fimm flokka náms sem byggja má umsókn um viðurkenningu starfsréttinda á:

- a) Staðfesting á hæfni á grundvelli upplýsinga um þátttöku í stuttu námskeiði, þriggja ára samfelldri atvinnuþátttöku á síðustu 10 árum, eða almennrar þekkingar úr námi á grunn- eða framhaldskólastigi sem hefur ekki verið grundvöllur að útgáfu prófskírteinis.⁸²
- b) Vottorð er staðfestir að umsækjandi hafi lokið námi á framhaldsskólastigi auk starfsþjálfunar.⁸³
- c) Prófskírteini sem veitt er á grundvelli þriggja ára náms og aðgangur að starfsgrein er almennt bundinn því skilyrði að einstaklingur sé með stúdentspróf eða annað nám á framhaldsskólastigi.⁸⁴

d) Prófskírteini er staðfestir a.m.k. 3 ára námá háskólastigi, i æðri menntastofnun eða annarri sambærilegri menntastofnun.⁸⁵

e) Prófskírteini sem staðfestir nám á háskólastigi eða í æðri menntastofnun sem hefur staðið í a.m.k. 4 ár.⁸⁶

Viðurkenning starfsréttinda sem reist verður á ákvæðum þessa kafla felur það í sér að gerður er samanburður á þeirri starfsgrein sem umsækjandi starfar innan í sínu heimaríki og því námi sem hann hefur stundað annars vegar og þeirri starfsgrein hins vegar sem hann vill starfa innan í gistiríkinu og þeim námskröfum sem þar gilda. Gengið er út frá því að líkur séu fyrir að sá samanburður leiði það í ljós að nám umsækjandans samræmist því námi sem liggur til grundvallar útgáfu starfsréttinda í sömu starfsgrein í gistiríkinu. Viðurkenningin snýst þannig um mat á námi umsækjandans en ekki að hann sé handhafi prófgráðu sem uppfyllir tiltekin formskilyrði eins og gildir þegar viðurkenning fer fram samkvæmt ákvæðum 3. kafla.

Í tilviki þeirra starfsgreina sem falla undir 1. kafla hefur einfaldlega verið horfið frá því að gera tilraun til að samræma lágmarkskröfur um nám með þeim hætti sem áður var gert samkvæmt starfsgreinatilskipunum, sbr. 3. kafla tilskipunarinnar. Þess í stað er lögð áhersla á viðurkenna nám og námstíma samkvæmt því flokkunarkerfi sem skilgreint er í 11. gr.

3.4.2 Skilyrði viðurkenningar

Samkvæmt 1. og 2. mgr. 13. gr. gilda ólíkar reglur um viðurkenningu starfsréttinda eftir því hvort viðkomandi starfsgrein er lögvernduð í heimaríki umsækjandans eða ekki. Njóti starfsgreinin ekki lögverndunar

80 Tilskipun 89/48/EBE um almennt kerfi til viðurkenningar á prófskírteinum sem veitt eru að lokinni sérfræðimenntun og starfsþjálfun á æðra skólastigi sem staðið hefur að minnsta kosti í þrjú ár.

81 Tilskipun 92/51/EBE um annað almennt kerfi til viðurkenningar á starfsmenntun og starfsþjálfun til viðbótar

tilskipun 89/48/EBE.

82 a-liður 1. mgr. 11. gr.

83 b-liður 1. mgr. 11. gr.

84 c-liður 1. mgr. 11. gr.

85 d-liður 1. mgr. 11. gr.

86 e-liður 1. mgr. 11. gr.

í heimaríkinu verður að leggja fram gögn er staðfesta að hann hafi starfað í viðkomandi starfsgrein í einhverju aðildarríkjanna í a.m.k. 2 ár á síðustu 10 árum. Það er ennfremur skilyrði að umsækjandi leggi fram gögn er staðfesta að hann hafi fengið einhverja þjálfun til að starfa innan viðkomandi starfsgreinar, sbr. c-lið 2. mgr. 13. gr.

Það er hins vegar ekki gerð krafa um 2ja ára starfsreynslu ef umsækjandi leggur fram gögn er staðfesta að hann hafi stundað nám sem er lögverndað og notið þjálfunar (e. regulated education and training) í skilningi e-liðar 1. mgr. 3. gr. í þeim flokkum sem vísað er til í staflíðum b., c., d. eða e. II. gr.

Umsækjandi sem hefur stundað nám sem er a.m.k. einu ári skemmra en krafa er gerð um í gistiríkinu á engu að síður rétt á viðurkenningu starfsréttinda sinna. Ef munurinn á námstíma er hins vegar meiri kemur til álita að hann verði að uppfylla tiltekna viðbótarkröfur skv. a-lið 1. mgr. 14. gr.⁸⁷

3.4.3 Viðbótarkröfur

Aðildarríkjum er við ákveðnar aðstæður heimilt að gera þá kröfu að umsækjandi um viðurkenningu starfsréttinda verði að uppfylla svokallaðar viðbótarkröfur í formi aðlögunartíma undir handleiðslu fagmanns eða taki próf er staðfesti hæfni hans í viðkomandi starfsgrein, sbr. 14. gr. Eins og hér hefur verið minnst á hefur lítið miðað í átt til samræmingar á námskröfum fyrir einstakar starfsgreinar í aðildarríkjum sambandsins. Til að bæta fyrir þennan mun á námskröfum gerir tilskipunin ráð fyrir þeim möguleika að þau aðildarríki sem meiri kröfur gera á þessu sviði geti farið fram á að

ríkisborgarar aðildarríkja sem minni kröfur gera gangist undir svokallaðar viðbótarkröfur sbr. 14. gr. aður en starfsréttindi þeirra verða viðurkennd. Tilskipunin lætur það hins vegar ósagt í hverju slíkar viðbótarkröfur geti verið fólgnar. Þá geta þessar kröfur sömuleiðis verið mjög breytilegar milli ríkja. Þessi staða getur valdið bæði launamönnum og sjálfstætt starfandi einstaklingum ákveðinni óvissu þegar í hlut eiga starfsgreinar sem falla undir 1. kafla tilskipunarinnar.

Beiting þessarar heimildar er háð því skilyrði að verulegur munur sé á því námi sem umsækjandi hefur stundað og því námi sem leggja verður stund á í gistiríkinu til að öðlast starfsréttindi í viðkomandi starfsgrein. Skal umsækjandinn þá eiga val um það hvort hann gengst undir hæfnispróf eða aðlögunartíma.⁸⁸ Ef gistiríkið hyggst fara fram á að umsækjandi gangist undir slíkar viðbótarkröfur verður það að fyrst að rannsaka hvort þekking sem hann kann að hafa öðlast á grundvelli starfsreynslu sinnar nái ekki fyllilega eða að hluta til að brúa þetta bil.⁸⁹

3.4.4 Sameiginlegur vettvangur

Til að draga úr þeirri óvissu sem getur skapast þegar kröfur aðildarríkja til menntunar í starfsgrein eru ósambærilegar/ ósamræmdar, kynnir tilskipunin til sögunnar „common platform“, sbr. 15. gr. Því er ætlað að draga úr þörf aðildarríkja á að beita viðbótarkröfum skv. 14. gr. með því að skilgreina fyrirfram þær lágmarkskröfur sem umsækjandi um viðurkenningu starfsréttinda þarf að uppfylla svo komast megi hjá því að láta hann undirgangast viðbótarkröfur í gistiríkinu. Með því móti megi auka flæði

87 Sú regla sem áður gilti skv. í a-lið 1. mgr. 4. gr. tilskipunar 89/48/EBE og tilskipun 92/51/EBE, þess efnis að munur á námstíma milli heimaríkis og gistiríkis gæti verið grundvöllur að höfnun viðurkenningar á starfsréttindum með vísan til þess að umsækjandi gæti ekki sýnt fram á viðbótar starfsreynslu í heimaríkinu gildir ekki lengur skv. tilskipun 2005/36/EB.

88 Aðlögunartími (e. adaptation period) er í g-lið 1. mgr. 3. gr. skilgreindur sem iðkun lögverndaðrar starfsgreinar í gistiríki undir eftirliti aðila sem hefur réttindi í þeirri starfsgrein,

hugsanlega auk frekari þjálfunar. Hugtakið hæfnispróf (e. aptitude test) er hins vegar skilgreint sem prófun á þekkingu umsækjanda á viðkomandi starfsgrein sem framkvæmd er af þar til bæru yfirvaldi í gistiríki í þeim tilgangi að meta hæfi hans til að iðka starf í lögverndari starfsgrein.

89 Það er einnig heimilt að fara fram á það að umsækjandinn sýni fram á að hann búi yfir þekkingu á þeirri löggjöf sem um gildir um viðkomandi starfsgrein, að því tilskildu að sömu kröfur séu gerðar gagnvart ríkisborgurum gistiríkisins.

fagstétta milli aðildarríkjanna, með því annars vegar að bjóða upp á hraðari og einfaldari málsmeðferð og hins vegar með því að skapa ríkisborgurum aðildarríkjanna aukna lagalega vissu fyrir því hvaða svör þeir muni fá sæki þeir um viðurkenningu á sínum starfsréttindum.

Tilskipunin skilgreinir „common platform” sem ákveðnar lágmarksviðmiðanir um nám sem álitíð er að geti vegið uppi þann mikla mun sem kemur í ljós að er fyrir hendi á námi og/eða starfsþjálfun sem kröfur eru gerðar um í ákveðnum starfsgreinum í aðildarríkjum sambandsins. Gert er ráð fyrir því að einstök starfsgreinafélög og samtök þeirra á Evrópuvísu og/eða aðildarríkin sjálf hafi frumkvæði að því að kortleggja þær reglur sem gilda fyrir einstakar starfsgreinar í aðildarríkjunum, þ.m.t. á hvaða skólastigi nám fyrir þær starfsgreinar er stundað, þær námskröfur sem gerðar eru og hvert sé starfsvið viðkomandi starfsgreinar.⁹⁰

Þarf sú könnun að ná til a.m.k. 2/3 hluta aðildarríkja, þar af til allra þeirra ríkja þar sem viðkomandi starfsgrein nýtur lögverndunar. Leiði könnunin í ljós að verulegur munur (e. substantial difference) er á námskröfum milli aðildarríkjanna þá er gert ráð fyrir því að hlutaðeigandi starfsgreinafélög reyni með samkomulagi sín á milli að skilgreina tiltekna lágmarkskröfur á því sviði, þ.e. „common platform”. Lokastigið í þessu ferli er staðfesting framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins á niðurstöðunni, en um þá staðfestingu ber að hafa samráð við aðildarríkin.⁹¹ Það er sérstaklega tekið fram að starfsgreinafélög og samtök þeirra á Evrópuvísu geti ekki með þessari aðferð knúið einstök aðildarríki til að breyta reglum eða samræma þær reglum í öðrum ríkjum. Er þessari vinnu einungis ætlað að skilgreina fyrirfram þær lágmarkskröfur

sem umsækjandi um viðurkenningu starfsréttinda þurfi að uppfylla svo komast megi hjá því að láta hann undirgangast viðbótarkröfur í gistiríkinu, sbr. 14. gr.⁹²

3.5 Sameiginlegar reglur

4. kafli geymir sameiginlegar reglur sem ná til allra flokka starfsréttinda sem sótt er um viðurkenningu á innan ramma staðfesturéttarins, sbr. 1. til 3. kafla III. hluta.

3.5.1 Skjalakröfur

Í 50. gr. og VII. viðauka tilskipunarinnar eru talin upp þau atriði sem aðildarríki getur farið fram á að umsækjandi um viðurkenningu starfsréttinda leggi fram. Þar fer fyrst að hann leggi fram gögn er staðfesta þjónðerni hans. Í öðru lagi að hann leggi fram afrit af vitnisburði um starfsréttindi sín eða þá menntun sem veitir aðgang að viðkomandi starfsgrein í heimaríkinu (ásamt upplýsingum um starfsreynslu, ef við á). Heimilt er að óska eftir öðrum gögnum til staðfestingar á því námi sem umsækjandi kveðst hafa stundað. Í þriðja lagi er kveðið á um að þeim tilvikum þegar aðildarríki bindur heimild manna til að starfa í lögverndaðri starfsgrein skilyrðum um að þeir leggi fram yfirlýsingu/staðfestingu um að þeir hafi ekki orðið gjaldþrota, eða bannar iðkun þeirrar starfsgreinar vegna alvarlegra ávirðinga í starfi eða vegna afbrots, þá ber gistiríkinu að taka sem fullgilda sönnun, að því er varðar ríkisborgara annarra aðildarríkja, framvísun skjala sem lögbær yfirvöld leggja fram og votta að þessi skilyrði hafi verið uppfyllt. Loks er í fjórða lagi mælt fyrir um þá reglu að þegar aðildarríki krefst þess að handhafi starfsréttinda á ákveðnu sviði uppfylli tiltekna kröfur um fjárhagslegt hæfi eða að hann sé með ábyrgðartryggingu þá skuli aðildarríkið leggja að jöfnu gögn sem útgefin eru af fjármálastofnunum í öðrum

⁹⁰ Starfsgreinafélögin hafa sjálfðæmi um það hvort þau haldi í leiðangur samkvæmt 15. gr. tilskipunarinnar og þá gildir þessi aðferð ekki um þær starfsgreinar sem falla undir 3. kafla í III. hluta tilskipunarinnar.

⁹¹ Sjá hér einnig 58. gr. tilskipunarinnar.

⁹² Nánar er fjallað um markmiðið þessarar samræmingarvinnu undir formerkjum sameiginlegs vettvangs starfsgreina í 16. gr. formála tilskipunarinnar.

aðildarríkjum er staðfesta sambærilegar tryggingar og fjárhagslega stöðu viðkomandi einstaklings.

3.5.2 Málsmæðferð við viðurkenningu starfsréttinda

Í 51. gr. eru ákvæði um sjálfa málsmæðferðina. Staðfesta ber móttöku á umsókn innan mánaðar frá því hún berst hlutaðeigandi stjórnvaldi og skal umsækjandi þá jafnframt upplýstur um það hvort einhver gögn skorti með umsókninni. Umsóknin skal afgreidd eins fljótt og kostur er og ekki seinna en þremur mánuðum frá móttöku hennar. Framlengja má þann frest um einn mánuð þegar sótt er um viðurkenningu starfsréttinda sem falla undir 1. og 2. kafla III. hluta. Þá er einnig kveðið á um að málskotsréttur umsækjanda skuli tryggður í samræmi við lög gistiríkisins, fari svo að umsókn hans sé hafnað eða ekki afgreidd innan tilskilinna tímamarka.⁹³

3.5.3 Starfsheiti

Í 52. gr. er tekið fram að ef réttur til bera starfsheiti í einhverjum af þeim starfsgreinum sem falla undir gildissvið tilskipunarinnar njóti lögverndar þá skuli ríkisborgarar annarra ríkja, sem hafa fengið starfsréttindi sín viðurkennd á grundvelli 1., 2. eða 3. kafla III. hluta, nota þau starfsheiti við iðkun starfa sinna í gistiríkinu. Með starfsheiti er átt við þann titil sem gistiríkið hefur viðurkennt og notaður er við iðkun starfs í viðkomandi starfsgrein.⁹⁴ Sá réttur að mega bera starfsheiti sem notað er í gistiríkinu er nýmæli miðað við þá skipan sem gilt hefur fram til þessa. Svo dæmi sé tekið úr innlendri löggjöf þá er í 2. gr. reglugerðar um viðurkenningu á starfi og starfsþjálfun í iðnaði í öðru EES-ríki nr.

495/2001, sbr. tilskipun 1999/42/EB, kveðið á um að í starfsréttinum felist ekki heimild til að kalla sig „meistara eða svein án nánari tilgreiningar“.

4. REGLUR UM IÐKUN STARFSINS Í GISTIRÍKINU

Í IV. hluta eru sameiginlegar reglur um iðkun starfs í lögverndaðri starfsgrein án tillits til þess hvort handhafi starfsréttindanna starfar í gistiríkinu á grundvelli stofnsetningarréttarins eða reglum um frelsi til að veita þjónustu.

4.1 Tungumálakunnátta

Í 53. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um að einstaklingur sem hefur fengið starfsréttindi sín viðurkennd skuli búa yfir þeirri tungumálakunnáttu sem nauðsynleg er, svo hann geti stundað viðkomandi starf í gistiríkinu. Hér er ekki um það að ræða að gistiríkið geti í öllum tilvikum gert kröfu um tungumálakunnáttu, enda er þetta atriði ekki sjálfstæður þáttur við mat á því hvort veita skuli umsækjanda viðurkenningu á starfsréttindum hans. Stjórnvöld í gistiríkinu geta m.ö.o. ekki synjað umsókn með þeim rökum að umsækjandann skorti nauðsynlega tungumálakunnáttu. Hér er fyrst og fremst verið að vísa til þess að við tiltekna aðstæður megi gera þá kröfu til einstaklings sem fengið hefur starfsréttindi sín viðurkennd að hann sanni kunnáttu sína í mæltu og/eða rituðu máli gistiríkisins.⁹⁵ 53. gr. byggir á meginreglunni um meðalhóf sem þýðir að kröfur um tungumálakunnáttu geta ekki verið þær sömu fyrir allar starfsgreinar, auk þess sem slíkar kröfur kunna að hafa mismikla þýðing eftir því á hvaða sviðum

⁹³ Sjá til hliðsjónar C-222/86 Heylens [1987] ECR-4097.

⁹⁴ Í 54. gr. er hins vegar fjallað um námstítl viðkomandi einstaklings.

⁹⁵ Slíkar kröfur eiga helst við um starfstéttir innan heilbrigðisþjónustunnar. Í atugasemdum í greinargerð með frumvarpi til laga um breytingar á lagaákvæðum á sviði heilbrigðis- og tryggingamála vegna aðildar að samningi um Evrópskt efnahagssvæði. (117. löggjafarþing. -- 86. mál.)
siger m.a. að staðfesting á starfsréttindum gefi umsækjanda

hins vegar „engan rétt til stöðuveitingar. Atvinnurekandi gæti t.d. hafnað honum á grundvelli engrar eða lélegrar íslenskukunnáttu.“ Slíkar kröfur er hins vegar hluti af umsóknarferlinu þegar beiðst er viðurkenningar á prófi sem umsækjandi hefur lokið í landi utan hins Evrópska efnahagssvæðis og Sviss. Sjá t.d. 2. gr. hjúkrunarlaga nr. 8/1974 með síðari breytingum og 3. gr. lækna laga nr. 53/1988, með síðari breytingum.

starfað er innan viðkomandi starfsgreinar. Tilskipunin tekur hér mið af túlkun Evrópudómstólsins í málinu Haim.⁹⁶ Þar var talið heimilt að gera mætti kröfur um tungumálakunnáttu tannlæknis svo tryggja mætti áreiðanleg samskipti hans og sjúklinga annars vegar og samskipti hans og stjórnvalda og fagfélaga hins vegar. Í því efni mætti þó ekki ganga lengra en nauðsyn krefði.

4.2 Námstitill

Í 54. gr. er kveðið á um að gistiríkin skuli sjá til þess að þeir sem falla undir ákvæði tilskipunarinnar eigi kost á því að nota námstitil (e. academic title) sem heimaríkið veitti þeim, á tungu heimaríkisins. Gistiríkið geti þó krafist þess að námstitlinum fylgi nánari upplýsingar, þ.m.t. um þá aðila sem veittu hann. Einnig er gert ráð fyrir heimild gistiríkisins til að grípa til ákveðinna varúðarráðstafana til að koma í veg fyrir að ruglingur verði á námstitlum. Fyrirmæli 54. gr. gilda hvort sem um starfsréttindi er fjallað samkvæmt II. eða III. hluta tilskipunarinnar. Þá verður 54. gr. ávallt beitt með fyrirvara um þærreglur sem gilda um starfsheiti gistiríkinu sbr. 52. gr. og 7. gr. tilskipunarinnar.

5. SAMVINNA AÐILDARRÍKJANNA Á STJÓRNSÝSLUSVIÐINU

5.1 Miðlun upplýsinga

Í tilskipuninni er mikil áhersla lögð á það að aðildarríkin hafi með sér nána samvinnu og veiti gagnkvæma aðstoð með það fyrir augum að auðvelda alla framkvæmd á þessu sviði. Skal sú samvinna m.a. ná til miðlunar á upplýsingum um opinber viðurlög sem

umsækjendur hafa verið beittir á þessu sviði og/eða tengjast rannsóknum mála sem haft geta áhrif á rétt þeirra til að iðka þau störf sem falla undir gildissvið tilskipunarinnar.⁹⁷ Aðildarríkjum ber að tilnefna þar til bær stjórnvöld sem hafi það hlutverk að veita eða taka við upplýsingum og/eða umsóknum um viðurkenningu á starfsréttindum í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar.⁹⁸ Þá er gert ráð fyrir að hvert aðildarríki skipi samræmingaraðila (f. coordinateur) með framkvæmd tilskipunarinnar hjá þeim stjórnvöldum sem starfa á þessu sviði.⁹⁹ Hann hafi það hlutverk að safna upplýsingum um þær reglur og skilyrði sem snúa að réttinum til að starfa í einstökum starfsgreinum. Þá er mælt fyrir um að greiða skuli fyrir aðgengi borgaranna að nauðsynlegum upplýsingum á þessu sviði og þeim leiðbeint um hvaða stofnanir í aðildarríkjunum séu til þess bærar að fjalla um starfsréttindi þeirra samkvæmt tilskipuninni.¹⁰⁰

Þessi ákvæði um samvinnu aðildarríkjanna ná til starfsréttinda hvort heldur iðkun starfsins fellur undir reglur um tímabundna þjónustu eða stofnsetningarréttinn.¹⁰¹

5.2 58. gr. nefndin

Sérstök nefnd um viðurkenningu starfsréttinda¹⁰², svokölluð 58. gr. nefnd, verður framkvæmdastjórn ESB til ráðgjafar á þessu sviði. Mun hún m.a. taka yfir þau verkefni sem áður voru í höndum nefnda sem fjölluðu um uppfærslu á starfsgreina-tilskipunum. Meðal annarra verkefna má nefna umfjöllun um þá niðurstöðu sem starfsgreinafélög í aðildarríkjum sambands-

96 C-424/97. Haim.[2000] ECR I-5123.

97 Sjá nánar 1. og 2. mgr. 56. gr. Tekið er fram að miðlun upplýsinga milli ríkja verði að standast kröfur um meðferð persónuupplýsinga, sbr. tilskipun Evrópusambandsins

95/46/EB um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga annars vegar og tilskipun 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafræna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti) hins vegar.

98 3. mgr. 56. gr.

99 4. mgr. 56. gr.

100 57. gr.

101 Samvinna aðildarríkjanna á þessu sviði fellur einnig að því upplýsingakerfi sem Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins kom á fót árið 2005 undir heitinu „Internal Market Information“ (IMI). Er því kerfi ætlað að auðvelda miðlun upplýsinga milli aðildarríkjanna um málefni tengd innri markaði sambandsins. Sem lið í prófun kerfisins hefur það verið notað sem pilot verkefni við miðlun upplýsinga á sviði fjögurra lögverndaðra starfsgreina, þ.e. lækna, lyfjafræðinga, endurskoðendur og sjúkrahjálfun.

102 Committee on the recognition of professional qualifications.

ins verða ásátt um samkvæmt reglum um sameiginlegan vettvang, sbr. 15. gr. tilskipunarinnar.

6. LOKAORÐ

Samkvæmt upplýsingum frá menntamálaráðuneytinu er vinna hafin við innleiðingu tilskipunarinnar í samstarfi við hlutaðeigandi fagráðuneyti. Ekki liggur fyrir hvenær áætlað er að þeirri vinnu ljúki né hvaða stefnu verður fylgt um endurskoðun laga sem lögverndun starfsréttinda er reist á.

Eins og hér hefur komið fram byggir hin nýja tilskipun að verulegu leyti á þeim reglum sem gilt hafa á þessu sviði í aðildarríkjunum fram til þessa. Það er því ekki brýn nauðsyn til að fara í miklar breytingar á þeirri löggjöf sem hér hefur tekið gildi um þetta efni á grundvelli EES-samningsins. Við innleiðingu tilskipunarinnar kemur því helst til álita að byggja á þeirri löggjafarstefnu sem fylgt hefur verið og uppfæra lög um lögverndun starfsréttinda fyrir einstakar starfsgreinar þannig að hún samræmist ákvæðum hennar. Hinn kosturinn er sá að nota tilefnið sem nú gefst og velta upp nýjum möguleikum varðandi framsetningu þessara reglna í íslenskum rétti. Þannig kemur til álita að setja í eina heildstæða löggjöf reglur sem snúa að viðurkenningu starfsréttinda þegar í hlut eiga EES-rikisborgarar sem og rikisborgarar annarra ríkja. Um leið yrðu felld úr gildi sambærileg ákvæði sem nú er að finna í þeim lögum sem veita starfsréttindum ákveðinna starfshópa lögverndun, þ.á.m. iðnaðarmönnum og starfsstéttum á heilbrigðissviði. Í stað þeirra kæmi tilvísun til nýrrar heildstæðrar löggjafar um þetta sérstaka efni.

Þannig fengju erlendir rikisborgarar, og þeirra atvinnurekendur eftir atvikum, á einum stað skýra leiðsögn um þau skilyrði sem fullnægja þarf til að mega starfa hér á

landi í starfsgreinum sem njóta lögverndunar. Með slíkri löggjöf mætti einnig ná betur utan um það verkefni að greina á milli reglna um viðurkenningu starfsréttinda eftir því hvort umsækjandi hyggst beita þeim samkvæmt ákvæðum stofnsáttmála Evrópusambandsins og samsvarandi ákvæða EES-samningsins um tímabundna veitingu þjónustu hér á landi eða reglna um varanlega staðfestu.

Ein heildstæð löggjöf á þessu sviði gæti einnig verið rammi um það verkefni stjórnvalda að auka gagnsæi og skilvirkni stjórnsýslunnar á þessu sviði, án þess þó að slegið væri af kröfum um eftirlit hins opinbera og fagfélaga með gæðum og öryggi þjónustu sem veitt er á einstökum sviðum. Í því efni mætti horfa til markmiða ríkisstjórnarinnar um betri og einfaldari stjórnsýslu í samræmi við markmið hennar um Einfaldara Ísland.¹⁰³

¹⁰³ Sjá nánar um það verkefni á heimasíðu forsætisráðuneytisins; www.forsaetisraduneyti.is/

HEIMILDASKRÁ

Tilskipanir, bækur o.fl.

Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications.

Upplýsingasíða Framkvæmdastjórnarinnar um innri markað sambandsins. http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/index_en.htm

Transposition guide. Directive 2005/36/EC on the Recognition of Professional Qualifications with comments. Brussels, 10 March 2006. MARKT D/3412/2006/EN.

Communication from the Commission to the Spring European Council. Strategic report on the renewed Lisbon strategy for growth and jobs: launching the new cycle (2008-2010) Keeping up the pace of change. Brussels, 11.12.2007 COM(2007) 803 final.

Catherine Barnard. The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms. Oxford University Press. 2004.

Ruth Nielsen: Europæisk arbejdsret. DJØFs Forlag 2003.

Evrópudómstóllinn

115/78. Knoors. [1979] ECR-399.

C-222/86. Heylens. [1987] ECR-4097.

C-61/89. Bouchoucha. [1990] ECR I-3551.

C-221/89. Factortame II. [1991] ECR I-3905.

C-340/89. Vlassopoulou. [1991] ECR I-2357.

C 76/90. Säger. [1991] ECR I-4221.

C-19/92. Kraus. [1993] ECR I-1663.

C-55/94. Gebhard. [1995] ECR I-4165.

C-18/95. Terhoeve. ECR [1999] I-345.

C-225/95. Kapasakalis. ECR [1998] I-4239

C-424/97. Haim. [2000] ECR I-5123.

C-238/98. Hoczman. [2000] ECR I-6623.

C-110/01. Malika Tennah-Durez. [2003] ECR I-6239.

C-215/01. Schnitzer. [2003] ECR-14847.

C-171/02. Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal. [2004] ECR I-5645.

C-330/03. Giuliano Mauro Imo. 19. janúar 2006.



Lilja Björg Arngrímsdóttir,
útskrifaðist úr fyrsta útskriftarárgangi
lagadeildar Háskólans í Reykjavík.
Starfar sem lögfræðingur hjá Landsbanka
Íslands hf.

SKYLDUR
FJÁRMÁLAFYRIRTÆKJA
Í AÐGERÐUM GEGN
PENINGAÞVÆTTI OG
FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA

I	INNGANGUR	173
2	LÖGGJÖF UM AÐGERÐIR GEGN PENINGAÞVÆTTI OG FJÁRMÖGNUN	
	HRYÐJUVERKA	173
	2.1. Aðdragandi lagasetningu	173
	2.2. Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka	174
	2.2.1. Almenn	174
	2.2.2. Breytingar frá eldri lögum um peningabætti	174
3	ALÞJÓÐASAMSTARF	174
	3.1. Almenn	174
	3.2. Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)	175
	3.3. Tilskipanir Evrópuþingsins og Ráðsins	176
	3.3.1. Tilskipun 91/308/EBE	176
	3.3.2. Tilskipun 2001/97/EB	177
	3.3.3. Tilskipun 2005/60/EB	177
4	PENINGAÞVÆTTI OG FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA	178
	4.1. Hvað er peningabætti?	178
	4.2. Hvað er fjármögnun hryðjuverka?	180
	4.3. Hvernig er fjármunanna aflað?	181
	4.3.1. Almenn	181
	4.3.2. Fikniefnaviðskipti	181
	4.3.3. Verslun með fólk	182
	4.3.4. Fjársvik og fjárráttur	182
	4.3.5. Hryðjuverkasamtök	183
	4.4. Aðferðir við peningabætti og fjármögnun hryðjuverka	184
	4.4.1. Stig peningabættis	184
	4.4.2. Smygl á peningum	185
	4.4.3. Milligönguáðilar	186
	4.4.4. Rafræn greiðslumiðlun	186
	4.4.5. Skelfjirtæki	187
	4.4.6. Fasteignaviðskipti	187
5	SKYLDUR FJÁRMÁLAFYRIRTÆKJA	188
	5.1. Almenn	188
	5.2. Könnun á áreiðanleika viðskiptavina	188
	5.3. Upplýsingaöflun	190
	5.3.1. Einstaklingar	190
	5.3.2. Lögáðilar	190
	5.3.3. Tímabundin frestun upplýsingaöflunar	191
	5.3.4. Fjarsala	191
	5.3.5. Einstaklingar í áhættuhópi	192
	5.4. Reglubundið eftirlit	192
	5.5. Athugun á grunsamlegum viðskiptum	193
	5.6. Tilkynning grunsamlegra viðskipta til ríkislögreglustjóra	194
	5.7. Bankaleynd	194
	5.8. Aþyrðarmaður peningabættis	195
	5.9. Eru reglurnar að virka?	196
	5.9.1. Kostir reglnanna	196
	5.9.2. Gallar reglnanna	198
6	LOKAORÐ	200

1. INNGANGUR

Í ritgerð þessari er fjallað um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Mun verða leitað svara við því hvernig fjármálafyrirtæki eru notuð til peningaþvættis og fjármögnun hryðjuverka. Þá verður fjallað um hverjar skyldur fjármálafyrirtækja eru til að vinna gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Umræðan um peningaþvætti hefur sjaldan verið meiri á alþjóða vettvangi. Peningaþvætti hefur þó viðgengist í margar aldir. Aðferðir þær sem notaðar voru við peningaþvætti fyrir á öldum eru ólíkar því sem gerist í dag þar sem tæknin hefur gert það kleift að viðskipti með illa fengið fé eru flóknari og erfiðara er að rekja viðskiptin í kjölfar tæknibyltingarinnar.¹ Nú til dags eru rafræn viðskipti notuð til viðskipta með illa fengið fé ásamt öðrum pappírslausum viðskiptum þar sem viðskiptavinir þurfa jafnvel ekki að sækja þjónustu til fjármálafyrirtækja öðruvísi en í gegnum tölvur eða önnur fjarskipti. Hraði viðskiptanna eykur jafnframt líkurnar á því að peningaþvætti sé stundað. Í dag eru viðskipti með illa fengið fé ein af þremur mestu viðskiptum í heiminum.² Frelsið sem ríkir í fjármagnsflutningum milli landa með aðstoð tækninnar hefur skapað gott umhverfi fyrir spillingu í fjármálakerfinu. Til að koma í veg fyrir alþjóðlega hryðjuverkastarfsemi og verslun með illa fengið fé hefur alþjóðasamfélagið brugðist við með lagasetningu í tengslum við aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Sú lagasetning hefur verið eflað á undanfórnum árum sérstaklega vegna aukinna tækniframfara og því hversu alþjóðleg

viðskipti eru orðin. Það var ekki fyrir en eftir hryðjuverkaársásarnir í Bandaríkjunum þann 11. september 2001 að stjórnvöld fóru að veita aðgerðum gegn fjármögnun hryðjuverka meiri athygli.³ Eftir þessa atburði hefur mjög verið hnykkt á tengslum peningaþvættis og fjármögnun hryðjuverka.⁴

2. LÖGGJÖF UM AÐGERÐIR GEGN PENINGAÞVÆTTI OG FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA

2.1. Aðdragandi lagasetningu
Íslensk stjórnvöld hafa unnið að því að setja lög gegn því alþjóðlega vandamáli sem stafar af peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Hefur þessi vinna einkum farið fram í kjölfar þess alþjóðasamstarfs sem Ísland hefur verið aðili að í tengslum við aðgerðir gegn peningaþvætti. Einnig hefur löggjöfin verið uppfærð til samræmis við þær alþjóðlegu kröfur sem Ísland hefur skuldbundið sig til að fara eftir. Þann 2. júní 2006 voru samþykkt á Alþingi lög nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka, sem tóku gildi þann 23. júní 2006. Þetta eru ekki fyrstu lögín hér á landi sem beinast að aðgerðum gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka því fram að gildistöku nýrra laga voru í gildi lög nr. 80/1993, um aðgerðir gegn peningaþvætti. Með ört vaxandi alþjóðaviðskiptum og auknu frelsi í flæði fjármagns var orðið nauðsynlegt að endurskoða 13 ára gamla löggjöf um aðgerðir gegn peningaþvætti.⁵

¹ Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 167. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

² Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 167. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

³ Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for

Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 2. Aðgengilegt á www.world-check.com.

⁴ Úrdráttur um peningaþvætti sem öryggishópur um aðgerðir gegn peningaþvætti tók saman, bls. 2.

⁵ Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf. Aðgengilegt á www.althingi.is.

2.2. Lög nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabættum og fjármögnun hryðjuverka

2.2.1. Almenn

Þann 2. júní 2006 voru samþykkt á Alþingi ný lög um aðgerðir gegn peningabættum vegna þeirra umfangsmiklu breytinga sem höfðu orðið á alþjóðlegum reglum um aðgerðir gegn peningabættum. Þar sem svo mikil breyting þurfti að vera á eldri peningabættislöggjöf frá 1993 var frekar farin sú leið að semja frumvarp til nýrra heildarlöggjafar um aðgerðir gegn peningabættum. Frumvarp til nýrra peningabættislöggjafar var samið á vegum viðskiptaráðuneytisins og var ætlað að innleiða í lög tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2005/60/EB.⁶ Ástæða þess að nýja peningabættislöggjöfin ber einnig heitið aðgerðir gegn fjármögnun hryðjuverka er sú að árið 2001 var baráttunni gegn fjármögnun hryðjuverka bætt við hlutverk FATF. Þar sem Ísland hefur tekið þátt í FATF samstarfinu var það skuldbundið til að samræma löggjöf sína að tillögum FATF.⁷

2.2.2. Breytingar frá eldri lögum um peningabætti

Lögum nr. 80/1993, um aðgerðir gegn peningabættum, var ekki mikið breytt með lögum nr. 64/2006 en það helsta sem breyttist við gildistöku nýrra laga um aðgerðir gegn peningabættum og fjármögnun hryðjuverka er að gildissvið laganna er miðað við aðilana sjálfa og visað er til þeirra sem tilkynningarskyldra aðila í stað þess að miða við þá starfsemi sem aðilar stunda. Auk þess er aðilum sem falla undir lögina fjölgað í samræmi við tilskipun 2005/60/EB. Kröfur til tilkynningarskyldra aðila um að þeim verði að vera ljóst hver viðskiptavinur þeirra er og hver standi í raun að baki viðskiptunum

voru auknar auk þess eru í lögnum ítarleg ákvæði um könnun á áreiðanleika upplýsinga um viðskiptavinum tilkynningarskyldra aðila en jafnframt er heimilað að slíkt mat verði framkvæmt á grundvelli áhættumats. Áhættumat þýðir að tilkynningarskyldum aðila er heimilt að nokkru leyti að meta hversu mikilla upplýsinga um viðskiptavin er þörf í hverju tilviki. Þá er í lögnum ríkari kröfur til fjármálfyrirtækja, og annarra aðila sem falla undir lögina, um upplýsingaöflun við aðstæður þar sem meiri hætta en ella er talin á peningabættum eða fjármögnun hryðjuverka. Í lögnum eru ákvæði sem mæla fyrir um að tilkynningarskyldir aðilar skuli setja sér skriflegar innri reglur sem miða að því að koma í veg fyrir að starfsemi þeirra sé notuð til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka. Að lokum er Fjármálaeftirlitinu falið að hafa virkt eftirlit með því að fjármálfyrirtæki og aðrir eftirlitsskyldir aðilar sem undir lögina falla fari að ákvæðum þess.⁸ Felst eftirlitið í heimildum til að kalla eftir hvers konar gögnum og heimild til sérstakra athugana á starfsstöð. Að lokum er mælt fyrir í nýju lögnum um skyldu lögaðila, sem frumvarpið tekur til, að búa yfir kerfi sem gerir þeim kleift að bregðast með skjótum hætti við fyrirsögnunum frá lögreglu eða öðrum lögbærum yfirvöldum.

3. ALÞJÓÐASAMSTARF

3.1. Almenn

Með vaxandi heimsvæðingu viðskipta og frelsi í fjármagnsflæði milli ríkja hefur peningabætti orðið alþjóðlegt vandamál en talið er að það sé ein af undirstöðum alþjóðlegrar glæpastarfsemi, svo sem fíkniefnaverslunar og hryðjuverka. Alþjóðasamfélagið gerir kröfu um það að öll

⁶ Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabættum og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Inngangur. Aðgengilegt á www.althingi.is.

⁷ Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabættum og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við

frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf - FATF. Aðgengilegt á www.althingi.is.

⁸ Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabættum og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Helstu nýjungar. Aðgengilegt á www.althingi.is.

riki innleiði hjá sér áhrifamikið regluverk á þessu sviði, sem hindrar, kemur upp um og refsar fyrir peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka, í þeim tilgangi að vinna gegn efnahagslegum og samfélagslegum áhrifum sem þessi afbrot hafa í för með sér.⁹ Á alþjóðavettvangi hafa ýmsar aðgerðir beinst að því að efla baráttu gegn þessari þróun og stofnanir Sameinuðu þjóðanna auk annarra ríkjasamtaka hafa látið málið til sín taka. Auk þess er skuldbindingu um baráttu gegn peningþvætti að finna í samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningurinn) og er regluverk Evrópska efnahagssvæðisins ávallt að taka breytingum í takt við þá öru breytingu sem er á þessum málaflokki.¹⁰

3.2. *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)*

Á fundi leiðtoga sjö helstu iðnríkja heims í París árið 1989 var settur á stofn alþjóðlegur vinnuhópur í þeim tilgangi að vinna aðgerðum til að koma í veg fyrir að fjármálafyrirtæki væru misnotuð til að koma illa fengnu fé eiturlyfjasala í umferð.¹¹ Nefnast þessi samtök Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). Árið 2001 var baráttunni gegn fjármögnun hryðjuverka bætt við hlutverk FATF. Að þessum samtökum standa nú 33 ríki og ríkjasamtök og er unnið að því að þau nái til allra ríkja sem uppfylla þær kröfur sem samtökin hafa sett. Að auki sækja fundi samtakanna áheyrnarfulltrúar frá allt að 27 alþjóðastofnunum. Samtökin eru fjármögnuð af fjárframlögum frá aðildarríkjunum og hafa höfuðstöðvar sínar í

París, þar sem efnahags- og framfarastofnunin (OECD) annast ýmsa þjónustu við þau en aðildarríkin eru þó ekki einskorðuð við OECD-ríki. Þau ríki sem tekið hafa tekið þátt í FATF-samstarfinu hafa verið í fararbroddi aðgerða gegn peningþvætti. Ísland gekk til samstarfs við FATF í september 1991 og með inngöngu skuldbatt Ísland sig til að samræma löggjöf og starfsreglur að tilmælum FATF.¹²

Þau hlutverk og starfssvið sem FATF hefur með höndum má skipta í þrennt. Í fyrsta lagi hefur FATF það hlutverk að semja staðla fyrir aðgerðir í hverju ríki gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Í öðru lagi leggur FATF mat á þær aðgerðir ríkjanna sem nota á til að innleiða þessa staðla. Í þriðja og seinasta lagi rannsakar FATF og lærir að þekkja aðferðir þeirra sem stunda peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka.¹³ Starf samtakanna hefur þó einkum falist í samningu tilmæla til ríkisstjórna sem í felst mikill þrýstingur um lagabreytingar og löggæslustarf. Árið 1990 voru tilmælin fjórutíu um aðgerðir gegn peningþvætti gefin út og árið 2001 voru sérstöku tilmælin átta um fjármögnun hryðjuverka gefin út. Tilmælin fjórutíu hafa verið endurskoðuð tvisvar, árið 1996 og 2003, til að tryggja að þau fylgi þróun á þessu sviði. Árið 2004 var níunda tilmælinu bætt við hin sérstöku tilmæli um fjármögnun hryðjuverka.¹⁴

Tilmælin fjórutíu mynda ákveðinn heildarramma um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Tilmælin eru sett fram sem lágmarkskröfur um aðgerðir sem löndin geta síðan útfært nánar með þeim hætti sem hæfir stjórnskipulagi viðkomandi

9 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. xv.

10 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf - FATF. Aðgengilegt á www.althingi.is.

11 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningþvætti. Alþingistiðindi, 116. löggj.þing, 1992, þskj. 251, 210. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, I. kafli inngangur. Aðgengilegt á www.althingi.is.

12 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf - FATF. Aðgengilegt á www.althingi.is.

13 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf - FATF. Aðgengilegt á www.althingi.is.

14 Úrdráttur um peningþvætti sem öryggishópur um aðgerðir gegn peningþvætti tók saman, bls. 2-3.

lands. Tilmælin ná til allra ráðstafana sem ríki þurfa að grípa til á sviði refsiréttar, fjármunaréttar og annarrar löggjafar sem reglurnar ná til. Tilmælin fjörutíu skiptast í fjögur meginsvið. Í fyrsta lagi er fjallað um réttarkerfi þar sem löndum er meðal annars gert að innleiða og staðfesta samning Sameinuðu þjóðanna gegn ólöglegri verslun með fíkniefni og skynvilluefni. Í öðru lagi er kveðið á um ráðstafanir fjármálafyrirtækja og annarra lögaðila um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Þessi hluti tilmælanna vegur hvað þyngst. Í þriðja lagi er fjallað um ráðstafanir stofnana og annarra aðila sem nauðsynlegar eru til varnar gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Að lokum kveða tilmælin á um alþjóðlegt samstarf þar sem meðal annars lagt er til að samvinna ríkja sé eflað á þessu sviði.

Hin sérstöku tilmæli níu um fjármögnun hryðjuverka voru samþykkt í kjölfar mikilvægis þess að grípa til aðgerða gegn fjármögnun hryðjuverka. Tilmælin níu eiga ásamt tilmælunum fjörutíu að mynda grunnramma um hvernig beri að uppgötva og koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverka. Í tilmælunum er ríkjum gert að gera tafarlaust ráðstafanir til að innleiða að fullu alþjóðasamning Sameinuðu þjóðanna um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi. Þá er kveðið á um ráðstafanir fjármálafyrirtækja og annarra lögaðila um að grípa til ráðstafana til að gera könnun á viðskiptavinum sínum og tilkynna um grunsamleg viðskipti sem tengjast hryðjuverkum. Þá er í tilmælunum kveðið á um alþjóðlegt samstarf þar sem löndum ber að tryggja eins mikla gagnkvæma aðstoð og upplýsingaskipti og mögulegt er varðandi rannsóknir og eftirlit með fjármögnun hryðjuverkastarfsemi, hryðjuverka og hryðjuverkasamtaka.

Af hálfu FATF hafa verið teknar upp sérstakar gagnkvæmar skoðanir og skýrslugerðir um aðgerðir hvers aðildarríkis um sig. Skýrslurnar eru síðan teknar til meðferðar á samstarfsfundum, þar sem fulltrúar viðkomandi ríkis þurfa að svara fyrir þá galla sem aðrir telja sig hafa fundið á skipan mála í ríkinu.¹⁵ FATF og aðildarríkin hafa einnig sammælt um að beita önnur ríki þrýstingi eftir því sem við á með því að setja þau á sérstakan lista yfir ósamvinnuþýð ríki eða ríkjasvæði standist þau ekki kröfur FATF um aðgerðir gegn peningabætti. Felst þrýstingurinn meðal annars í því að gera strangari kröfur til ríkjanna um hvers konar fjármálalega gerninga, stofnun útibúa, dótturfélaga og umboðsskrifstofa og jafnvel útgáfu aðvarana um að viðskipti við aðila á slíkum svæðum geti falið í sér hættu á peningabætti.¹⁶

3.3. Tilskipanir Evrópuþingsins og Ráðsins
Evrópusambandið hefur lagt áherslu á að koma í veg fyrir og berjast gegn peningabætti og í þeim tilgangi samþykkt þrjár tilskipanir. Ráðstafanir þær sem Evrópubandalagið grípur til, eru eingöngu samþykktar innanlands og jafnvel aðeins á vettvangi Evrópubandalagsins og þannig með mjög takmörkuð áhrif. Því hefur verið tekið sérstakt tillit til tilmæla samtaka FATF sem er sá alþjóðaáðili sem er í fararbroddi í baráttunni gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka og hefur verið litið á vinnu samtakanna sem leiðandi á heimsvísu á þessu sviði.¹⁷

3.3.1. Tilskipun 91/308/EBE

Fyrsta tilskipunin er tilskipun ráðsins 91/308/EBE og var markmið hennar að samræma aðgerðir aðildarríkjanna til að reyna að koma í veg fyrir að fjármálafyrirtæki yrðu notuð til að þvætta ábata af brotastarfsemi.

15 Úrdráttur um peningabætti sem öryggishöpur um aðgerðir gegn peningabætti tók saman, bls. 2-3.

16 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabætti. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál.

Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf - FATF. Aðgengilegt á www.althingi.is.

17 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, 5. tölulíður.

Jafnframt var tilgangurinn að hindra það að aukið frelsi í fjármagnsflutningum og rétti til að veita fjármálaþjónustu yrði notað til peningaþvættis.¹⁸ Var tilskipunin felld inn í EES-samninginn og var grundvöllur að setningu laga nr. 80/1993, um aðgerðir gegn peningaþvætti, sem áður hefur verið getið.

Ein af ástæðum þess að gripíð var til aðgerða á þessu sviði var að koma í veg fyrir að aðildarríkin samþykktu ráðstafanir til að vernda eigin fjármálakerfi sem gætu verið ósamrýmanlegar starfsemi innri markaðarins og lagafyrirmælum og allsherjarreglu innan Evrópubandalagsins.¹⁹ Ef engar ráðstafanir yrðu gerðar til samræmingar innan Bandalagsins sáu menn fram á að aðilar sem stunduðu peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka gætu reynt að nýta sér frelsi til fjármagnsflutninga og frelsi til að veita fjármálaþjónustu, sem hið samþætta fjármálasvæði felur í sér, í því skyni að auðvelda afbrotastarfsemi sína.²⁰ Til að bregðast við þessari áhættu var tilskipunin samþykkt.

3.3.2. Tilskipun 2001/97/EB

Brátt kom í ljós að of þröngt þótti að takmarka gildissvið tilskipunarinnar frá 1991 við fikniefnagróða. Einnig sýndi það sig að aukið eftirlit í fjármálageiranum varð til þess að þeir sem stunduðu peningaþvætti leituðu annarra leiða til þvættis. Í framhaldinu var samþykkt tilskipun 2001/97/EB og vikkaði hún gildissvið fyrri tilskipunarinnar þar sem hún felldi fleiri starfsgreinar undir ákvæðin. Tilskipunin fjölgaði einnig tegundum refsiverðra brota og felldi undir hana þvætti á ávinningi af alvarlegum afbrotum.²¹

3.3.3. Tilskipun 2005/60/EB

Árið 2003 hófst vinna við að leiða inn nýjustu ákvæði FATF-samstarfsins á vettvangi ESB. Var farin sú leið að semja nýja tilskipun frá grunni en leitast var við að byggja eins og mögulegt væri á gildandi efnisreglum. Við samþykkt nýrrar tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2005/60/EB, um ráðstafanir gegn því að fjármálakerfið sé notað til peningaþvættis og til fjármögnunar hryðjuverka, féllu tilskipanirnar tvær frá 1991 og 2001 úr gildi.²²

Tilskipunin, sem kveður á um lágmarkskröfur, gerir aðildarríkjum skylt að banna peningaþvætti og að skylda fjármálafyrirtæki til að gera könnun á viðskiptavinum sínum, varðveita upplýsingar, koma á innra verklagi til að verjast peningaþvætti, þjálfa starfsfólk og tilkynna sérhverja visbendingu um peningaþvætti til lögbærra yfirvalda.²³ Í inngangi tilskipunarinnar kemur fram að þó að peningaþvætti hafi í upphafi verið takmarkað við fikniefnabrot hafi verið tilhneiging til þess undanfarin ár að skilgreina það með mun víðtækari hætti á grundvelli breiðari vettvangs frumbrota, til dæmis skipulögðum afbrotum (mafiustarfsemi) og hryðjuverkum, og því er mikilvægt að aðildarríkin láti ákvæði tilskipunarinnar einnig ná til ágöða af slíkri brotastarfsemi.²⁴

18 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningaþvætti.

Alþingistiðindi, 116. löggj.þing, 1992, þskj. 251, 210. mál.

Almennar athugasemdir við frumvarpið, III. kafli – Tilskipun EB um peningaþvætti. Aðgengilegt á www.althingi.is.

19 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, 2. tölulíður.

20 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, 3. tölulíður.

21 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við

frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf – EES-samningurinn og tilskipanir ESB. Aðgengilegt á www.althingi.is.

22 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Almennar athugasemdir við frumvarpið, Alþjóðlegt samstarf – EES-samningurinn og tilskipanir ESB. Aðgengilegt á www.althingi.is.

23 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, 4. tölulíður.

24 Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, inngangur.

4. PENINGAÞVÆTTI OG FJÁRMÖGNUN HRYÐJUVERKA

4.1. Hvað er peningabætti?

Þegar rætt er um peningabætti er ekki eingöngu átt við ávinning í formi peninga eða reiðufjár heldur einnig ávinning sem getur verið fölginn í öðru, til dæmis verðbréfum, fasteignum, bifreiðum og listaverkum. Þætti peninga er þó algengast þar sem auðveldara er að dylja uppruna þeirra. Peningabætti er hægt að skilgreina á marga vegu en í meginatriðum er það hver sú háttsemi sem hefur það að markmiði að dylja uppruna fjármagns.²⁵ Hugtakið „peningabætti“ lýsir sér að mestu leyti sjálft þar sem það vísar til þvættis á fjármagni.²⁶ Flest ríki hafa fallist á að nota skilgreiningu peningabættis samkvæmt skilgreiningu Vínarsamningsins²⁷ og skilgreiningu Palermósamningsins²⁸. Þar eru þvættisbrot skilgreind og er verknaðarlýsing á þvætti eftirfarandi:

„Að afla annarra verðmæta í stað eignar eða afsala eign í þeirri vitneskju að hún sé leidd af broti eða brotum sem lýst eru refsiverð skv. (a)-lið þessarar málsgreinar, eða af hlutdeild í slíku broti eða brotum, í þeim tilgangi að fela eða dylja að eignin var ólöglega til komin eða til að aðstoða hvern þann mann sem hlut á að slíku broti eða brotum við að komast hjá afleiðingum gerða sinna, að lögum;

Að fela eða dylja raunverulegt eðli eignar, tilurð hennar, staðsetningu, ráðstöfun, flutning, réttindi er tengjast henni, eða eignarrétt að henni, í þeirri vitneskju að hún sé leidd af broti eða brotum sem lýst eru refsiverð skv. (a)-lið

þessarar málsgreinar eða af hlutdeild í slíku broti eða brotum, og;

Að afla eignar eða hafa vörslur hennar eða afnot í þeirri vitneskju, þegar við henni var tekið, að hún sé leidd af broti eða brotum sem lýst eru refsiverð skv. (a)-lið þessarar málsgreinar eða af hlutdeild í slíku broti eða brotum.“²⁹

Margir alþjóðasamningar skilgreina peningabætti einungis í tengslum við verslun með fikniefni eins og Vínarsamningurinn og Palermósamningurinn gera. Alþjóðasamfélagið hefur hins vegar þróast í þá átt á undanföllum árum að peningabætti getur náð yfir fleiri verknaði en einungis verslun með fikniefni. Þess vegna hafa FATF og önnur alþjóðasamtök vikkað út skilgreiningu hugtaksins og látið það einnig ná yfir aðra alvarlega glæpi. Hér er átt við verknaði eins og fjárvik, mannrán og þjófnaði svo eitthvað sé nefnt.³⁰ FATF samtökin beina því til aðildarríkjanna í tilmælunum fjörutíu að lýsa peningabætti refsiverða háttsemi á grundvelli Vínarsamningsins og Palermósamningsins. Því er þó bætt við í tilmælunum fjörutíu að löndum beri að skilgreina öll alvarleg afbrot á þessu sviði sem peningabættisbrot með það að leiðarljósi að skilgreiningin taki til sem flestra frumbrota. Með frumbrotum er átt við öll afbrot sem falla innan flokks alvarlegra afbrota samkvæmt landslögum.³¹

Hugtakið „peningabætti“ er skilgreint í íslenskri löggjöf. Samkvæmt 1. tl. 3. gr. laga nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, er það peningabætti:

25 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-1.

26 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-2.

27 Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn ólöglegri verslun með fikniefni og skynvilluefni, samþykktur í Vín þann 20. Desember 1988.

28 Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn alþjóðlegri og skipulagðri glæpastarfsemi, samþykktur á allsherjarþingi SP

þann 15. Nóvember 2000.

29 Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn ólöglegri verslun með fikniefni og skynvilluefni, 1. desember 1997, C-deild Stjórnartíðinda nr. 18/1997, b) og c) liður 3. gr. samningsins.

30 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-3.

31 The 40 Recommendations of the FATF on Money Laundering, Recommendation 1, frá 22. október 2003. Aðgengilegt á www.fatf-gafi.org.

„þegar einstaklingur eða lögaðili tekur við eða aflar sér eða öðrum ávinningum með broti sem er refsivert samkvæmt almennum hegningarlögum, svo sem auðgunarbroti eða meiri háttar skatta- eða fikniefnabroti, tollalögum, lögum um ávana- og fikniefni, áfengislögum og lyfjalögum. Einnig er átt við þegar einstaklingur eða lögaðili tekur að sér að geyma, dylja eða flytja slíkan ávinning, aðstoðar við afhendingu hans eða stuðlar á annan sambærilegan hátt að því að tryggja öðrum ávinning af slíkum refsiverðum brotum“.

Samkvæmt ákvæðinu er miðað við að um ásetning sé að ræða. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. desember 2003 í máli nr. S-1635/2003 var einn ákærðu sýknaður af ákæru um peningabætti á grundvelli þess að ekkert benti til þess að ákærði hafi vitað eða mátt vita að um ávinning hafi verið að ræða eða ávinning af broti eins og áskilið er í 264. gr. almennra hegningarlaga. Það var því ekki af ásetningi sem ákærði tók við og flutti ávinning af hinum ólöglegu hlutabréfaviðskiptum meðákærða.

Hin íslensku lög um peningabætti eru byggð á tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB en þar er hugtakið „peningabætti“ skilgreint í 2. tl. 1. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt tilskipuninni skal eftirfarandi athæfi, þegar það er framið af ásetningi, talið peningabætti:

„ummyndun eða yfirfærsla á eign, þegar vitað er að slík eign er til komin vegna afbrota eða vegna þátttöku í slíkri starfsemi, í þeim tilgangi að hylma yfir eða leynd ólögmatum uppruna eignarinnar eða aðstoð við hvern þann sem á þátt í slíkri starfsemi í að sneiða hjá lögfylgjum athafna sinna,

yfirhylming eða launung að því er varðar raunverulegt eðli, uppruna, staðsetningu, ráðstöfun, flutning, réttindi yfir eða eignarrétt eignar, þegar vitað er að slík eign er til komin

vegna afbrota eða þátttöku í slíkri starfsemi,

öflun, umráð eða notkun eignar þegar vitað er við móttöku að slík eign er til komin vegna afbrota eða þátttöku í slíkri starfsemi,

þátttaka í, samtök um, tilraunir til, liðveisla, hvatning, fyrirgreiðsla eða ráðgjöf við sérhverjar þær athafnir sem nefndar eru í undanfarandi undirlitum.“³²

Af þessu má sjá að skilgreining laga nr. 64/2006 á hugtakinu er mun styttri en skilgreining þeirra alþjóðasamninga sem hér hafa verið nefndir. Íslenska ákvæðið tekur á flestu því sem getið er um í alþjóðasamningunum en þó eru nokkur atriði sem ekki koma fram í ákvæðinu en koma fram í skilgreiningum alþjóðasamninganna.

Í fyrsta lagi ber að geta þess að í hinu íslenska ákvæði er einungis kveðið á um ávinning af hinu refsiverða broti, þ.e. eingöngu er átt við að eign sé til komin vegna brots. Er hér um nokkuð þrengri skilgreiningu að ræða en í ákvæðum alþjóðasamninganna þar sem kveðið er á um eign eða ávinning sem til er komin vegna afbrota eða vegna þátttöku í hinu refsiverða athæfi.

Í öðru lagi nefnir skilgreining íslenska ákvæðisins á peningabætti ekki um hvers konar eignarrétt geti verið að ræða á hinum ólögmatu ávinningi sem felst í peningabætti. Samkvæmt skilgreiningum alþjóðasamninganna getur verið um að ræða réttindi yfir eða eignarrétt að umræddri eign. Getur því verið um að ræða önnur réttindi yfir eign heldur en beinan eignarrétt samkvæmt Vínarsamningnum og tilskipuninni, til dæmis afnotarétt.

Í þriðja lagi er hugtakanotkun íslenska ákvæðisins ekki í samræmi við ákvæði alþjóðasamninganna. Í ákvæðinu er þess hvergi getið að peningabætti nái einnig yfir yfirfærslu eða ummyndun á eign. Samkvæmt

³² Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2005/60/EB, frá 26. október 2005, 2. tl. 1. gr. tilskipunarinnar.

alþjóðasamningunum kallast þessi hugtök á ensku „transferring“ sem gæti verið þýtt yfir á íslensku sem „flutningur“ en samkvæmt alþjóðasamningunum kallast það hugtak á ensku „moving“. Í íslenska ákvæðinu er einmitt kveðið á um það að flutningur ávinnings falli undir peningabætti. Samkvæmt Vínarsamningnum og tilskipuninni er yfirfærsla það þegar umbreyting verður á áþreifanlegri eign yfir í fjármagn eða ófugt en ekki það þegar flutningur eignar á sér stað. Þá er einnig í hinu íslenska ákvæði aðeins kveðið á um að peningabætti eigi við þegar einstaklingur tekur að sér að dylja eða geyma ávinning af refsiverðu broti en þess er hvergi getið að í peningabætti felist einnig að hylma yfir eða leyna slíkum ávinningi líkt og kveðið er á um í alþjóðasamningunum.

Að lokum þá vantar að í hinu íslenska ákvæði sé skýrt kveðið á um það að hlutdeild í hinu refsiverða broti falli einnig undir hugtakið peningabætti en um það er skýrlega kveðið í þeim alþjóðasamningum sem hér er getið um.

Ljóst er að skilgreininglaganr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, á hugtakinu „peningabætti“ er ekki jafn ítarleg og skilgreiningar þeirra alþjóðasamninga sem hér hafa komið fram.

4.2. Hvað er fjármögnun hryðjuverka?

Með hugtakinu „fjármögnun hryðjuverka“ er átt við fjárhagslegan stuðning, í hvaða mynd sem er, við hryðjuverkastarfsemi eða þá sem hvetja, skipuleggja eða taka þátt í hryðjuverkum.³³ Sameinuðu þjóðirnar hafa lagt mikið af mörkum með alþjóðlegum samningum til að berjast gegn hryðjuverkum og þeim aðferðum sem notaðar eru til að fjármagna þau.³⁴ Jafnvel fyrir árásirnar á Bandaríkin þann 11. september 2001

höfðu Sameinuðu þjóðirnar samþykkt Alþjóðasamning um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi frá 1999, þar sem því er lýst yfir að:

1. „Sá maður fremur afbrot í skilningi samnings þessa sem með einhverjum hætti, beint eða óbeint, en með ólögmetum hætti og af ásetningi, útvegar eða safnar fjármunum í því skyni að þeir verði notaðir, eða í vitneskju um að þeir skuli notaðir, að einhverju leyti eða öllu til að vinna:
 - a.) verk sem felur í sér afbrot samkvæmt efni einhvers þeirra þjóðréttsamninga sem tilgreindir eru í viðaukanum og eins og þar er skilgreint; eða
 - b.) eitthvert annað verk sem ætlað er að valda almennum borgara, eða öðrum manni sem ekki tekur þátt í vopnaviðskiptum í ófriði, bana eða alvarlegu líkamstjóni, ef tilgangur verksins samkvæmt eðli þess eða samhengi er að ógna almenningsi eða þvinga ríkisstjórn eða alþjóðastofnun til að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert.
2. ...
3. Ekki er nauðsynlegt til að háttsemi skv. 1. mgr. teljist afbrot að fjármunirnir hafi í raun verið notaðir til að fremja afbrot sem fjallað er um í a- eða b-lið 1. mgr.“³⁵

Það getur reynst sumum löndum erfitt að skilgreina hugtakið „hryðjuverk“. Það hafa ekki öll lönd sem hafa innleitt samninginn samþykkt allar þær aðgerðir sem falla undir hryðjuverk samkvæmt samningnum. Hryðjuverk eiga sér ekki aðeins stað í tengslum við pólitískar, trúarlegar og þjóðfélagslegar deilur þar sem þær geta verið mismunandi milli landa.³⁶

FATF samtökin skilgreina ekki hugtakið „fjármögnun hryðjuverka“ í sérstöku

³³ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-1.

³⁴ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-4.

³⁵ Alþjóðasamningur um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi, 15. maí 2002, C-deild Stjórnartíðinda nr. 23/2002, 1. og 3. tl. 2. gr. samningsins.

³⁶ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-4.

tilmælunum níu um fjármögnun hryðjuverka sem sett voru eftir hryðjuverkin þann 11. september 2001.³⁷ Engu að síður hefur FATF hvatt ríki til að staðfesta og fara eftir ákvæðum Alþjóðasamningsins um að koma í veg fyrir fjármögnun hryðjuverkastarfsemi frá 1999.³⁸ Þar af leiðandi er ofangreind skilgreining á fjármögnun hryðjuverka sú skilgreining sem ríki hafa tileinkað sér. Hugtakið hefur verið skilgreint í íslenskri löggjöf. Samkvæmt 2. tl. 3. gr. laga nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, þá er um fjármögnun hryðjuverka að ræða þegar öflun fjár á sér stað í þeim tilgangi eða með vitneskju um að nota eigi það til að fremja brot sem refsivert er skv. 100. gr. a almennra hegningarlaga.

Undanfarið hefur borið á því að hugtakið „peningabætti“ hafi verið notað sem samheiti yfir peningabætti annars vegar og fjármögnun hryðjuverka hins vegar. Slikt getur valdið ruglingi þar sem fjármögnun hryðjuverka er til dæmis ólík peningabætti að því leyti að það fjármagn sem notað er við hryðjuverk getur verið aflað með lögmatum hætti jafnt sem ólögmatum. Peningabætti á hins vegar einkum við um fjármagn sem fengið er með ólögmatum athöfnum.³⁹ Auk þess er tilgangur hryðjuverka annar en peningabættis þar sem ástæða hryðjuverka á oftast uppruna sinn í hugmyndafræðilegum eða trúarlegum tilgangi og jafnvel pólitískum tilgangi sem er andstætt efnahagslegum tilgangi peningabættis.⁴⁰

4.3. Hvernig er fjármunanna aflað?

4.3.1. Almenn

Viða um heim eru starfrækt skipulögð glæpasamtök sem sækjast eftir því að koma illa fengnu fé í umferð. Það er þó ekki einungis með slíkum samtökum sem fjármunanna er aflað heldur jafnframt með skipulögðum afbrotum af margvíslegum toga þar sem tilgangurinn er að afla ávinnings.⁴¹ Í upphafi tengdist peningabætti einkum ólöglegri verslun með fíkniefni. Tilgangur fíkniefnasalanna var að koma litlu magni peninga inn á löglega stofnaða bankareikninga. Í dag á illa fengið fé uppruna sinn í fleiru en aðeins ólöglegri verslun með fíkniefni, m.a. pólitískri spillingu, mansali og hryðjuverkum.⁴² Eins og í hverjum öðrum viðskiptum er tilgangurinn að njóta ágóðans og að endurfjárfesta. Til þess að geta notið ágóðans verður að þvætta ágóðann þannig að hann tengist ekki uppruna sínum.⁴³

4.3.2. Fíkniefnaviðskipti

Markmið umfangsmikilla fíkniefnaviðskipta er að skapa gróða. Um miklar fjárhæðir getur verið að ræða í skipulagðri fíkniefnasölu. Yfirleitt fara fíkniefnaviðskiptin fram með þeim hætti að fáir en fjársterkir aðilar fjármagna kaup fíkniefnanna. Efnunum er síðan komið í dreifingu þar sem í flestum tilvikum er um götuvatniðskipti að ræða. Greiðslumiðillinn eru peningar en í þóknun fyrir söluna fá menn jafnan hluta af efnunum. Að loknum viðskiptum þurfa höfuðþaurarnir að finna leið til að koma ávinningnum í umferð

37 9 Special Recommendations on Terrorist Financing, frá október 2001 og uppfærð 22. október 2004. Aðgengilegt á www.fatf-gafi.org.

38 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-5.

39 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-6.

40 Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 1. Aðgengilegt á www.world-check.com.

41 Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 167. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

42 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-7.

43 Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 167. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

aftur og umbreyta fjármununum í hagnýtt fjármagn sem virðist eiga uppruna sinn í löglegum viðskiptum.⁴⁴ Hluti ávinningsins af sölu fikniefnanna fer þó jafnan í það að fjármagna önnur fikniefnaviðskipti.⁴⁵ Í H frá 22. febrúar 2001 í máli nr. 312/2000 var S[...] ákærður ásamt fjórum félögum sínum fyrir þátt í innflutningi, dreifingu og sölu á miklu magni af ýmsum tegundum fikniefna frá Danmörku, Hollandi og Bandaríkjunum. Samhliða þessu máli voru flutt önnur mál fyrir héraði þar sem ákært var fyrir peningabætti í tengslum við framangreind fikniefnaviðskipti. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 6. apríl 2001 í máli nr. S-1003/2000 var ákærði fundinn sekur um að taka við ávinningi af fikniefnasölu og flytja þá á þann stað þar sem fjármunirnir voru notaðir til enn frekari kaupa á fikniefnum. Flutningur þessara fjármuna var liður í fikniefnaviðskiptum S[...] þrátt fyrir að hann sjálfur hafi ekki afhent ákærða umrædda fjármuni heldur hafi milligöngumaður afhent honum þá. Í þessum málum er tengdust S[...] var um að ræða afhendingu fjármuna sem hlupu á nokkrum milljónum íslenskra króna.⁴⁶ Hér má einnig nefna H frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 241/2001 sem er ótengt framangreindum málum. En þar voru ákærðu, sem voru sjö talsins, gefið að sök peningabætti með því að hafa komið undan ágóða af fikniefnaviðskiptum, að verðmæti um átta og hálfri milljón íslenskra króna í reiðufé og hafa notað féð í eigin þágu eða ráðstafað því til annarra. Einnig var ákært fyrir að geyma eða flytja slíkan ávinning, aðstoða við afhendingu hans eða stuðla á annan sambærilegan hátt að því

að tryggja öðrum ávinning af broti. Í héraði voru sex af þeim sjö sem ákærð voru fundin sek um þátttöku sína í peningabætti. Af þessum dómum má sjá hversu umfangsmikil fikniefnaviðskipti geta verið.

4.3.3. Verslun með fólk

Mansal eða verslun með fólk er glæpastarfsemi sem fer sívaxandi í heiminum í dag. Sameinuðu þjóðirnar áætla að á hverju ári sæti yfir fjórar milljónir manna mansali. Mansal á sér einkum stað með því að fólk, þó einkum konur og börn, eru flutt á milli landamæra og seld til kynlífsþrælkunar, nauðungarvinnu eða seld til að nema á brott líffæri. Hér er um að ræða alþjóðlega og skipulagða glæpastarfsemi sem virðir engin landamæri og hefur vandamálið teygst sig til Norðurlandanna líkt og annarra landa heimsins. Ávinningurinn af þessari glæpastarfsemi er áætlaður um 5-7 milljarðar Bandaríkjadala á ári.⁴⁷

4.3.4. Fjársvik og fjárdráttur

Ílla fengið fé á oft og iðulega uppruna sinn í fjársvikum og fjárkúgun þar sem meðal annars uppsprengt verð er greitt fyrir tiltekna þjónustu og ágóðinn er nýttur til fikniefnaviðskipta eða annarrar ólöglegrar starfsemi.⁴⁸ Fjársvik felast í því að maður kemur öðrum manni með svikum til að aðhafast eitthvað eða láta eitthvað ógert og hefur þannig fé af honum eða öðrum. Með svikum er átt við að vísvitandi blekkingum er beitt til þess að vekja, styrkja eða hagnýta sér á ólögmetan hátt ranga eða óljósa hugmynd manns um eitthvert atvik.⁴⁹ Sem dæmi um fjársvik má nefna hin svokölluðu

44 Levi, Michael, Money Laundering and Its Regulation, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, Vol.582 (1) 2002, bls. 182. Aðgengilegt á <http://ann.sagepub.com>.

45 Levi, Michael, Money Laundering and Its Regulation, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, Vol.582 (1) 2002, bls. 183. Aðgengilegt á <http://ann.sagepub.com>.

46 H frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 161/2001 tengist einnig fikniefnaviðskiptum S[...] og félaga hans. Í málinu var ákært fyrir peningabætti með því að hafa tekið við reiðufé af S[...]

sem ákærði mátti vita að væri ávinningur af sölu fikniefna.

47 Páll Pétursson, Átak gegn verslun með konur, Ræða fyrrum félagsmálaráðherra á ráðstefnu sem var liður í átakinu gegn verslun með konur, 7. mars 2003, aðgengilegt á <http://felagsmalaraduneyti.is/> (síðast sótt 6. maí 2007).

48 Levi, Michael, Money Laundering and Its Regulation, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, Vol.582 (1) 2002, bls. 183. Aðgengilegt á <http://ann.sagepub.com>.

49 Jónatan Þórmundsson, Afbrót og refsíabyrgð I (1999), bls. 66.

„Nigeriubréf“ og „Lottóbref“ sem berast með tölvupósti. Í þessum bréfum eru grunlausum viðtakendum bréfanna boðnar háar fjárhæðir gegn smávægilegri fjárhagsaðstoð. Algengt er að fólk gleypi við slíkum gylliboðum erlendis frá en síðan reynast þessi boð vera frá fjárplokkurum af verstu gerð. Í Nigeriubréfunum þykjast menn jafnvel vera með arf sem þeir þurfi að koma úr landi. Í Lottóbrefunum er viðtakanda bréfsins tilkynnt að viðkomandi hafi verið dreginn út sem vinningshafi í lottóinu. Fólki er jafnvel sagt að það hafi unnið milljónatugi en af upphæðinni þurfi að borga skatta og skyldur erlendis til að fá vinninginn. Ef hinn grunlaus viðtakandi bregst þannig við að hann svarar slíku bréfi og sendir upplýsingar um kreditkortanúmer eða annað reikningsnúmer er hann flæktur í svikavef sem erfitt getur verið að losna úr.⁵⁰

Með fjárdrætti auðgast menn með því að draga að sér fjármuni eða önnur verðmæti sem eru í vörslum aðila en annar maður er eigandi að. Fjárdráttur er refsivert brot og er því ávinningur slíkra brota ólöglega aflað fé. Hinu illa fengna fé er síðan komið í umferð með þvætti fjármunanna. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. desember 2003 í máli nr. S-1635/2003 var ákært fyrir fjárdrátt þar sem ákærði misnotaði aðstöðu sína í auðgunarskyni með því að hafa keypt óskráð hlutabréf ýmist í nafni meðákærða eða annarra og fyrir hönd umbjóðanda síns þrátt fyrir að vera það ljóst að óheimilt væri að kaupa í óskráðum félögum. Með framangreindum hætti tryggði ákærði sér ávinning af sölu hlutabréfanna á kostnað umbjóðanda síns. Í niðurstöðu dómsins segir að ákærði hafi notað fjármuni sem hann hafði í sínum vörslum til að mynda ágóða sem hann tileinkaði sjálfum sér. Við þessar ráðstafanir hafi hann notfært sér aðstöðu

sína sem sjóðsstjóri hjá vinnuveitanda sínum. Í dómnum segir orðrétt:

„Af málavöxtum og framburði ákærða má ráða að hann gerði viðskiptin fyrst og fremst í því skyni að tryggja sjálfum sér þann ávinning, sem lýst er í ákærinni, en hann bar að í sumum tilvikanna hafi hans fjárhagslegu hagsmunir gengið fyrir, eins og rakið var. Með þeim ráðstöfunum sem lýst er í þessum ákæruliðum og með því að tryggja sjálfum sér þennan ávinning á viðskiptum á kostnað LA[...], S[...], LS[...], SB[...] og Í[...], þykir ákærði hafa misnotað aðstöðu sína í auðgunarskyni eins og lýst er í 249. gr. almennra hegningarlaga.“⁵¹

Með framangreindum brotum geta menn auðgast um miklar fjárhæðir og því getur umfang þessarar brotastarfsemi verið gífurlegt. Refsingar við þessum brotum eru allt að 6 ára fangelsi og gefur það til kynna að um alvarlegan verknað er að ræða.

4.3.5. Hryðjuverkasamtök

Rótgróin hryðjuverkasamtök sem hafa auðgast á athöfnum sínum eru líkleg til að búa til virkt fjármálakerfi þar sem fjármunum er safnað saman, þeir fluttir á milli aðila, ágóðinn þvættaður og fjármunirnir svo notaðir til að framkvæma hryðjuverkaárás. Ein helsta ógnunin sem stafar af hryðjuverkasamtökum er hæfileiki þeirra til að flytja fjármuni á greiðlegan hátt á milli landa og jafnvel heimsálfa. Auk þess hefur verið erfitt að auðkenna þá fjármuni sem samtökin flytja á milli í fjármálakerfinu. Hryðjuverkin í Bandaríkjunum þann 11. september 2001 leiddu meðal annars til þess að stjórnvöld sáu að mikilvægt væri að sundra hinu alræmda hagkerfi hryðjuverkasamtaka sem þau höfðu komið sér upp í fjármálakerfinu.⁵²

Hryðjuverkamenn búa gjarnan til einhvers konar félagafarm í kringum

⁵⁰ Fréttablaðið, Tapaði 120 þúsundum á lottói sem hann hafði aldrei spilað í, 9. mars 2007, aðgengilegt á www.visir.is (síðast sótt 6. maí 2007).

⁵¹ Héraðsdómur Reykjavíkur frá 3. desember 2003 í máli nr. S-1635/2003, Niðurstæða kaffla A 1, 1.-5. tl.

⁵² Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 1. Aðgengilegt á www.world-check.com.

hryðjuverkastarfsemina, til dæmis góðgerðarfélög. Með þessu opnast sá möguleiki fyrir slík samtök að ná markmiði sínu með fjármögnun hryðjuverka þar sem minna eftirlit er með slíkum félagasamtökum en annars konar starfsemi. Félagið er því yfirvarp og aðilar geta styrkt þetta félag með fjárframlögum sem síðan nýtast í þeim tilgangi að fjármagna hryðjuverk. Hryðjuverkasamtök eru auk þess gjarnan fjármögnuð með lögmætum eignum. Þessi tekjuöflun hryðjuverkasamtaka er nær undantekningalaust afsprengi góðgerðarsamtaka og lögmættra fyrirtækja.⁵³ Þetta er því ein helsta aðferðin sem hryðjuverkasamtök beita til að ná markmiði sínu. Jafnframt hafa hryðjuverkasamtök notað lyfsölu á Internetinu til að fjármagna starfsemi sína.⁵⁴

4.4. Aðferðir við peningabætti og fjármögnun hryðjuverka

4.4.1. Stig peningabættis

Án tillits til verknáðarins beita aðilar sem stunda peningabætti og fjármögnun hryðjuverka ýmsum aðferðum við að koma illa fengnu fé í umferð. Fjármunir geta verið þvættaðir á marga vegu. Allt frá því að smáum upphæðum er breytt í verulegar fjárhæðir í bankaviðskiptum í það að keyptar eru munaðarvörur eins og bifreiðar, forngripir og skartgripir.⁵⁵ Hinum hefðbundna ferli peningabættis má skipta í þrjú stig:⁵⁶

A. Geymsla (e. placement)

Ferlið hefst á því að illa fengnu fé er komið inn í hagkerfið og langoftast er það gert í gegnum fjármálafyrirtæki. Þetta getur verið gert með því að leggja fjármagn inn á einn eða fleiri

bankareikninga þegar um stórar upphæðir er að ræða. Er þá jafnvel fjármagninu dreift á milli nokkurra fjármálafyrirtækja. Einnig getur þetta átt sér stað með því að áþreifanlegum ávinningi af broti, til dæmis peningum eða öðrum verðmætum er skipt í tékka eða jafnvel blandað saman við lögmætt fjármagn til að koma í veg fyrir grun um refsivert brot.⁵⁷ Hér er því tilgangurinn að koma fjármuninum frá þeim stað sem þeirra var upphaflega aflað. Óhætt er að fullyrða að ef ekki kemst upp um peningabætti á þessu stigi geti reynst ómögulegt að koma upp um það á síðari stigum ferlisins.

B. Þvætti (e. layering)

Annað stigið felst í því að eftir að illa fengnu fé hefur verið komið inn í fjármálakerfið eru peningarnir, tékkarnir eða verðbréfin færð yfir í önnur fjármálafyrirtæki. Er þetta gert í þeim tilgangi að fjarlægast hinn upprunalega tilgang viðskipta, þ.e. hinn refsiverða verknáð, með því að hið illa fengna og ólögmæta fé er skilið frá hinum ólöglega uppruna sínum. Á það sér stað með þeim hætti að framkvæmdir eru margar og flóknar viðskiptafærslur í því skyni að fela hinn raunverulega uppruna fjármunanna. Er það gert með því að kaupa önnur verðbréf, tryggingasamninga eða aðra fjármálagerninga sem auðvelt er að færa á milli fjármálafyrirtækja.⁵⁸ Með þessum aðgerðum getur aðilum tekist að dylja slóð fjármunanna þannig að nær ógerlegt er að koma upp um peningabætti.

C. Hagnýting (e. integration)

Þegar þvættið hefur tekist er næsta skref og jafnframt seinasta stigið í ferlinu að koma

53 Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 1. Aðgengilegt á www.world-check.com.

54 deKieffer, Donald E., The Internet and the Globalization of Counterfeit Drugs, Journal of Pharmacy Practice, Vol. 19 (3) 2006, bls. 174. Aðgengilegt á <http://jpp.sagepub.com>.

55 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-9.

56 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-7.

57 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-7.

58 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-8.

fjármuninum aftur inn í efnahagskerfið í þeim tilgangi að fjármunirnir lita út fyrir að þeim hafi verið löglega aflað. Felur það í sér að hið illa fengna fé er hagnýtt og komið fyrir í eignum sem yfirleitt eru taldar löglegar og viðurkenndar í þjóðfélaginu. Það er gert með því að fjárfesta í áþreifanlegum eignum, svo sem fasteignum, farartækjum, hlutabréfum eða öðrum fjármálagerningum, eða öðrum munaðarvörum.⁵⁹ Eftir að þessu stigi er lokið hefur peningabætti náð hinum upprunalega tilgangi sínum að koma hinu illa fengna fé í umferð meðal almennings.

Það er ekki svo að peningabætti eigi sér stað á öllum þessum þremur stigum og í sumum tilvikum er jafnvel gengið lengra en þessi þrjú stig gefa til kynna.⁶⁰ Þetta ferli á einnig við þegar um fjármögnun hryðjuverka er að ræða, fyrir utan þriðja stigið því þar eru fjármunirnir lagðir í fjármögnun hryðjuverka og stofnanir á vegum hryðjuverkamanna, á meðan peningabætti fer hina leiðina, þ.e. frá hinum refsiverða verknaði yfir í hið lögmæta hagkerfi.⁶¹

4.4.2. Smygl á peningum

Ein af þeim elstu aðferðum sem notaðar hafa verið við peningabætti er peningasmygl. Peningunum er þá komið fyrir í vörusendingu sem er á leið frá því landi þar sem peninganna var aflað. Menn sem stunda slíkt eru þekktir fyrir að vera eigendur flutningafyrirtækja þannig að þeir eigi auðveldara með að koma peningunum fyrir í þeim vörusendingum sem fluttar eru með fyrirtækjum þeirra.⁶² Þá er það algengt að fikniefnasmyglarar eða fikniefnasalar myndi sambönd við starfsmenn flutningsaðila og borgi þeim jafnvel þóknun fyrir að flytja peninga eða fikniefni milli landa. Nokkur slík mál hafa komið upp

á Íslandi og flest öll tengjast þau flutningum á fikniefnum. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 6. apríl 2001 í máli nr. S-1003/2000 er einn aðili sakfelldur fyrir peningabætti með því að hafa tekið við fjármunum og flutt með flutningaskipi sem hann var starfsmaður á. Afhenti viðkomandi síðan fjármunina þegar á leiðarenda var komið. Í niðurstöðu héraðsdóms sagði að ákærði hefði haft rökstudda ástæðu til að ætla að fjármunirnir væru ekki löglega fengnir þar sem í slíkum tilvikum notuðu menn að jafnaði aðrar og öruggari leiðir til þess að flytja slíkt fé á milli landa. Auk þess bentu önnur atvik til þess að ákærði hafi mátt vita að fjármunirnir væru ávinningur af fikniefnasölu félaga hans á Íslandi og væru ætlaðir til enn frekari kaupna á fikniefnum.⁶³

Einstaklingar sem ferðast milli landa í þeim tilgangi að smygla peningum flytja peningana annaðhvort í tösku eða innan klæða líkt og eiturlyfjasmyglarar gera gjarnan. Einfaldasta en jafnframt óruggasta leiðin er smygl á peningum með póstsendingum. Þessi leið reynist smyglurum erfið þar sem pósthyriræki hafa á sínum vegum starfsfólk sem greinir póstsendingarnar um leið og þær koma inn í landið.⁶⁴ Árin 2000 til 2001 voru samhlíða sakamáli nr. 774/2000, sem dæmt hafði verið í Héraðsdómi Reykjavíkur 27. júní 2000, sbr. H frá 22. febrúar 2001 í máli nr. 312/2000, flutt þrjú önnur mál sem öll vörðuðu peningabætti á ávinningi af fikniefnum. Í þessum málum var aðallega um tvær mismunandi aðferðir við peningabætti að ræða. Annars vegar sending á erlendum gjaldeyri með pósti en hins vegar rafrænar millifærslur í gegnum fjármálafyrirtæki. Ástæða þess að peningum er smyglað frá einu landi til annars með rafrænum hætti er fyrst

⁵⁹ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-9.

⁶⁰ Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 25.

⁶¹ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 1-9.

⁶² Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 28.

⁶³ Héraðsdómur Reykjavíkur frá 6. apríl 2001 í máli nr. S-1003/2000, úr niðurstöðukafla héraðsdóms.

⁶⁴ Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 28.

og fremst súa að auðveldara getur verið að fela slóð peninganna. En jafnframt er ástæðan súa að í þeim löndum sem peningunum er smyglað getur löggjöfin kveðið á um mikla bankaleynd og lítið eftirlit er með gjalddeyrismálum. Jafnframt getur þar verið um að ræða minna eftirlit með peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka.

4.4.3. Milligönguáðilar

Súa aðferð sem er hvað mest notuð af aðilum sem stunda peningaþvætti felst í því að stórum peningaupphæðum er skipt niður í smærri upphæðir. Það eru síðan milligönguáðilar eða svokallaðir „strumpar“ sem eru notaðir til að fara með ágóðann í nokkra banka þar sem fjármuninum er skipt yfir í aðra gjaldmiðla eða keyptar eru banka-ávisanir.⁶⁵ Þær upphæðir sem um ræðir eru jafnan lægri en þær sem lög kveða á um að miða eigi við varðandi tilkynningaskyldu til yfirvalda. Í H frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 200/2001 voru málavextir þeir að ákærði hafði tekið við peningum af aðila sem hann vissi að voru afrakstur fíkniefnasölu viðkomandi og voru ætlaðir til frekari fíkniefnakaupa erlendis. Fékk ákærði þau fyrirmæli að skipta peningunum yfir í erlenda mynt í íslenskum fjármálafyrirtækjum og senda peningana til tilgreindra aðila erlendis. Í gögnum málsins kom fram að ákærði hafi suma daga farið margar ferðir í banka, stundum líðu fáir dagar á milli, oft um hálfur mánuður en stundum einn til þrjú mánuðir í þessum erindagjörðum fyrir viðkomandi fíkniefnasala. Var ákærði sakfelldur fyrir peningaþvætti skv. 1., sbr. 2. mgr. 264. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, með því að hafa tekið við og skipt peningum í erlenda mynt þrátt fyrir að

hafa vitað að peningarnir væru afrakstur fíkniefnasölu og að peningarnir væru ætlaðir til frekari fíkniefnakaupa.⁶⁶

Það helsta sem einkennir þessa milligöngumenn er að þeir vita jafnan ekki í hvaða tilgangi viðskiptin eru gerð. Þeir fara einungis eftir þeim fyrirmælum sem þeim eru gefin og fá jafnvel greidda þóknun fyrir.⁶⁷ Viðskiptum sem fara fram „augliti til auglits“ fer þó sífellt fækkandi þar sem tiltölulega auðvelt er að sjá hvort eitthvað grunsamlegt sé við viðskipti þar sem aðili kemur í banka með mikið magn peningaseðla og fær því skipt yfir í erlenda gjaldmiðil.⁶⁸

4.4.4. Rafræn greiðslumiðlun

Tækniframfarir í fjármálakerfinu hafa opnað ótal tækifæri fyrir aðila sem ætla að koma illa fengnu fé í umferð. Er þessi leið einkum valin þar sem auðvelt reynist að hylja slóðina að uppruna fjármagnsins.⁶⁹ Rafræn greiðslumiðlun fer í flestum tilvikum fram í gegnum millifærslu í bankakerfinu þar sem banki fær fyrirmæli frá sendanda um að senda eigi peninga til viðtakanda í ákveðnum banka. Millifærslan getur einnig átt sér stað með þeim hætti að stórri upphæð er skipt niður í smærri upphæðir og þær síðan fluttar inn á reikninga hjá boðberunum eða strumpunum svokölluðu sem oft eru staðsettir í sitthvoru landinu. Þessi aðferð fellur vel að hinu hefðbundna ferli peningaþvættis. Fjármunir geta verið fluttir milli nokkurra banka og milli landa í þeim tilgangi að fela slóðina að uppruna fjármagnsins.⁷⁰ Það má því segja að rafræn greiðslumiðlun njóti sérstakra vinsælda meðal þeirra sem stunda peningaþvætti af tveimur ástæðum. Í fyrsta lagi þar sem

65 Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 30.

66 Hæstaréttardómur frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 200/2001, niðurstöðukafla héraðsdóms.

67 Levi, Michael, Money Laundering and Its Regulation, The ANNALS of the American Academi of Political and Social Science, Vol.582 (1) 2002, bls. 185. Aðgengilegt á <http://ann.sagepub.com>.

68 Doughty, Caroline, Know your customer: Automation is

key to comply with legislation, Business Information Review, Vol. 22 (4) 2005, bls. 249. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

69 Shields, Peter, Electronic Networks, Enhanced State Surveillance and the Ironies of Control, Journal of Creative Communication, Vol. 1(19) 2006, bls. 19. Aðgengilegt á <http://crc.sagepub.com>.

70 Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 30.

auðvelt er að fela uppruna fjármagnsins vegna fjölda þeirra greiðslufyrirmæla sem fara í gegnum greiðslukerfin dag hvern. Í öðru lagi eru rafræn viðskipti sjaldan skjalfest þannig að erfiðara er að sanna slík viðskipti.⁷¹ Hryðjuverkamenn hafa notað rafræna greiðslumiðlun til fjármögnunar hryðjuverka og má þar einkum nefna samtök Osama Bin Ladens sem skipulagði hryðjuverkaárásirnar á Bandaríkin þann 11. september 2001. Samtökin, sem fluttu peninga í gegnum bandarískt greiðslukerfi, notuðu dulkóðun þar sem skilaboðin voru óskiljanleg öðrum en þeim sem þekktu til þessara samtaka og þannig gátu þeir hulið slóð sína í samskiptakerfi á veraldarvefnum.⁷² Sem dæmi um rafræn greiðslumiðlunarkerfi má nefna Western Union og MoneyGram sem eru alþjóðleg peningaflutningafyrirtæki. Þjónusta þessara fyrirtækja er mjög hröð og tekur hver sending að jafnaði aðeins fáeinir mínútur allt frá því að greiðsla er innt af hendi þar til peningarnir eru tilbúnir til útborgunar í öðru landi. Viðtakandi peningasendingar með þessum hætti þarf ekki að eiga bankareikning né að vera í viðskiptum í þeim banka sem peningur er sendur til.⁷³ Bæði í H frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 200/2001 og í H frá 20. nóvember 2003 í máli nr. 333/2003 kom fram að við flutning fjármagns vegna fikniefnaviðskipta hafi verið notast við fyrirtækið Western Union.

Erfitt hefur reynst fyrir stjórnvöld að setja lagafyrirmæli um það hvernig eigi að haga eftirliti með rafrænum greiðslukerfum þannig að koma megi í veg fyrir flutninga á illa fengnu fé í gegnum þessi kerfi. Í rafrænum greiðslukerfum eiga fjöldi

millifærslna sér stað frá því að fjármunirnir fara frá upprunalegum eiganda þar til þeir berast á reikning viðtakandans.⁷⁴ Þar að auki getur lagaumhverfið verið með þeim hætti að lög þess lands sem viðtökubankinn er í krefjast þess ekki að upplýsinga sé aflað um sendanda fjármunanna. Í rauninni getur slík upplýsingaöflun jafnvel verið bönnuð samkvæmt viðkomandi landslögum.⁷⁵

4.4.5. Skelfyrirtæki

Til að dylja uppruna illa fengins fjár eru gjarnan stofnuð svokölluð skelfyrirtæki. Er hér um að ræða fyrirtæki sem stunda annaðhvort enga starfsemi eða mjög litla starfsemi. Slík fyrirtæki eða félög geta verið notuð í mjög misjöfnum tilgangi. Í flestum tilvikum er um að ræða fyrirtæki sem eru aðeins til á pappír og einungis ein manneskja kemur fram fyrir hönd fyrirtækisins.⁷⁶ Sem dæmi um slíkt má nefna mál orkufyrirtækisins Enron sem er eitt stærsta og þekktasta fjármálamisferli sögunnar sem fólst aðallega í því að stofnuð voru fyrirtæki sem voru eins konar dóttur- eða sameignarfélög. Þessi fyrirtæki voru lítið annað en skelin og áttu engar eignir en engu að síður gat Enron gengið til samstarfs við þessi fyrirtæki og notfært sér þau til að dylja tap á rekstri fyrirtækisins.

4.4.6. Fasteignaviðskipti

Aðilar sem stunda þvætti á illa fengnu fé hafa í mörgum tilvikum stundað fasteignaviðskipti í þeim tilgangi að fela uppruna fjármagnsins, sérstaklega þegar um mikla fjármuni er að ræða.⁷⁷ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 14. júní 2001 í máli nr. S-2612/2000 var ákært fyrir viðtöku, geymslu

71 Shields, Peter, Electronic Networks, Enhanced State Surveillance and the Ironies of Control, Journal of Creative Communication, Vol 1(19) 2006, bls. 30. Aðgengilegt á <http://crc.sagepub.com>.

72 Shields, Peter, Electronic Networks, Enhanced State Surveillance and the Ironies of Control, Journal of Creative Communication, Vol. 1(19) 2006, bls. 19. Aðgengilegt á <http://crc.sagepub.com>.

73 Upplýsingar af www.westernunion.com og www.moneygram.com (sótt 24. apríl 2007).

74 Shields, Peter, When the „information revolution“ and the US security state collide, New Media & Society, Vol. 7 (4) 2005, bls. 487-488. Aðgengilegt á <http://nms.sagepub.com>.

75 Shields, Peter, When the „information revolution“ and the US security state collide, New Media & Society, Vol. 7 (4) 2005, bls. 488. Aðgengilegt á <http://nms.sagepub.com>.

76 Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 30-31.

77 Reuter, Peter og Truman, Edwin M., Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering (2005), bls. 31.

og meðferð fjármuna sem ljóst var að var ávinningur af fikniefnaviðskiptum. Ákærði bar því við fyrir dómi að hann hafi talið að um væri að ræða fjármuni sem tengdust fasteignasölu þess sem afhenti honum fjármunina. Í niðurstöðu dómsins segir:

„Fyrir dómnum bar vitnið S[...] að hann hefði ekki aðskilið fé sem hann fékk á löglegan hátt og fikniefnaágróða og kvæðst ekki vita hvort þarna hefði verið um ágóða af fikniefnaviðskiptum að ræða eða ekki. Á þessum tíma stundaði S[...] umfangsmikil viðskipti með fikniefni, sbr. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 27. júní 2000 í málinu nr. S-774/2000 og Hæstaréttardóm í máli nr. 312/2000 frá 22. febrúar sl. [2000] og er ljóst að velta þeirrar starfsemi hefur verið mjög mikil. Þykir í þessu sambandi ekki skipta máli hvort S[...] blandaði hugsanlega löglega fengnu fé saman við fé sem var ávinningur af fikniefnaviðskiptum. Það er eðli peningabættisbrota að illa fengnu fé er blandað saman við lögmatan ágóða í þeim tilgangi að fela hið fyrrnefnda. Af þessu leiðir að brotamaður verður að bera halla af því ef hinn lögmati hluti fjárens verður ekki skýrt aðgreindur þegar svo stendur á.“⁷⁸

Hér var um að ræða stórfellt fikniefnasmygl ásamt skipulagðri sölu fikniefna. Höfuðpaurinn notfærði sér rekstur sinn, en hann vann að sölu fasteigna auk annarra smærri verkefna, til að fela hið illa fengna fé. Blandaði hann því ávinningi af sölu fikniefnanna saman við löglega aflað fé og kom þannig fjármuninum í umferð.

5. SKYLDUR FJÁRMÁLAFYRIRTÆKJA

5.1. Almenn

Samkvæmt lögum nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðju-

verka, og reglugerðum settum samkvæmt þeim, hvilaríkarskyldurá fjármálafyrirtækjum þar sem stjórnendum þeirra er gert að sjá til þess að aðgerðum gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka sé sinnt með fullnægjandi hætti í starfsemi fyrirtækisins. Í apríl 2006 sendi Fjármálaeftirlitið frá sér umræðuskjal nr. 5/2007 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, sem eru drög að leiðbeinandi tilmælum Fjármálaeftirlitsins um það hvernig fjármálafyrirtæki og aðrir eftirlitsskyldir aðilar skuli framfylgja ákvæðum laga nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.

5.2. Könnun á áreiðanleika viðskiptavina Megin skyldur fjármálafyrirtækja samkvæmt lögum nr. 64/2006 felast í því að kanna hver viðskiptavinurinn er (e. Know Your Customer). Reglur um könnun á áreiðanleika viðskiptavina eru eitt mikilvægasta tækið í baráttunni gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.⁷⁹ Algjört bann er lagt við stofnun nafnlausra reikninga eða reikninga á nöfnum sem augljóslega eru tilbúin. Ber fjármálafyrirtækjum því að framkvæma áreiðanleikakannanir á viðskiptavinum sínum hvort sem um er að ræða nýja viðskiptavini eða viðskiptasamband sem þegar hefur verið stofnað til. Ef fjármálafyrirtækjum er ekki unnt að afla þessara upplýsinga er þeim hvorki heimilt að stofna til reikningsviðskipta, viðskiptasambands né framkvæma færsluna. Ef viðskiptin eru grunsamleg með tilliti til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka ber að tilkynna viðskiptin til ríkislögreglustjóra.⁸⁰

Í 4. gr. laga nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka eru talin upp í fimm stafliðum þau tilvik þar

⁷⁸ Héraðsdómur Reykjavíkur frá 14. júní 2001 í máli nr. S-2612/2000, 4. málsgrein í niðurstöðukafla Héraðsdóms.

⁷⁹ Customer due diligence for banks, frá október 2001, Basel Committee on Banking Supervision, bls. 2. Aðgengilegt á <http://www.bis.org/>.

⁸⁰ The 40 Recommendations of the FATF on Money Laundering, Recommendation 5, frá 22. október 2003. Aðgengilegt á www.fatf-gafi.org.

sem tilkynningarskyldum aðilum er skylt að kanna áreiðanleika viðskiptavina.

Í fyrsta lagi verður könnun á áreiðanleika viðskiptavinar ætíð að fara fram við upphaf viðskiptasambands, sbr. a-lið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 64/2006. Samkvæmt umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 er það algjört grundvallarskilyrði að viðskiptavinurinn sanni á sér deili áður en samningssambandi er komið á.⁸¹ Telst samningssamband hafa stofnast „á þeim tímupunkti þegar viðskiptavinur getur og hefur heimild til að nýta sér þjónustu tilkynningarskylds aðila“.⁸² Upphaf viðskipta geta stofnast við undirritun lánasamnings milli fjármálfyrirtækis og viðskiptavinar. Eins getur verið um að ræða samning um eignastýringu og samning um einkabankþjónustu. Jafnframt getur viðskiptasamband stofnast við stofnun innlánsreiknings eða við afhendingu greiðslukorts til viðskiptavinar.⁸³ Hér ber að benda á að upphaf viðskiptasambands getur einnig átt sér stað með stofnun orlofsreikninga, lífeyrisreikninga og gjafareikninga. Þessir reikningar eru í flestum tilvikum ekki stofnaðir af reikningseigandanum sjálfum heldur af þriðja aðila, vinnuveitanda eða gefanda fjármuna þegar um gjafareikning er að ræða. Í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 eru engar leiðbeiningar að finna um það hvernig haga beri könnun á áreiðanleika viðskiptavinar við stofnun slíkra reikninga. Nær ómögulegt getur verið fyrir fjármálfyrirtæki að koma í veg fyrir stofnun slíkra reikninga og því væri réttast að heimila frestun á könnun á áreiðanleika viðskiptavinar fram að fyrstu úttekt af reikningi. Þannig yrði heimilt að stofna

reikning án þess að könnun færi fram en óheimilt væri að taka út af reikningnum nema könnun hafi farið fram og því yrði reikningurinn að vera læstur fyrir útborgun fram að því.⁸⁴

Í öðru lagi verður áreiðanleikakönnun að fara fram vegna einstakra viðskipta að fjárhæð 15.000 evrur eða meira og gjalddeyrisviðskipta að fjárhæð 1.000 evrur eða meira miðað við opinbert viðmiðunargengi eins og það er skráð hverju sinni, sbr. b og c-lið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 64/2006. Skiptir þá ekki máli hvort þessi viðskipti fara fram í einni færslu eða fleirum sem virðast tengjast hver annarri.

Í þriðja lagi verður könnun á áreiðanleika upplýsinga að fara í öllum tilvikum fram þegar grunur leikur á að um peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka er að ræða, sbr. d-lið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 64/2006. Skiptir þá engu máli hvort einhverjar undanþágur frá könnun á áreiðanleika upplýsinga eða aðrar takmarkanir séu heimilaðar frá slíkri könnun, t.d. ef fjárhæð sem keypt er fyrir er lægri en 15.000 evrur í einstökum viðskiptum eða þegar heimil væri einföld könnun á áreiðanleika upplýsinga samkvæmt 15. gr. laganna.⁸⁵

Að lokum er skylt að gera áreiðanleikakönnun á viðskiptavin þegar vafi leikur á því að fyrirbyggjandi upplýsingar um viðskiptavin séu réttar eða nægilega áreiðanlegar, sbr. e-lið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 64/2006.

Í áreiðanleikakönnunum ber fjármála-fyrirtækjum að bera kennsl á viðskiptavininn og staðfesta deili hans, kanna hver raunverulegur eigandi fjármunanna er og fá upplýsingar um hver tilgangur og ætlað

81 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.1 Áreiðanleikakönnun. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

82 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.2 Upphaf viðskipta. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

83 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka

frá 3. apríl 2007, kafli 2.2 Upphaf viðskipta. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

84 Umsögn Samtaka fjármálfyrirtækja um Umræðuskjal nr. 5/2007, drög Fjármálaeftirlitsins að tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, frá 2. maí 2007, bls. 1.

85 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Athugasemdir við 4. gr. frumvarpsins. Aðgengilegt á www.althingi.is.

eðli viðskiptanna er, sbr. 2. mgr. 5. gr. laga nr. 64/2006.⁸⁶ Raunverulegur eigandi er skilgreindur í 4. t.l. 3. gr. laga nr. 64/2006. Þar eru einnig tiltekin ákveðin tengsl sem eiga við um raunverulegan eiganda. Í öðrum tilvikum verður að meta hvenær aðili telst stjórna lögðila eða öðrum einstaklingi þannig að hann teljist vera raunverulegur eigandi.

5.3. Upplýsingaöflun

5.3.1. Einstaklingar

Til að hægt sé að gera áreiðanleikakönnun á viðskiptavinum við upphaf viðskipta er mikilvægt að hann sé viðstaddur í eigin persónu til að sanna á sér deili. Samkvæmt 5. gr. laga nr. 64/2006 verður nýr viðskiptavinur að sanna á sér deili með framvísun persónuskilríkja sem gefin eru út af opinberum aðila. Vert er að benda hér á að persónuskilríki gefin út af opinberum aðilum halda gildi sinu til nokkurra ára í senn. Til dæmis getur ókuskírteini verið gefið út til fjórutíu ára í senn og því gæti fjármálafyrirtækjum verið nauðsynlegt að uppfæra slíkar upplýsingar reglulega með tilliti til þess. Fjármálaeftirlitið hefur gefið það út í umræðuskjali nr. 5/2007 að annarra og meiri upplýsinga, til viðbótar við framvísun persónuskilríkja, sé nauðsynlegt að afla til að staðreyna upplýsingar um viðskiptavin. Má þar nefna upplýsingar um lögheimili, fæðingarstað, þjóðerni, starf eða stöðu, tegund viðskipta, eðli viðskiptasambands og að lokum undirskrift viðskiptavinar.⁸⁷ Fjármálaeftirlitið leggur það til í umræðuskjali sínu nr. 5/2007 að fjármálafyrirtæki staðreyni að viðskiptavinur sé sá sem hann segist vera og afli í þeim tilgangi fullnægjandi upplýsinga um viðskiptavin. Staðreining á upplýsingum um viðskiptavin getur falist í því að staðfest sé rétt

lögheimili viðskiptavinar með upplýsingum úr þjóðskrá. Einnig mælir Fjármálaeftirlitið með því að haft sé samband við viðskiptavin í gegnum síma, með bréfi eða netpósti til að staðfesta uppgefnar upplýsingar. Auk þess getur fjármálafyrirtæki fengið staðfestingu á gildi opinberra gagna frá t.d. sendiráði, lögbókanda (Notarius publicus) eða öðrum viðurkenndum og virtum aðila ef um erlendan viðskiptavin er að ræða.⁸⁸

Það er ljóst að fjármálafyrirtækjum er það mjög mikilvægt að afla persónugreinanlegra upplýsinga frá viðskiptavinum sínum sérstaklega í þeim tilvikum þar sem viðskiptin hafa í för með sér sérstaka hættu með tilliti til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka. Viðskipti með peninga hafa til að mynda ávallt slíka hættu í för með sér. Má í þessu sambandi benda á hin sérstöku tilmæli níu sem FATF samtökin hafa gefið út en þar er gerð krafa um það þegar um rafrænar millifærslur er að ræða að fjármálafyrirtæki láti fylgja nákvæmar og skilmerkilegar upplýsingar um sendandann með millifærslum fjármuna sem og sendingum tengdra skilaboða. Jafnframt ber að láta upplýsingarnar fylgja með millifærslum og tengdum skilaboðum út allt greiðsluferlið.⁸⁹

5.3.2. Lögðilar

Framangreindar reglur um könnun á áreiðanleika upplýsinga um einstaklinga gilda einnig um lögðila eftir því sem við á. Samkvæmt b-lið 1. mgr. 5. gr. laga nr. 64/2006 verða lögðilar að leggja fram vottorð úr fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra eða úr sambærilegri skrá ef um erlendan aðila er að ræða. Auk þessa upplýsinga leggur Fjármálaeftirlitið það til í umræðuskjali nr. 5/2007 að annarra og meiri upplýsinga sé aflað um lögðila til að ganga úr skugga

87 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.3.2. Upplýsingar sem afla skal. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

88 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka

frá 3. apríl 2007, kafli 2.3.2. Upplýsingar sem afla skal. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

89 9 Special Recommendations on Terrorist Financing, VII. Wire transfers, frá október 2001 og uppfærð 22. október 2004. Aðgengilegt á www.fatf-gafi.org.

um lagalega tilvist og form lögaðila. Má þar nefna upplýsingar eins og samþykktir félags, ársreikning síðasta reikningsárs, upplýsingar um eigendur og hluthafa, upplýsingar um stjórnarmenn og reglur um það hver geti skuldbundið lögaðila svo eitthvað sé nefnt. Prókuruhafar verða hins vegar að sanna á sér deildi með því að framvísa persónuskilríkjum eða með sama hætti og einstaklingar sanna á sér deili. Jafnframt þurfa prókuruhafar að sýna fram á að þeir hafi heimild til að koma fram fyrir hönd lögaðila. Fjármálaeftirlitið leggur það til umræðuskjali nr. 5/2007 að fjármálafyrirtæki staðfesti áreiðanleika þeirra upplýsinga sem lögaðili veitir með því að skoða síðustu ársskýrslu og endurskoðaðan ársreikning, nota opinberar upplýsingaskrár, staðreyna að lögaðilinn sé í starfsemi og hafi ekki verið lagður niður, afla upplýsinga um fyrri bankaviðskipti lögaðila, heimsækja lögaðilann ef þess er þörf eða hafa samband við lögaðilann í gegnum síma, bréfleiddis eða með netpósti.⁹⁰ Af þessu má sjá að upplýsingaöflun fjármálafyrirtækis varðandi lögaðila getur verið mun flóknari og tímafrekari en þegar um einstaklinga er að ræða.

5.3.3. Tímabundin frestun upplýsingaöflunar

Þær aðstæður geta komið upp að viðskiptavinur getur ekki verið viðstaddur við upphaf viðskipta og veitt þær lögboðnu upplýsingar sem honum ber að gera, til dæmis vegna veikinda, fötlunar eða landfræðilegra aðstæðna. Fjármálaeftirlitið leggur það til í tilmælum sínum að fjármálafyrirtæki kanni þann möguleika á að heimsækja viðskiptavininn.⁹¹ Ef ekki sýnist þörf á að upplýsinganna sé aflað án fyrirvara þar

sem litil hætta sé á peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka gæti 8. gr. laga nr. 64/2006 komið til greina. Ákvæðið varðar tímabundna frestun upplýsingaöflunar og er ákvæðinu meðal annars ætlað að koma til móts við þau tilvik þar sem viðskiptavinur er ekki á staðnum til að sanna á sér deili. Markmið þessa er að trufla ekki eðlilegan framgang viðskipta en viðskiptavinur verður að sanna á sér deili eins fljótt og við verður komið. Væri þá fjármálafyrirtæki heimilt að opna bankareikning á nafni viðskiptavinar þrátt fyrir að skilyrðum um upplýsingar sé ekki fullnægt að því tilskildu að tryggt sé að færslur á hann verði ekki framkvæmdar fyrr en viðskiptavinur hefur sannað á sér deili.⁹² Er þetta undanþága frá þeirri meginreglu um að viðskiptavinur skuli sanna á sér deili áður en samningssambandi er komið á. Fjármálaeftirlitið leggur áherslu á það í umræðuskjali sínu nr. 5/2007 að fjármálafyrirtæki „beiti þessu ákvæði af varfærni og eingöngu í undantekningatilvikum“.⁹³ Ef hvorug þessara leiða er fær kæmu til skoðunar auknar kröfur samkvæmt 10. gr. laga nr. 64/2006 en ákvæðið varðar fjarsölu og fjallar einnig um það þegar viðskiptavinur er ekki á staðnum til að sanna á sér deili.

5.3.4. Fjarsala

Fjármálafyrirtæki bjóða viðskiptavinum sínum gjarnan upp á þá þjónustu að þeir þurfi ekki að vera viðstaddir stofnun samninga eða annars konar stofnun á viðskiptum. Er hér um að ræða viðskipti með fjarsölu þar sem stofnun samninga fer fram í gegnum fjarskiptaleiðir eða á annan sambærilegan hátt þar sem viðskiptavinurinn er ekki á

⁹⁰ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.3.2. Upplýsingar sem afla skal. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

⁹¹ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.3. Upplýsingaöflun. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

⁹² Ingimar Ingason, Ný lög um aðgerðir gegn peningabætti o.fl., Lögmannablaðið, 4. tbl., 12. árg. 2006, bls. 8.

⁹³ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.3. Upplýsingaöflun. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

staðnum. Þjónusta af þessu tagi getur verið hraðbankþjónusta, simabankþjónusta og notkun annarra rafrænna fjarskiptamiðla, s.s. Internets, í viðskiptum. Samkvæmt 10. gr. laga nr. 64/2006 ber fjármálfyrirtækjum við upphaf slíkra viðskipta að afla viðbótargagna um viðskiptavin ef nauðsyn krefst svo og krefjast þess að fyrsta greiðsla skuli gerð í nafni viðskiptavinar og af reikningi sem hann hefur stofnað í viðkomandi fjármálfyrirtæki. Fjármálaeftirlitið kveður svo á um í umræðuskjali nr. 5/2007 að viðhafa skuli „jafngóðar starfsaðferðir til að kanna deili á viðskiptamanni og væri hann viðstaddur í eigin persónu“.⁹⁴ Hinar auknu kröfur um öflun viðbótargagna um viðskiptavin geta falist í upplýsingum um fyrri bankaviðskipti viðskiptavinar, staðfestingu frá opinberum aðila um áreiðanleika upplýsinga og frekari upplýsingum um uppruna fjármagns.⁹⁵

5.3.5. Einstaklingar í áhættuhópi

Ef fjármálfyrirtæki á í samningssambandi eða viðskiptum við einstaklinga sem teljast vera í áhættuhópi vegna stjórnmalalegra tengsla sinna og eru búsettir í öðru landi verður það að fullnægjan tilteknum skilyrðum samkvæmt 12. gr. laga nr. 64/2006 ásamt 2. kafla laganna. Fyrsta skilyrðið kveður á um að meta þurfi hvort viðskiptavinur teljist vera í áhættuhópi vegna stjórnmalalegra tengsla sinna. Til þess hóps teljast þeir sem eru eða hafa verið háttsettir í opinberri þjónustu, svo sem forsetar, ráðherrar og þingmenn, og nánasta fjölskylda þeirra eða einstaklingar sem vitað er að eru nánir samstarfsmenn þeirra. Fjármálfyrirtæki notast gjarnan við miðlæga gagnagrunna, sem halda utan

um ýmsar upplýsingar um einstaklinga og lögáðila til að afla upplýsinga um það hvort viðskiptavinur sé á lista yfir aðila í áhættuhópi. Sá gagnagrunnur sem er hvað mest notaður af fjármálfyrirtækjum í Vestur Evrópu nefnist World Check.⁹⁶ Í öðru lagi þarf fjármálfyrirtæki að afla samþykkis næsta stjórnunarstígs fyrir ofan þann starfsmann sem hefur umsjón með viðskiptunum áður en stofnað er til viðskipta. Þá þarf að gripa til viðeigandi ráðstafana til að sannreyna uppruna fjármagns þess sem notað er í viðskiptunum þar sem aflað er upplýsinga um eignir og tekjur viðkomandi til að meta hvort viðskiptin séu í eðlilegum tengslum við fjárhagslega stöðu hans.⁹⁷ Að lokum ber fjármálfyrirtæki að hafa reglubundið aukið eftirlit með slíku viðskiptasambandi, sbr. d-lið ákvæðisins. Ástæða þess að gæta verður aukinnar varúðar þegar um stjórnmalaleg tengsl viðskiptavinar er að ræða er sú að mestu ránin hafa verið framin af stjórnmalamönnum erlendis og eins eru mútur algeng þeirra á meðal. Er þessi varúðarráðstöfun meðal annars gerð í þeim tilgangi að koma í veg fyrir stjórnmalaspillingu.

5.4. Reglubundið eftirlit

Reglur um könnun á áreiðanleika viðskiptavinar krefjast þess að áreiðanleikakannanir á einstaklingum og lögáðilum séu framkvæmdar reglulega til þess að þær þjóni þeim tilgangi sem þeim er ætlað.⁹⁸ Það er ekki aðeins við upphaf viðskipta sem eftirlitskrafan er virk því samkvæmt 6. gr. laga nr. 64/2006 eiga fjármálfyrirtæki að hafa reglubundið eftirlit með samningssambandinu til að tryggja að viðskipti þeirra séu í samræmi

⁹⁴ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.6 Auknar kröfur til könnunar á áreiðanleika upplýsinga um viðskiptamann. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

⁹⁵ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.6 Auknar kröfur til könnunar á áreiðanleika upplýsinga um viðskiptamann. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

⁹⁶ Upplýsingar af www.world-check.com.

⁹⁷ Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Athugasemdir við 12. gr. frumvarpsins. Aðgengilegt á www.althingi.is.

⁹⁸ Doughty, Caroline, Know your customer: Automation is key to comply with legislation, *Business Information Review*, Vol. 22 (4) 2005, bls. 249. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

við fyrirbyggjandi upplýsingar. Þetta getur til dæmis verið gert með athugun á viðskiptum sem eiga sér stað á meðan á samningssambandinu stendur. Jafnframt ber fjármálafyrirtækjum að uppfæra upplýsingarnar og ef þörf krefur að afla frekari upplýsinga. Nær þetta eftirlit bæði til nýrra viðskiptavina og þeirra sem hafa verið lengur í viðskiptum.⁹⁹ Hið reglubundna eftirlit getur farið fram með því að fyrirbyggjandi upplýsingar um viðskiptavin eru bornar saman við upplýsingar frá þjóðskrá. Í þjóðskrá eru færðar allar upplýsingar um hagi manna, svo sem fæðingar, nafngjafir og búferlaflutningar innanlands og utanlands. Þá getur hið reglubundna eftirlit farið fram með því að fjármálafyrirtæki kanni áfram upplýsingar um viðskiptavin til dæmis þegar breytingar verða á viðskiptasambandinu. Í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 kemur fram að ákvæðið taki jafnframt til viðskiptavina sem viðskipti voru stofnuð við fyrir gildistöku laga nr. 64/2006 og þar sem þörf er á frekari upplýsingum.¹⁰⁰

Samkvæmt umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 gætu fjármálafyrirtæki þurft að afla frekari upplýsinga þegar breytingar á viðskiptasambandi eiga sér stað, þegar færslur fara upp fyrir tiltekin fjárhæðarmörk, ef ör velta á reikningi er í ósamræmi við innistæðu hans eða þegar færslur falla utan venjubundins viðskiptamynsturs viðskiptavinar.¹⁰¹ Fjársvik og ýmis fjármálamisferli hafa leitt til mikilla tækniframfara í heiminum. Með aukinni tæknivæðingu hefur fjármálafyrirtækjum reynst auðveldara að þekkja og rekja slóð þeirra sem notfæra sér

fjármálakerfið til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka.¹⁰² Til að fylgjast með þessu hafa fjármálafyrirtæki leitast við að taka í gagnið miðlæga gagnagrunna þar sem haldið er utan um upplýsingar um einstaklinga og lögaðila. Um er að ræða mynstursgreiningarforrit sem getur greint öll frávik og öll mynstur viðskipta. Sá gagnagrunnur sem nokkur fjármálafyrirtæki á Íslandi hafa innleitt í sinni starfsemi nefnist Norkom. Kerfið safnar saman upplýsingum og sjar út upplýsingar um óvenjulegar færslur sem verða á reikningi viðkomandi og allar óvenjulegar breytingar á viðskiptasambandi.

5.5. Athugun á grunsamlegum viðskiptum
Fjármálafyrirtækjum er skylt skv. 1. mgr. 17. gr. laga nr. 64/2006 að láta athuga gaumgæfilega öll viðskipti sem grunur leikur á að rekja megi til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka. Gildir þetta einkum um viðskipti sem eru óvenjuleg, mikil eða flókin, með hliðsjón af venjubundinni starfsemi viðskiptavinarins eða virðast ekki hafa fjarhagslegan eða lögmætan tilgang. Fjármálaviðskipti fara nú til dags að miklu leyti fram rafrænt og því getur reynst ógerlegt að fylgjast með einstökum viðskiptum í hvert skipti sem þau eiga sér stað. Athugun á viðskiptum á sér því í flestum tilvikum stað eftir að þau hafa farið fram og getur slík athugun leitt í ljós samband á milli ólíkra viðskiptaáðgerða sem hver um sig sýnist eðlileg en í heild gætu þau verið afsprengi refsiverðs verknaðar.¹⁰³ Fjármálaeftirlitið nefnir dæmi um grunsamleg eða óvenjuleg viðskipti í umræðuskjali nr. 5/2007 sem geta veitt ákveðnar leiðbeiningar um það.

99 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Alþingistiðindi, 132. löggj.þing, 2005-2006, þskj. 958, 651. mál. Athugasemdir við 6. gr. frumvarpsins. Aðgengilegt á www.althingi.is.

100 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 2.7 Reglubundið eftirlit. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

101 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka

frá 3. apríl 2007, kafli 2.7 Reglubundið eftirlit. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

102 Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 3. Aðgengilegt á www.world-check.com.

103 Frumvarp til laga um aðgerðir gegn peningabætti. Alþingistiðindi, 116. löggj.þing, 1992, þskj. 251, 210. mál.

Almennar athugasemdir við 7. gr. frumvarpsins. Aðgengilegt á www.althingi.is.

Getur hér verið um að ræða tilvik þar sem viðskiptavinur neitar að gefa upplýsingar um sjálfan sig og neitar að sanna á sér deili eða þegar hann gefur ekki upplýsingar um tilgang fyrirhugaðra viðskipta. Á þetta einnig við þegar viðskiptavinur gefur ótrúverðugar upplýsingar, um háar fjárhæðir er að ræða eða ef ætla má að viðskipti fari fram í þágu þriðja manns og viðskiptavinur neitar að veita upplýsingar um það hver það er. Athugun á þessum viðskiptum þarf að fela í sér að nauðsynlegra gagna sé aflað til að veita upplýsingar um hver viðskiptavinurinn er og hver fyrirhuguð viðskipti eru. Jafnframt þarf að kanna áreiðanleika þeirra gagna sem liggja fyrir og leggja þarf sjálfstætt mat á þau gögn. Að lokum þarf að gera skriflega skýrslu, sbr. 2. mgr. 23. gr. laga nr. 64/2006 þar sem fram þurfa að koma upplýsingar um þær aðgerðir sem gripið var til og niðurstöður athugunarinnar. Þessi gögn þurfa að vera nægilega ítarleg til að unnt sé að átta sig á eðli þeirra viðskipta sem um ræðir. Samkvæmt beiðni lögreglu, sem rannsakar peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka, þurfa fjármálfyrirtæki að láta í té allar upplýsingar sem nauðsynlegar eru taldar vegna rannsóknarinnar og því þurfa þessi gögn að vera þannig úr garði gerð að hægt sé nota þau sem sönnunargögn í refsímáli.¹⁰⁴

5.6. Tilkynning grunsamlegra viðskipta til ríkislögreglustjóra

Tilkynningarskylda hvílir á fjármálfyrirtækjum í öllum tilvikum þegar grunur leikur á að viðskipti megi rekja til refsiverðs verknaðar samkvæmt 17. gr. laga nr. 64/2006, sbr. 3. gr. reglugerðar nr. 550/2006 um tilkynningarskyldu og könnun á áreiðanleika viðskiptavinar. Tilkynningar skulu berast efnahagsbrotadeild ríkislögreglustjóra skv. 3. gr. reglugerðarinnar. Er þetta í samræmi

við sérstöku tilmælin níu um fjármögnun hryðjuverka, sem FATF samtökin hafa gefið út. Þar er í 4. gr. tilmællanna kveðið á um það að gruni fjármálfyrirtæki, eða hafi rökstuddan grun, um að fjármunir tengist eða séu notaðir til hryðjuverkastarfsemi, hryðjuverka eða af hryðjuverkasamtökum, ber þeim að tilkynna þar til bærum yfirvöldum tafarlaust um grun sinn. Í 18. gr. laga nr. 64/2006 er jafnframt kveðið á um að fjármálfyrirtækjum beri að forðast slík viðskipti. Ef fjármálfyrirtæki reynist ekki unnt að koma í veg fyrir að viðskiptin verði framkvæmd, eða að stöðvun þeirra gæti hindrað lögsókn á hendur þeim sem hafa hagnað af viðskiptunum, skal lögreglu tilkynnt um viðskiptin um leið og þau hafa farið fram, sbr. 18. gr. laganna. Stjórnendum og starfsmönnum fjármálfyrirtækis er skylt að sjá til þess að viðskiptavinur eða annar utanaðkomandi aðili fái ekki vitneskju um að lögreglu hafi verið sendar upplýsingar um viðskiptin og að rannsókn sé hafin eða verði hrundið af stað vegna grunsumpeningabætti eða fjármögnun hryðjuverka, sbr. 20. gr. laga nr. 64/2006. Engar leiðbeiningar er að finna um framkvæmd þessa ákvæðis í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 en þess hefði jafnvel verið þörf.

5.7. Bankaleynd

Samkvæmt 1. mgr. 58. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálfyrirtæki eru stjórnarmenn fjármálfyrirtækis, framkvæmdastjórar, endurskoðendur, starfsmenn og hverjir þeir sem taka að sér verk í þágu fyrirtækisins bundnir þagnarskyldu um allt það sem þeir fá vitneskju um við framkvæmd starfa síns og varðar viðskipta- eða einkamálefni viðskiptavina þess, nema skylt sé að veita upplýsingar samkvæmt lögum. Í 21. gr. laga nr. 64/2006 er lögbundinni þagnarskyldu

¹⁰⁴ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 3.1 Rannsóknarskylda. Aðgengilegt á www.fme.is (sött 5. apríl 2007).

aflétt þegar fjármálfyrirtæki veitir lögreglu upplýsingar í góðri trú um grunsamleg eða óvenjuleg viðskipti. Slík upplýsingagjöf leggur hvorki refsí- né skaðabótaábyrgð á herðar hlutaðeigandi starfsmönnum fjármálfyrirtækis. Spurningin er hins vegar í hvaða tilvikum þessari þagnarskyldu er aflétt. Í úrskurði Persónuverndar frá 19. desember í máli nr. 2006/92 var fjallað um miðlun upplýsinga til fjármálfyrirtækja um framvísun falsaðrar bankaábyrgðar og handtöku. Af þessum úrskurði Persónuverndar má draga þá ályktun að fjármálfyrirtækjum er ekki heimilt að miðla viðkvæmum persónuupplýsingum um málefni viðskiptavina sinna til annarra fjármálfyrirtækja. Slíkum upplýsingum er aðeins heimilt að miðla til lögreglunnar þegar grunur er fyrir hendi um að refsiverður verknaður hafi átt sér stað.

5.8. Ábyrgðarmaður peningabvættis
Það er á ábyrgð stjórnar og ædstu stjórnenda fjármálfyrirtækja að sjá til þess að aðgerðum gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka sé sinnt með fullnægjandi hætti í starfsemi fyrirtækisins.¹⁰⁵ Samkvæmt 22. gr. laga nr. 64/2006 er fjármálfyrirtækjum skylt að tilnefna einn úr hópi stjórnenda sem sérstakan ábyrgðarmann. Í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 kemur fram að í fyrirtækjum þar sem starfsmenn eru fáir sé eðlilegt að framkvæmdastjóri gegni stöðu ábyrgðarmanns. Í öðrum tilvikum, þar sem starfsmenn eru margir og margar deildir eru innan sama fyrirtækis, telur Fjármálaeftirlitið það mikilvægt að einn úr hópi stjórnenda fari með stöðu ábyrgðarmanns, svo sem forstöðumaður eða framkvæmdastjóri

ákveðins sviðs.¹⁰⁶ Hér er vert að skoða það hvernig slíkt er framkvæmanlegt, þ.e. að ábyrgðarmaður hafi stöðu forstöðumanns eða framkvæmdastjóra sviðs. Velta má því upp hvort heppilegra væri að gera kröfu um að ábyrgðarmaður væri nægilega óháður öðrum í störfum sínum. Gætu þannig sambærilegar kröfur gilt um ábyrgðarmann og gerðar eru til regluvarðar, sbr. 67. gr. laga nr. 33/2003, um verðbrefaviðskipti, þar sem ábyrgðarmaður hefði þá skýra heimild frá stjórn fjármálfyrirtækisins. Haldi Fjármálaeftirlitið hins vegar fast við kröfu sína um að ábyrgðarmaður gegni stöðu forstöðumanns eða framkvæmdastjóra er ljóst að aðrir starfsmenn en forstöðumenn eftirlitssviða geta ekki tekið að sér störf ábyrgðarmanns í fjarveru hans.¹⁰⁷ Í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 er jafnframt kveðið á um að ábyrgðarmaður skuli vera nægilega sjálfstæður í starfi sínu til að geta sinnt skyldum sínum. Í því felst að ábyrgðarmaður þurfi að hafa aðgang að nauðsynlegum upplýsingum og þar sem grunsemdir um peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka liggur fyrir þarf hann að geta sent tilkynningar til lögreglu án ihlutunar annarra, svo sem næstu yfirmanna eða stjórnar fyrirtækisins.¹⁰⁸

Samkvæmt 22. gr. laga nr. 64/2006 skal ábyrgðarmaður að jafnaði annast tilkynningar til lögreglu. Ábyrgðarmanni ber jafnframt að móta samræmdar starfsaðferðir sem stuðla að framkvæmd laga nr. 64/2006. Starfsskyldur ábyrgðarmanns eru ekki tæmandi taldar í lögunum. Í umræðuskjali Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007 er að finna upptalningu á því hvað felist í starfsskyldum ábyrgðarmanns. Fyrst og fremst ber

105 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 1.2 Mikilvægi aðgerða gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

106 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 4.1 Ábyrgðarmaður peningabvættis. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

107 Umsögn Samtaka fjármálfyrirtækja um Umræðuskjal nr. 5/2007, drög Fjármálaeftirlitsins að tilmælum um aðgerðir gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka, frá 2. maí 2007, bls. 2.

108 Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabvætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 4.1 Ábyrgðarmaður peningabvættis. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

ábyrgðarmanni að taka á móti tilkynningum um peningabætti frá starfsmönnum, afla nauðsynlegra upplýsinga í tengslum við þær tilkynningar og framkvæma eigin rannsókn og úttekt á tilkynningunum í ljósi allra aðgengilegra upplýsinga. Ábyrgðarmaður leggur jafnframt mat á það hvort einstök svið fjármálafyrirtækisins séu í meiri hættu en önnur á því að verða skotmörk peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka. Auk þess ber honum að tryggja að fullnægjandi starfsaðferðir séu viðhafðar innan fyrirtækis á sviði aðgerða gegn peningabætti og fjármögnunar hryðjuverka. Þá ber ábyrgðarmanni að hafa umsjón og ábyrgð með fræðslu annarra starfsmanna um peningabætti og fjármögnun hryðjuverka. Samkvæmt l. mgr. 23. gr. laga nr. 64/2006 ber fjármálafyrirtækjum að sjá til þess að starfsmenn hljóti sérstaka þjálfun í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að starfsemin sé notuð til peningabættis og fjármögnunar hryðjuverka. Fræðsla ábyrgðarmanns í þessum efnum er því eitt af lykilatriðunum í baráttunni gegn afbrotum af þessu tagi.¹⁰⁹

Ljóst er að mikilvægt er að hafa tengilið um peningabætti og fjármögnun hryðjuverka innan fjármálafyrirtækja svo hinn almenni starfsmaður njóti verndar gagnvart afbrotamönnum sem nýta sér fjármálakerfið í ólögmatum tilgangi. Það er ábyrgðarmaðurinn sem tilkynnir lögreglunni um grunsamleg viðskipti en ekki hinn almenni starfsmaður. Ef starfsmaður grunar að viðskiptavinur stundi peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka þá hefur hann samband við ábyrgðarmann peningabættis sem hefur svo samband við tengilið hjá Ríkislögreglustjóra. Ábyrgðarmaðurinn eyðir svo nafni starfsmannsins á öllum upplýsingum og gögnum sem lögreglan fær í

hendurnar þannig að ekki er hægt að rekja tilkynninguna til þess starfsmanns sem tilkynnti um viðskiptin.

5.9. Eru reglurnar að virka?

5.9.1. Kostir reglnanna

A. Eykur stöðugleika fjármálafyrirtækja

Trú almennings á fjármálafyrirtækjum, og staðfesta þeirra, eykst með traustri bankastarfsemi sem dregur úr fjárhagslegum áhættum í starfsemi sinni. Þessar áhættur fela í sér líkurnar á því að einstaklingar eða fjármálafyrirtæki munu verða fyrir tapi í kjölfar fjársvika, slöku innra eftirliti eða brotum á lögum og reglum. Könnun á áreiðanleika viðskiptavina og reglur um að þekkja viðskiptavinin eru eins og áður hefur komið fram meginverkefni fjármálafyrirtækja í aðgerðum gegn peningabætti. Þessar reglur, auk reglunnar um að kanna uppruna fjár viðskiptavinarins og tilgang viðskiptanna, auka öryggi og traust starfsemi banka og fjármálafyrirtækja. Þessar aðferðir eru jafnframt áhrifaríkt tæki í áhættu-stýringu fjármálafyrirtækja.¹¹⁰

Það er vilji allra að koma í veg fyrir að aðilar geti nýtt sér fjármálakerfið til að stunda þar ólögleg viðskipti með illa fengið fjár. Til að hafa viðskiptavini fjármálafyrirtækja ánægða þarf upplýsingaöflun í þeim tilgangi að þekkja viðskiptavinin að miða að því að vera einföld og hnitmiðuð. Auk þess þarf að gera viðskiptavinum grein fyrir að tilgangur þessarar upplýsingaöflunar sé að vernda þá og fjármuni þeirra auk þess veitir það fjármálafyrirtækjunum vernd.¹¹¹ Fjármálaeftirlitið í Bretlandi (Financial Service Authority, FSA) hefur gefið það út að megingilgangur reglunnar

¹⁰⁹ Umræðuskjal nr. 5/2007, Drög að leiðbeinandi tilmælum um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka frá 3. apríl 2007, kafli 4.3 þjálfun starfsmanna. Aðgengilegt á www.fme.is (sótt 5. apríl 2007).

¹¹⁰ Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 11-8.

¹¹¹ Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 170. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

um að þekkja viðskiptavininn sé að aðstoða fjármálfyrirtæki við hafa raunverulega stjórn á þeirri áhættu sem peningaþvætti skapar fyrir fjármálfyrirtækin með því draga úr líkunum á því að aðilar sem þvætta peninga verði viðskiptavinir fyrirtækisins. Jafnframt auka reglurnar líkurnar á því að fjármálfyrirtæki komi upp um þá aðila sem hyggjast stunda viðskipti með illa fengið fé í gegnum viðskiptanet fjármálfyrirtækisins.¹¹² FSA hefur auk þess lýst því yfir að reglan um að þekkja viðskiptavininn sé ein öflugasta vörnin gegn peningaþvætti.¹¹³

B. Samfélagsleg ábyrgð

Til að fyrirtæki geti starfað innan samfélags þarf það að taka virkan þátt í viðkomandi samfélagi og leggja sig fram um að stuðla að jákvæðri og uppbyggjandi þróun þess. Samfélagsleg ábyrgð fyrirtækja snýst um það hvernig fyrirtæki leysa þau vandamál sem upp geta komið vegna reksturs og þjónustu og hvort fyrirtæki ákveða að stunda sinn rekstur aðeins í samræmi við gildandi lög og reglur eða hvort þau taki einnig tillit til siðferðilegra álitamála við ákvarðanatöku innan fyrirtækisins. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins átti árið 2002 frumkvæði að því að kalla saman hagsmunaaðila innan ESB til að fjalla um eðli og inntak samfélagslegrar ábyrgðar fyrirtækja. Sjálf hefur framkvæmdastjórnin skilgreint samfélagslega ábyrgð fyrirtækja sem þær skuldbindingar sem fyrirtæki kjósa að taka á sig gagnvart starfsfólki, umhverfi og viðskiptavinum umfram það sem kveður á um í kjarasamningum, lögum eða reglu-

gerðum.¹¹⁴ Það er almennt litið svo á að vitneskja almennings á aðgerðum gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka sé mikilvæg til að draga úr andstöðu viðskiptavina gegn áreiðanleikakönnunum og upplýsingaöflun fjármálfyrirtækja. Það er því mikilvægt að fjármálfyrirtæki og hið opinbera upplýsi almenning um þá hættu sem skapast af peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka.¹¹⁵

C. Kemur í veg fyrir fjarsvik

Lög og reglur um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka nýtast vel í baráttunni við alls kyns svikastarfsemi. Eftirlit fjármálfyrirtækja og opinberra aðila samkvæmt lögum nr. 64/2006 hefur ákveðin varnaðaráhrif auk þeirra varúðarráðstafanna sem löginn mæla fyrir um. Svik hafa verið að aukast alveg gríðarlega hér á landi og má sem dæmi nefna Nigeriubréfin og lottóbréfin sem áður hefur verið fjallað um.

D. Refsingar fyrir frumbrot

Það er ljóst að áhrifamiklar reglur um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka eru stór liður í aðgerðum gegn afbrotum og spillingu almennt. Það eitt að gera peningaþvætti að sjálfstæðu refsiverðu broti leiðir til þess að hægt er að refsa fyrir frumbrotið sjálft, það er verknaðinn sem leiðir til ávinningsins af brotinu, og síðan þvættið þar sem hinu illa fengna fé er komið í umferð.¹¹⁶ Reglur um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka þar sem fjármálfyrirtækjum er gert skylt að tilkynna um grunsamleg viðskipti

112 Reducing money laundering risk - Know Your Customer and anti-money laundering monitoring, The Financial Service Authority, Discussion paper 22, frá ágúst 2003, bls. 9. Aðgengilegt á <http://www.fsa.gov.uk/>.

113 Vickers, Annalie, Protection from money laundering with minimum impact: The implications for information professionals, Business Information Review, Vol. 22 (3) 2005, bls. 168. Aðgengilegt á <http://bir.sagepub.com>.

114 Promoting a European framework for corporate social responsibility, Green Paper, European Commission, frá júlí 2001. Aðgengilegt á http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper_en.pdf (sótt 7. maí 2007)

115 Gunaratna, Rohan, Acharya, Arabinda og Husin, Gunawan, Financial Response Project Countering of Financing for Terrorism, Policy Brief, no. 1/2006, bls. 3. Aðgengilegt á www.world-check.com.

116 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. II-7.

viðskiptavina sinna eykur líkurnar á því að aðilar sem stunda til dæmis fíkniefnaviðskipti eða aðra þvættisstarfsemi verði ákærðir.¹¹⁷ Öllu jafna eru „strumparnir“ svokölluðu ekki ákærðir fyrir þvætti á illa fengnu fé heldur er refsað fyrir frumbrotið sem leiðir til þess að þeim sem skipuleggur verknadinn er refsað. Til dæmis þegar um er að ræða innflutning á fíkniefnum þar sem viðskiptin fara fram í erlendum gjaldmiðlum. Milligöngumaðurinn kemur þá í banka og skiptir íslenskum krónum í erlendan gjaldmiðil. Ef starfsmaður viðkomandi banka áttar sig á hvað sé í vændum tilkynnir hann það til ábyrgðarmanns peningaþvættis sem kemur síðan tilkynningunni til Ríkislögreglustjóra. Lögreglunni gefst þá tími til að rannsaka viðkomandi viðskiptavin sem getur síðan leitt til handtöku á höfuðpaurnum eftir að hann hefur haldið erlendis að versla fíkniefni fyrir það fjármagn sem „strumpurinn“ átti viðskipti með í bankanum.¹¹⁸

E. Þjóðfélagslega hagkvæmt

Virkar reglur um aðgerðir gegn peningaþvætti hindra að hin refsiverðir verknadurverði framkvæmdur. Eru því ákveðin varnadaráhrif í reglunum. Slíkar reglur gera það erfiðara fyrir afbrotamenn að augðast á broti sínu.¹¹⁹ Strangar reglur um aðgerðir gegn peningaþvætti leiða að auki til þess að eftirlit með fíkniefnaviðskiptum verður meira í kjölfar tilkynningarskyldu fjármálafyrirtækja um grunsamleg viðskipti. Aukið eftirlit hefur í för með sér að erfiðara er fyrir fíkniefnasala að koma fíkniefnum inn í landið og í dreifingu sem leiðir til þess að verð á fíkniefnum hækkar og neysla á þeim verður því minni. Þetta er því þjóðfélagslega hagkvæmt.¹²⁰

5.9.2. Gallar reglnanna

A. Persónufrelsi ekki virt

Fjármálafyrirtækjum ber að fara eftir lögum nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Samkvæmt 7. gr. þeirra laga skal við meðferð persónuupplýsinga gæta að því að þær séu unnar með sanngjörnum, málefnalegum og lögmætum hætti og að öll meðferð þeirra sé í samræmi við vandaða vinnsluhætti persónuupplýsinga. Þar er jafnframt kveðið á um að óheimilt sé að vinna með persónuupplýsingar í öðrum tilgangi en þeim var upphaflega aflað og miðað við tilgang vinnslu þeirra. Þá segir í 26. gr. sömu laga að sé ekki lengur málefnaleg ástæða til að varðveita persónuupplýsingar þá skuli viðkomandi upplýsingum eytt. Hér er því spurningin hvort kröfur laga nr. 64/2006 gangi lengra en heimilt er samkvæmt lögum nr. 77/2000 og með því sé gengið á persónufrelsi manna með allri þessari upplýsingagjöf til yfirvalda.

Ekki er hægt að setja samasemmerki á milli þess að aðili eigi bankareikning sem notaður er til peningaþvættis og þess að viðkomandi muni fremja afbrot sem tengja má við peningaþvætti.¹²¹ Erfitt getur reynst að ákæra höfuðpaura í viðskiptum með fíkniefni þar sem þeir hafa oftast á sínum vegum milligönguaðila sem sjá um hin ólögmætu viðskipti og það sem tengist þeim. Það eru engu að síður höfuðpaurarnir sem hirða ágóðann af hinum ólögmætu viðskiptum ef ekki tekst að góma milligönguaðilana.¹²² Ef réttlæta á inngrip í frelsi einstaklinga líkt og lög nr. 64/2006 kveða á um þá er nauðsynlegt að sýna árangur. Árangurinn ætti að felast í

118 Benning, Joseph F., Following the Dirty Money: Does Bank Reporting of Suspicious Activity Pose a Threat to Drug Dealers?, Criminal Justice Policy Review, Vol. 13 (4) 2002, bls. 339. Aðgengilegt á <http://cjp.sagepub.com>.

119 Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2006), bls. 11-7.

120 Shields, Peter, Electronic Networks, Enhanced State Surveillance and the Ironies of Control, Journal of Creative Communication, Vol. 1(19) 2006, bls. 28. Aðgengilegt á <http://>

cjp.sagepub.com.

121 Benning, Joseph F., Following the Dirty Money: Does Bank Reporting of Suspicious Activity Pose a Threat to Drug Dealers?, Criminal Justice Policy Review, Vol. 13 (4) 2002, bls. 353. Aðgengilegt á <http://cjp.sagepub.com>.

122 Benning, Joseph F., Following the Dirty Money: Does Bank Reporting of Suspicious Activity Pose a Threat to Drug Dealers?, Criminal Justice Policy Review, Vol. 13 (4) 2002, bls. 339. Aðgengilegt á <http://cjp.sagepub.com>.

Því að stöðva frumbrotið sem erfitt er að festa hendur á að hafi verið gert til þessa. Ljóst er að erfitt er að réttlæta inngríp í persónufrelsi einstaklinga ef enginn árangur sést.

B. Ekki þarf að sýna fram á rökstuddan grun

Eins og áður hefur komið fram er fjármálafyrirtækjum skylt skv. 4. gr. laga nr. 64/2006 að kanna áreiðanleika viðskiptavina sinna þegar grunur leikur á um peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka. Jafnframt er fjármálafyrirtækjum skylt skv. 17. gr. laga nr. 64/2006 að láta athuga gaumgæfilega öll viðskipti sem grunur leikur á að rekja megi til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka og tilkynna lögreglu um viðskipti þegar grunur er um að rekja megi þau til peningabættis eða fjármögnunar hryðjuverka. Í þessu felst að ef starfsmaður fjármálafyrirtækis grunar að fjármagn eigi rætur að rekja til brots sem er refsivert samkvæmt almennum hegningarlögum, tollalögum, lögum um ávana- og fikniefni, áfengislögum og lyfjalögum þá beri honum að tilkynna það. Hér er því lögð sú skylda á óháðan starfsmann fjármálafyrirtækis að hann myndi sér skoðun á því hvort og þá hvers konar afbrot liggja að baki þeim viðskiptum sem viðkomandi viðskiptavinur óskar eftir að verði framkvæmd. Starfsmaðurinn þarf því ekki að hafa rökstuddan grun um að viðskiptavinurinn stundi peningabætti eða fjármögnun hryðjuverka. Ef sett er upp dæmi þar sem maður gengur inn í banka með umslag fullt af peningaseðlum og vill leggja þá inn á reikning í nafni annars manns sem er sonur viðkomandi. Ef viðkomandi aðili neitar að gefa upp nafn sitt þá liggur viðkomandi undir grun, sbr. umræðuskjal Fjármálaeftirlitsins nr. 5/2007. Ástæða viðskiptanna þarf þó ekki að vera í vondri

trú heldur getur þarna verið um að ræða gjöf föður til sonar sem hann hefur aldrei hitt og sonurinn kærir sig ekki um að þekkja. Þó svo að maðurinn gæfi að lokum upp nafn sitt og sannaði á sér deili með framvísium gildra persónuskilríkja þá er engu að síður komin ástæða til að tilkynna um viðskiptin.

Grundvallarreglan er sú að maður er saklaus uns sekt er sönnuð. Samkvæmt íslenskum lögum er enginn munur gerður á grunuðum manni annars vegar og sökuðum manni hins vegar. Því má segja að aðili telst sakborningur allt frá því að ákveðinn grunur beinist að honum og þar til málinu lýkur.¹²³ Í lögum nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála er hvergi kveðið á um það hvenær maður telst vera sakborningur í skilningi laganna. Það getur hins vegar skipt miklu máli að ákvarða hvenær maður telst vera orðin sakborningur undir rannsókn opinbers mál. Maður verður ekki sakborningur við formlega athöfn eins og til dæmis þingfestingu máls og því getur reynst erfitt að segja til um það hvenær slíkt gerist. Til þess að maður verði talinn hafa réttarstöðu sakbornings þarf eitthvað sem hönd er á festandi að benda til þess að maður hafi gerst sekur um refsiverða háttsemi. Af þessu leiðir að óljós grunur um refsiverðan verknað nægir ekki til þess að aðili njóti réttarstöðu sakaðs manns.¹²⁴ Þegar vafi leikur á því hvort að grunur sé á því stigi að það komi til álita að líta á mann sem sakborning þá ætti frekar að veita mönnum réttarstöðu grunaðs manns vegna þess að það veitir honum ákveðin réttindi, til dæmis rétt hans til að neita að tjá sig og aðgang að verjanda og gögnum.¹²⁵ Grundvallarákvæðið um réttarstöðu sakbornings er í l. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Þessi réttindi njóta verndar 67. og 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, sbr. lög nr. 33/1944.

123 Eiríkur Tómasson, Réttarstaða sakbornings og verjanda, Úlfjótur 2004, bls. 1.

124 Eiríkur Tómasson, Réttarstaða sakbornings og verjanda, Úlfjótur 2004, bls. 3-4.

125 Eiríkur Tómasson, Réttarstaða sakbornings og verjanda, Úlfjótur 2004, bls. 3-4.

Af framangreindri umfjöllun er ljóst að það skiptir máli hvenær aðili er grunaður um brot og hvenær rökstuddur grunur er um að aðili hafi framið brot. Þetta getur gert það að verkum að saklausir menn séu tilkynntir til lögreglu og rannsókn verði hafin á þeim viðskiptum sem þeir hafa átt í viðkomandi fjármálafyrirtæki án þess að þar hafi átt sér stað refsivert athæfi.

C. Kostnaður

Vert er að velta fyrir sér þeim kostnaði sem fjármálafyrirtæki gætu þurft að leggja út í við upplýsingaöflun um viðskiptavini. Eins og áður hefur komið fram hefur Fjármálaeftirlitið beint því til fjármálafyrirtækja í umræðuskjali nr. 5/2007 að fjármálafyrirtæki geri ráðstafanir til að heimsækja viðskiptavini sína til dæmis til að staðreyna það að lögaðili sé enn í starfsemi og hafi ekki verið lagður niður. Þar sem fjármálafyrirtæki hér á landi hafa orðið alþjóðlegri á undanförunum árum þá geta þau verið í viðskiptum við erlend fyrirtæki. Það leiðir til þess að starfsmaður eða starfsmenn á vegum fjármálafyrirtækisins þyrftu að fara erlendis til að staðfesta að viðkomandi lögaðili væri enn í viðskiptum. Þó er sá möguleiki fyrir hendi að viðkomandi fjármálafyrirtæki hefði á sínum vegum þriðja aðila sem staðsettur væri í sama landi og viðskiptavinurinn og gæti því staðfest upplýsingarnar.

D. Tæknivæddir afbrotamenn

Nútímataekni með aðstoð tölvubúnaðar og tölvuforrita hefur gert það kleift að viðskipti með illa fengið fé eru einfaldari fyrir brotamanninn en erfiðara er fyrir eftirlitsaðila og yfirvöld að rekja viðskiptin í kjölfar tæknibyltingarinnar. Fjármálafyrirtækin hafa á undanförunum árum verið að taka í notkun tölvukerfi sem gerir þeim kleift að fylgjast með viðskiptum viðskiptavina sinna. Hér er um að ræða svokölluð mynstursgreiningarforrit. Vandamálið er að aðilar sem stunda peningabætti og fjármögnun hryðjuverka

eru einnig þróaðir í sinni tækni og hafa jafnvel sérstaka starfsemi á sínum vegum sem hefur það að markmiði að komast hjá slíkum kerfum við viðskiptin.

E. „Traustir“ viðskiptavinir

Viðskiptavinir fjármálafyrirtækja eru gjarnan greindir í hópa eftir því hversu traustir viðskiptavinir þeir eru. Viðskiptavinir geta jafnvel flokkast undir það að vera verndaðir viðskiptavinir. Slíkir viðskiptavinir geta undir ákveðnum kringumstæðum verið líklegri til að misnota aðstöðu sína í þeim tilgangi að koma illa fengnu fé í umferð án þess að eftirlit fjármálafyrirtækja verði þess vart stöðu viðskiptavinnanna vegna.

6. LOKAORÐ

Auðgunarbrot, hverju nafni sem þau nefnast, hafa aukist með miklum tækniframförum og hraða í viðskiptum. Það eru því mjög brýnir þjóðfélagslegir hagsmunir bundnir því að koma í veg fyrir skipulega glæpastarfsemi sem í flestum tilvikum er rötin að peningabættinu. Þeir sem þvætta peninga iðrast einskis við að koma hinu illa fengna fé í umferð og notast þeir í flestum tilvikum við fjármálafyrirtæki í þeim tilgangi. Það er því ekki að undra að fjármálafyrirtækjum sé skylt að grípa til tiltekinna ráðstafanna til að koma í veg fyrir það að illa fengið fé komist inn í fjármálakerfið. Skyldur fjármálafyrirtækja samkvæmt lögum nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, felast fyrst og fremst í könnun á því hver viðskiptavinurinn er og áreiðanleika viðskiptavinar. Hefðbundin könnun á viðskiptavini er ekki vandkvæðum bundin, t.d. þegar einstaklingur staðreynir upplýsingar um sig með framvísun persónuskilríkja. Það getur hins vegar reynst flóknara fyrir fjármálafyrirtæki að staðreyna upplýsingar um viðskiptavin sem ekki er á staðnum, t.d. ef aðili búsettur erlendis óskar eftir stofnun viðskipta. Könnun á áreiðanleika

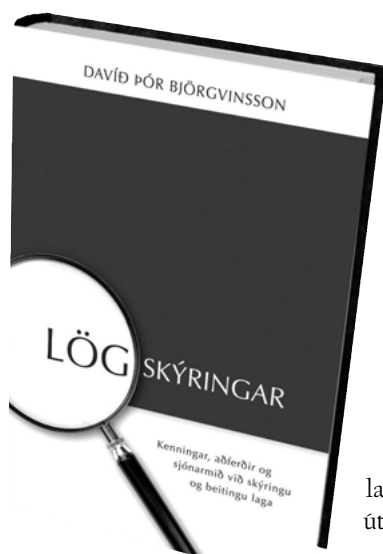
viðskiptavina er liður í að takmarka rekstraráhættu fjármálafyrirtækja þar sem slíkar kannanir gera fjármálafyrirtækjum kleift að skera úr um það hvort einstök viðskipti eru grunsamleg. Að greina hegðunarmynstur hjá viðskiptavinum er lykilatriði í að koma upp um peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.

Ákvæði laga nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, er varðar tilkynningarskyldu fjármálafyrirtækja um grunsamleg viðskipti er ekki nægilega skýrt. Ákvæði þetta veitir ekki aðeins undanþágu frá hinni ríku bankaleynd samkvæmt lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, heldur er þetta einnig ákveðin skerðing á persónufrelsi manna, sbr. lög nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Til að koma í veg fyrir refsiverð brot er hins vegar nauðsynlegt að tilkynna lögreglu um það ef grunur er á að fjármunir séu illa fengnir eða að nota eigi fjármuni til að fremja glæp. Gæta þarf því vandlega að því að með reglum um tilkynningarskyldu vegna gruns um ólöglegt athæfi sé ekki grafið undan öðrum stöðum lýðræðislegs þjóðfélags. Of stífar reglur um aðgerðir fjármálafyrirtækja gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka geta leitt til andstöðu almennings gagnvart þeim. Almennt er fólk þó á einu máli um að koma þarf í veg fyrir glæpi sem geta grafið undan efnahagskerfinu. Það er því hinn gullni meðalvegur sem fjármálafyrirtæki og aðrir tilkynningarskyldir aðilar verða að fara í þessari baráttu. Auk þess getur skipt miklu máli að upplýsa almenning um það hversu miklar hættur geta stafað af peningabætti og fjármögnun hryðjuverka fyrir þjóðfélagið í heild. Það er því öllum í hag að fjármálafyrirtæki fari eftir þeim lögum og reglum, settum af stjórnvöldum, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka.

LÖGSKÝRINGAR.

KENNINGAR AÐFERÐIR OG SJÓNARMÍÐ VIÐ SKÝRINGU OG BEITINGU LAGA.

————— Bókaumfjöllun —————



Davíð Þór Björgvinsson:

*Lögskýringar. Kenningar
aðferðir og sjónarmið við
skýringu og beitingu laga.
JPV-útgáfan.*

Reykjavík 2008 (384 bls.)

Nýlega kom út hjá JPV-útgáfunni ritið Lögskýringar. Kenningar aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga eftir Davíð Þór Björgvinsson dómara við mannréttindadómstól Evrópu og prófessor við lagadeild HR. Ritið er aukin og endurskoðuð útgáfa af fjölritaðri útgáfu þess frá árinu 1996, sem lengi hefur verið notað sem kennsluefni í íslenskum háskólum. Síðan það fjölrit kom fyrst út hafa orðið lagabreytingar og fjölmörg ný dómafordæmi komið til, auk þess sem fræðileg viðhorf hafa tekið breytingum, m.a. vegna aukins vægis þjóðréttarreglna við skýringu og beitingu

laga. Breytingar frá fyrri útgáfu eru því talsverðar.

Viðurkenndar aðferðir við skýringu og beitingu laga eru mikilvægur hluti lögfræðilegrar aðferðafræði. Bókin hefur að geyma ítarlegt yfirlit um kenningar, aðferðir og sjónarmið við lögskýringar, einkum með hliðsjón af framkvæmd laga hér á Íslandi, þótt umfjölluninni eða framsetningu efnisins sé ekki ætlað vera tæmandi frá fræðilegu sjónarmiði. Sérstök áhersla er lögð á að gera grein fyrir vaxandi þýðingu þjóðréttarsamninga við skýringu og beitingu ákvæða í íslenskum lögum, sem og sérstöðu

mannréttindasáttmála Evrópu annars vegar og EES-samningsins hins vegar.

Efnisatriði bókarinnar eru eftirfarandi:

- Um lögskýringar
- Lögskýringarkenningar
- Lögskýringargögn og önnur gögn
- Lagatexti sem efniviður lögskýringar
- Lögskýringarsjónarmið
- Lögskýringarleiðir
- Lögjöfnun og gagnályktun
- Lagaákvæði rekast á
- Skýring stjórnarskrárinnar
- Þjóðréttarsamningar
- Mannréttindasáttmáli Evrópu
- Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið



Höfundurinn, Davíð Þór Björgvinsson lauk BA-prófi í sagnfræði og heimspeki frá Háskóla Íslands og embættisprófi í lögfræði frá sama skóla, sem og LL.M-prófi frá Duke University School of Law í Bandaríkjunum. Hann er sem fyrr segir dómari við Mannréttindadómstól Evrópu í Strassborg og prófessor við lagadeild Háskólans í Reykjavík.

ALMANNATRYGGINGAR OG FÉLAGSLEG AÐSTOÐ

Bók sem snertir alla Íslendinga

Bókaumfjöllun



JPV-útgáfa og Háskólinn í Reykjavík sendu sl. haust frá sér bókina *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð* eftir Guðmund Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttur, prófessora við Háskólann í Reykjavík. *Almannatryggingar* skipa veigamikinn sess í íslensku velferðarþjóðfélagi og snerta alla landsmenn. Þetta er mjög mikilvægt en um leið umfangsmikið og flókið réttarsvið sem lítið hefur verið skrifað um frá lögfræðilegu sjónarhorni og bætir þessi veglega og ítarlega bók úr brynni þörf fyrir fræðilega umfjöllun um þetta svið réttarins. Í bókinni er farið ofan í saumana á lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar og lögum nr. 99/2007 um félagslega aðstoð. Inntak og framkvæmd hvers ákvæðis fyrir sig er skýrð

með tilliti til reglugerða og annarra reglna sem settar hafa verið um framkvæmd þeirra, framkvæmdar Tryggingastofnunar og úrskurða úrskurðarnefndar almannatrygginga, auk dóma. Framsetningin gerir lesendum kleift að öðlast þekkingu á þeim réttindum sem löggjöfin mælir fyrir um og þeim skilyrðum sem þau eru bundin.

Almannatryggingar og félagsleg aðstoð er grundvallarrit sem gagnast öllum sem koma að almannatryggingum í starfi sínu, til dæmis lögmönnum, starfsmönnum stjórnsýslunnar og heilbrigðisstarfsfólki. Bókinni er jafnframt ætlað að veita þeim sem sækja um eða njóta greiðslna eða þjónustu úr almannatryggingakerfinu innsýn í sviðið.

ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM

VEITTAN STUÐNING

ATVINNUHÚS EHF.

Skúlagötu 30, 101 Reykjavík

AXEL KRISTINSSON HRL.

Skeggjagötu 4, 105 Reykjavík

ÁS FASTEIGNASALA EHF.

Fjarðargötu 17, 220 Hafnarfjörður

EFLING STÉTTARFÉLAG

Sætúni 1, 105 Reykjavík

FASTEIGNASALA MOSFELLSBÆJAR

Þverholti 2, 270 Mosfellsbæ

FOSS, FASTEIGNA- OG SKIPSALA EHF.

Hátúni 6a, 105 Reykjavík

GÍSLI BALDUR GARÐARSSON HRL.

Pósthússtræti 13, 101 Reykjavík

HÉRAÐSDÓMUR NORÐLENDINGA

Hafnarstræti 107, 600 Akureyri

HÉRAÐSDÓMUR N-VESTRA

Ráðhúsinu, 550 Sauðárkrókur

HÉRAÐSDÓMUR VESTFJARÐA

Hafnarstræti 9, 400 Ísafjörður

HÉRAÐSDÓMUR VESTURLANDS

Þjarnarbraut 8, 310 Akranesi

J.P.LÖGMENN EHF.

Lágmúla 5, 108 Reykjavík

JÓHANNES ÁSGEIRSSON HRL.

Suðurlandsbraut 10, 108 Reykjavík

KLAPPARVÖR EHF.

Tryggvagötu 11, 101 Reykjavík

KR.ST. LÖGMANNSSTOFA EHF.

Pósthólf 712, 121 Reykjavík

LÖGFRÆÐISTOFA

INGA TRYGGVASONAR

Borgarbraut 61, 310 Akranes

LÖGMANNSTOFA JÓNS EGILS & AUÐAR

Knarrarvogi 4, 104 Reykjavík

LÖGMENN THORSPLAN EHF.

Fjarðargötu 11, 220 Hafnarfjörður

LÖGSÝN EHF.

Hafnarstræti 1, 400 Ísafjörður

MÁLFLUTNINGSSTOFA

SNÆFELLSNESS

Aðalgötu 2, 340 Stykkishólmi

MENTIS HF.

Sigtún 42, 105 Reykjavík

RAGNAR AÐALSTEINSSON

OG SIGRÍÐUR RUT JÚLIUSDÓTTIR

Klapparstíg 25-27, 101 Reykjavík

REYKJANESBÆR

Tjarnargötu 12, 230 Reykjanesbær

SPARISJÓÐUR MÝRARSÝSLU

Borgarbraut 14, 310 Akranes

SÝSLUMAÐURINN Á AKUREYRI

Hafnarstræti 107, 600 Akureyri

SÝSLUMAÐURINN Á AKRANESI

Stillholti 16-18, 300 Akranes

SÝSLUMAÐURINN Í HVOLSVELLI

Austurvegi 4, 860 Hvolsvöllur

SÝSLUMAÐURINN Í SAUÐÁRKRÓKI

Suðurgötu 1, 550 Sauðárkrókur

SÝSLUMAÐURINN Í HAFNARFIRÐI

Strandgata 31, 220 Hafnarfjörður

SÝSLUMAÐUR SNÆFELLINGA

Aðalgata 7, 340 Stykkishólmur

TOLLSTJÓRINN Í REYKJAVÍK

Tryggvagötu 19, 101 Reykjavík

BBA LEGAL

FORUM LÖGMANNSTOFA

SÝSLUMAÐURINN Á SELFOSSI

HÉRÐASDÓMUR REYKJAVÍKUR

INNHEIMTUSTOFNUN SVEITAFÉLAGA

BORGARLÖGMENN

LÖGMENN ÁRBÆ EHF.

LÖGFRÆÐISTOFA SUÐURNESJA

LÖGMENN SKÓLAVÖRÐUSTÍG

LÖGGARÐUR EHF.

VEITA

ÚTFARASTOFA ÍSLANDS


LANDSLÖG
LÖGFRÆÐISTOFA

Eigendur:
Garðar Garðarsson hrl.
Jóhannes K. Sveinsson hrl.
Jón Sveinsson hrl.
Vilhjálmur H. Vilhjálmsson hrl.
Viðar Lúðvíksson hrl.

Fulltrúar:
Nökkvi Már Jónsson hdl.
Grímur Sigurðsson hdl.
Eiríkur Jónsson hdl.

Tryggvagötu 11, 101 Reykjavík, Sími: 520 2900
Hafnagötu 31, 230 Keflavík, Sími: 421 1733
Kirkjubraut 28, 300 Akranes

www.landslog.is


FULLTINGI
lögfræðiþjónusta
www.fulltingi.is


SKATTRANSÓKNARSTJÓRI
RÍKISINS

Sími 550 8800 • Fax 550 8850
Gjaldfrjálst númer 800 5088
Borgartúni 7 • 150 Reykjavík
www.skattrann.is


LÖGMÁL

ÁSGEIR ÞÓR ÁRNASON HRL.
ELVAR ÖRN UNNSTEINSSON HRL.
LÚDVIK ÖRN STEINARSSON HRL.
MAGNÚS GUÐLAUGSSON HRL.
ELÍSABET JÚLÍUSDÓTTIR HDL

Lögmál ehf.
Skólavörðustíg 12 • 101 Reykjavík
Sími 511 2000 • Fax 511 2001
logmal@logmal.is • www.logmal.is


Mörkin lögmannsstofa hf.


MÁLFLUTNINGS SKRIFSTOFAN

ÓSKAR SIGURÐSSON HDL. GUÐJÓN ÆGIR SIGURJÓNSSON HDL.

Austurvegi 6, 800 SELFOSS
Sími: 482 2299 Símbréf: 482 2229
www.mal.is




JURIS
ALMENNA
LÖGFRÆÐISTOFAN


LÖGFRÆÐISTOFA
SUÐURNESJA EHF.



RÍKISLÖGREGLUSTJÓRINN



UTANRÍKISRÁÐUNEYTIÐ



DÓMS OG
KIRKJUMÁLARÁÐUNEYTIÐ



FJÁRMÁLARÁÐUNEYTIÐ



RÍKISENDURSKOÐUN



Í ÞÍNUM HÖNDUM

Íslenskar jurtir vaxa og dafna í hreinu lofti og ómenguðum jarðvegi. Þær hafa löngum verið notaðar til lækninga og matar, en ekki má gleyma ánægjunni sem þær veita með tilvist sinni; fegurð og angan. Hlúum að flórunni okkar og búum henni hin bestu vaxtarskilyrði.

Ál- og plastbúðir á viðavangi eru mikil sjónmengun í náttúrunni. Með því að endurvinna umbúðir komum við í veg fyrir sóun á óendurnýtanlegri orku.

 VÍNBUÐIN



Okkar reynsla er þín forgjöf

LOGOS rekur sögu sína til ársins 1907 þegar Sveinn Björnsson, sem síðar varð fyrsti forseti Íslands, opnaði málflutningssskrifstofu sína. Það er engin tilviljun að Sveinn var einnig einn af frumkvöðlum golfiðkunar á Íslandi. Lögmansþjónusta á nefnilega býsna margt sameiginlegt með golfíþróttinni.

Á báðum sviðum er ómetanlegt að geta sameinað hæfni, kraft og nákvæmni. Þessi þrjú atriði kristallast í öflugri og faglegri þjónustu okkar við fyrirtæki, bæði hér heima og í starfsstöðvum okkar í Lundúnum og Kaupmannahöfn. Í okkar fagi, líkt og í golfi, skiptir máli bæði kraftmikið og hnitmiðað teighögg og nákvæmt loka-pútt. Hundrað ára reynsla hefur kennt okkur að á hvorugu sviðinu er hægt að stytta sér leið, því þrotlaus þjálfun um árabíl er grunnurinn að því að skara fram úr.

Efstaleiti 5
103 Reykjavík
Ísland
+354 5 400 300
+354 5 400 301

42 New Broad Street
London EC2M 1 JD
England
+44 (0) 207 920 3000
+44 (0) 207 920 3099

Codanhus
Gl. Kongevej 60, 5. sal
DK-1850 Frederiksberg C
Danmark
+45 70 229 224
+45 70 274 279

logos@logos.is
www.logos.is

LOGOS

LÖGMANSÞJÓNUSTA
SÍÐAN 1907