

A	YFIRTAKA SÍÐARI HLUTI EFTIR <i>Aðalstein E. Jónasson</i>	9
B	ERU ÁKVARÐANIR EINKAREKINNA HÁSKÓLA UM RÉTTINDI OG SKYLDUR NEMENDA STJÓRNSÝSLA EÐA ÁKVARÐANIR Á GRUNDEVILLI EINKARÉTTAR? EFTIR <i>Margréti Völu Kristjánsdóttur</i>	53
C	HEIMILDIR STJÓRNVALDA TIL AÐ TAKA AFSTÖÐU TIL ÞESS HVORT LÖG SAMRÝMIST STJÓRNARSKRÁNNI EFTIR <i>Hafstein Dan Kristjánsson</i>	79

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMAÐUR

Arnar Ingi Ingvarsson

RITNEFND

Heiðmar Guðmundsson

Ívar Þór Jóhannsson

Kristín Hrund Guðmundsdóttir Briem.

RITRÝNINEFND

Ragnhildur Helgadóttir, formaður

Sigurður Tómas Magnússon

Aðalsteinn Egill Jónasson.

PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Menntavegur 1

101 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Aðalsteinn Egill Jónasson:

Yfirtaka – síðari hluti.

Margrét Vala Kristjánsdóttir:

Ákvarðanir einkarekinna háskóla um réttindi og skyldur nemenda – stjórnsýsla eða ákvarðanir á grundvelli einkaréttar?

Hafsteinn Dan Kristjánsson:

Heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samrýmist stjórnarskránni

LAGANÁM

VIÐ HÁSKÓLANN Í REYKJAVÍK

Lagadeild Háskólans í Reykjavík útskrifar framúrskarandi lögfræðinga sem láta til sín taka í íslensku og alþjóðlegu samfélagi.

- 3ja ára nám til BA-gráðu.
- 2ja ára nám til meistaragráðu.
- 3ja-4ra ára nám til doktorsgráðu.



HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK
SAMAN LÁTUM VIÐ HJÓLIN SNÚAST

www.hr.is



FRÁ RITSTJÓRA

Arnar Ingi Ingvarsson

Það er mikið fagnaðarefni að 8. árgangur Timarits Lögréttu sé nú orðinn að veruleika. Timarit Lögréttu hefur náð að festa sig í sessi sem virðulegt fræðirit á sviði lögfræðinnar. Í timaritinu hafa frá upphafi birst ritrýndar fræðigreinar og hefur ritið vaxið jafnt og þétt sem eftirsóknarverður vettvangur fyrir lögfróða greinarhöfundu.

Gaman er að segja frá því að í dag er í gangi samstarfsverkefni með rafræna útgáfu af ritinu með stuðningi lagadeildar og bókasafns Háskólans í Reykjavík. Þannig hafa nemendur og starfsfólk lagadeildarinnar aðgang að öllum árgöngum timaritsins á rafrænu formi á veraldarvefnum og er það von undirritaðs að um sé að ræða fyrsta skrefið í þá átt að unnt verði að bjóða áskrifendum ritið til sölu á rafrænu formi. Með þessu framtaki vill ritstjórn fylgja kröfum nútímans og er vonandi að það mælist vel fyrir. Fyrsta greinin í blaðinu nú er eftir Aðalstein Egil Jónasson hrl. hjá LEX lögmannsstofu og fjallar hún um yfirtökur samkvæmt lögum nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Um er að ræða seinni hluta greinar sem birtist í Timariti Lögréttu, 2. hefti 6. árgangs árið 2009 en Aðalsteinn hefur skipað sér í flokk helstu fræðimanna landsins á sviði verðbréfamarkaðsréttar á undanfönum árum. Í greininni sem hér birtist fjallar Aðalsteinn um hvaða reglur gilda um yfirtökutilboðið sjálft. Þar koma til athugunar reglur um verð og greiðsluskilmála sem skylt er að bjóða hluthöfum í yfirtökutilboði en þær reglur eiga að tryggja jafnræði hluthafa við yfirtöku. Þá koma til umfjöllunar svonefnd valfrjáls tilboð en í mars 2009 voru gerðar þýðingamiklar breytingar á lagaákvæðum sem þau snerta. Þá eru reglur um innlausnarrétt, hlutleysisskyldu stjórnar og yfirtökuvarnir allt efnisatriði sem Aðalsteinn tekur til umfjöllunar.

Önnur grein tölublaðsins er eftir Margréti Völu Kristjánsdóttur, dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Um er að ræða afar áhugavert viðfangsefni sem er tilkomið vegna þess að einkaaðilum hefur á undanfönum árum

í auknum mæli verið falin framkvæmd opinberra verkefna á grundvelli þjónustusamninga. Margrét veltir upp spurningunni hvort og þá á hvaða grundvelli einkaaðilar eru bundnir af reglum stjórnisýsluréttar gagnvart almennum borgurum sem nýta sér þjónustuna sem leiðir af þjónustusamningum við hið opinbera. Þannig veltir Margrét upp áleitnum spurningum um réttaröryggi þeirra sem nýta þjónustuna og leitar svara. Til glöggvunar fjallar Margrét um álitaeftir á útfra einkaskólum sem setur efnid í gott samhengi.

Þriðja og síðasta greinin í tölublaðinu er eftir Hafstein Dan Kristjánsson, lögfræðing hjá umboðsmanni Alþingis. Greinin fjallar um heimildir stjórnvalda til að taka afstöðu til þess hvort lög samræmist stjórnarskrá en stjórnvöld leysa í vaxandi mæli úr ágreiningi sem snertir líf og hagsmuni almennings. Algengt er að einstaklingar beri fyrir sig að ákvæði stjórnarskrárinnar hafi verið brotin eða jafnvel að lög Alþingis samræmist ekki stjórnarskránni. Hafsteinn veltir upp mjög áleitinni spurningu um hvort úrlausnaraðilar innan stjórnisýslunnar hafi heimildir eða svigrúm til að taka afstöðu til slíkra álitaefta og geti eftir atvikum ákveðið að láta hjá líða að leggja lög til grundvallar úrlausn sinni, þ.e. að beita ekki lögum á þeirri forsendu að þau samrýmist ekki stjórnarskránni.

Aftast í tölublaðinu má finna konfektmola. Þar er stutt umfjöllun um vel heppnaða mállutningskeppni Lögréttu sem haldin var í fyrsta skipti á síðasta skólaári í nýjum og glæsilegum dómssal Háskólans í Reykjavík. Sett var á svið dómssál milli tveggja líða skipuðum nemendum úr HR og fóru líðin í nákvæmlega gegnum þann feril sem slíkum málum fylgir. Það var samróma álit allra sem að keppninni komu að virkilega vel hafi tekist til og greinilegt að efniviður í framtíðarmálflýtyndur er ekki að skornum skammti í skólanum.

Undirritaður vill enda þennan pistil á að þakka öllum sem komu að útgáfu blaðsins fyrir vel unnin störf. Sérstakar þakkir fær Þórdís Kolbrún Reykfjörð ritstjóri 7. árgangs Timarits Lögréttu.

Með lögum skal land byggja.
Okkar hlutverk er að tryggja.



Tryggingar fyrir lögmenn

Starfsemi lögmanna er mjög margbætt og váttryggingaþörfin fjölbreytt. VÍS býður lögbundna starfsábyrgðartryggingu auk annarra trygginga sem hæfa starfsemi lögmanna. Einnig býður VÍS fjölbreytt úrval trygginga fyrir einstaklinga og hvers kyns fyrirtæki.

Þú færð nánari upplýsingar á næstu þjónustuskrifstofu eða hjá fyrirtækjaþjónustu VÍS í síma 560 5000.



Aðalsteinn E. Jónasson
hæstaréttarlögmaður á LEX
lögmannsstofu

YFIRTAKA

síðari hluti

INNGANGUR	11
1. YFIRTÖKUTILBOÐ	11
1.1. Skilmálar tilboðs	11
1.1.1. Almenn	11
1.1.2. Lágmarksverð	12
1.1.3. Leiðrétting vegna viðskipta eftir að tilboð hefur verið sett fram	15
1.1.4. Greiðsluskilmálar	17
1.1.5. Gildistími tilboðs	20
1.1.6. Breyting Fjármálaeftirlitsins á tilboðsverði og undanþágur frá greiðsluskilmálum	20
1.2. Afturköllun tilboðs	25
1.3. Skilyrði í tilboði	27
1.4. Breytingar á tilboði	28
1.5. Ógilding tilboðs	28
2. VALFRJÁLS TILBOÐ	29
3. INNLAUSNARRÉTTUR	30
4. SKYLDUR STJÓRNAR OG YFIRTÖKUVERNIR	31
4.1. Almenn	31
4.2. Hlutleysisreglan	32
4.3. Fortilboðsvarnir og ógildingarreglan	37
4.3.1. Almenn	37
4.3.2. Varnir sem byggja á ákvörðun hluthafafundar	38
4.3.3. „Varnir“ sem byggja á eldri ákvörðunum stjórnar	39
4.3.4. Varnir sem byggja á ákvörðun hluthafa og eignasamsetningu hluthafa	40
4.3.5. Ógildingarreglan samkvæmt yfirtökutilskipuninni	41
4.4. Gagnkvæmnisreglan	43
4.5. Gagnsæi yfirtökuvarna	44
4.6. Greinargerð stjórnar	45
5. EFTIRLIT OG ÚRRÆÐI EF EKKI ER GERT TILBOÐ	49

INNGANGUR

Tímaritsgrein þessi er sú síðari af tveimur um yfirtöku samkvæmt lögum nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti.¹ Í þessum hluta er í fyrsta lagi fjallað um hvaða reglur gilda um yfirtökutilboðið sjálf. Í þeirri umfjöllun vega þyngst reglur um verð og greiðsluskilmála sem skylt er að bjóða hluthöfum í yfirtökutilboði, en reglur þessar hafa það mikilvæga markmið að tryggja jafnræði hluthafa við framkvæmd yfirtöku. Í öðru lagi er fjallað um svokölluð valfrjáls tilboð, en það eru yfirtökutilboð sem eru sett fram án þess að tilboðsskylda hafi myndast samkvæmt lögum. Í mars 2009 voru gerðar þýðingarmiklar breytingar á lagaákvæðum um valfrjáls tilboð. Við gildistöku laga nr. 22/2009, til breytinga á lögum nr. 108/2007, var þannig eytt réttaróvissu sem hafði ríkt um réttaráhrif þess að boðið væri lægra verð eða verri greiðsluskilmálar í valfrjálsu tilboð en reglur laganna um tilboðsskyldu gera ráð fyrir. Nú er búið að taka af allan vafa um að ef tilboðsgjafi í valfrjálsu tilboði kys að bjóða ekki lágmarks verð og bestu kjör í skilningi þeirra reglna sem gilda um tilboðsskyldu, getur hann orðið tilboðsskyldur ef hann nær ekki meira en 9/10 af heildaratkvæðisrétti viðkomandi félags í kjölfar yfirtökutilboðs eða hefur ekki gert fyrirvara í tilboðinu um að ná að lágmarki slíku atkvæðismagni. Í þriðja kafla er fjallað um reglur um innlausnarrétt og í fjórða kafla um hlutleysisskyldu stjórnar og yfirtökuvarnir. Svokölluð hlutleysisregla yfirtökutilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/25/EB² (hér eftir yfirtökutilskipunin) hefur verið innleidd í lög hér á landi. Fjallað er um inntak þessarar reglu og hvaða áhrif hún hefur á möguleika æðstu stjórnenda til að grípa til ýmissa yfirtökuvarna. Jafnframt

verður fjallað um svokallaða ógildingarreglu og gagnkvæmnisreglu tilskipunarinnar sem hafa ekki verið inleiddar í lög hér á landi. Í fimmta kafla er loks fjallað um eftirlit og úrræði ef ekki er gert yfirtökutilboð þrátt fyrir skyldu til þess. Fjallað er um álit og túlkanir Fjármálaeftirlitsins sem snerta þessar reglur.

1. YFIRTÖKUTILBOÐ

1.1. Skilmálar tilboðs

1.1.1. Almenn

Ákvæði um skilmála yfirtökutilboðs sem er að finna í 103. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti (hér eftir vskl.) á að stuðla að því að allir eigendur verðbréfa í sama flokki hljóti jafna meðferð, sbr. 1. mgr. 103. gr. en ákvæðið byggir á einni meginreglu yfirtökutilskipunarinnar sem er að finna í a. lið 1. mgr. 3. gr. hennar.³ Í þessari meginreglu felst að allir hluthafar í minnihluta skuli eiga kost á því að fá greitt sama verð og aðrir á nánar tilteknu tímabili og með sömu skilmálum. Til þess að gera stöðu hluthafa sem jafnasta er ákvæðið byggt þannig upp að horft er afturvirkrt á viðskipti þess aðila sem er tilboðsskyldar, og á viðskipti aðila sem teljast vera í samstarfi með honum, og lagt til grundvallar að sanngjarnt sé að greiða hæsta verð sem þessir aðilar hafa greitt á nánar tilteknu tímabili. Samkvæmt 4. mgr. 5. gr. yfirtökutilskipunarinnar skal tímabilið sem horft er afturvirkrt á að lágmarki vera 6 mánuðir en að hámarki 12 mánuðir. Samkvæmt ákvæðinu telst hæsta verð sem greitt er á þessum tímabili vera *sanngjarnt verð* í skilningi tilskipunarinnar. Litið er svo á að sanngjarnt sé að allir hluthafar skuli eiga kost á að fá greidda hlutdeild í yfirverði sem tilboðsskyldar aðili hefur greitt til þess að ná yfirráðum

¹ Fyrri hluti greinarinnar var birtur í Tímariti Lögrétti, 2. hefti 2009, bls. 105-145.

² Official Journal (OJ) 2003, L 142, bls. 12.

³ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3687. Í því ákvæði tilskipunarinnar er hins vegar ekkert fjallað um verð eða greiðsluskilmála. Um það er fjallað í 4. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar.

(e. control premium) því hugsanlegt er að verðið fari að lækka í framhaldi af því. Þessi hugsun kemur úr breskum rétti.⁴ Ekki er hins vegar gert ráð fyrir að þeir hluthafar sem hafa selt á lægra verði á þessu tímabili, en áður en tilboðið er sett fram, eigi rétt á leiðréttingu. Í tilskipuninni er ekki fjallað efnislega um það hvernig hið afturvirka tímabil skuli ákvarðað. Er sérstaklega tekið fram í 4. mgr. 5. gr. að aðildarríkin skuli sjálf skilgreina þetta tímabil. Fram að gildistöku yfirtökutilskipunarinnar miðuðu sumar þjóðir innan Evrópska efnahagssvæðisins við meðalverð á tilteknu tímabili, en ekki hæsta verð.⁵ Hér á landi hefur hins vegar allt frá því að reglur voru settar um þetta fyrst verið miðað við *hæsta verð* sem greitt hefur verið á síðustu 6 mánuðum *frá því yfirtökutilboð var sett fram*, sbr. 1. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 432/1999 sem hefur verið felld úr gildi. Ákvæðið er að þessu leyti sambærilegt í gildandi lögum, sbr. 2. mgr. 103. gr. vskl., en nú er að finna fleiri fyrirvara um verðið sem nánar verður vikið að síðar. Sama regla gildir í Danmörku en í Noregi er 6 mánaða tímabilið reiknað afturvirkrt frá þeim tíma sem tilboðsskylda myndaðist.⁶

1.1.2. Lágmarksverð

Samkvæmt 2. mgr. 103. gr. vskl. skal það verð sem sett er fram í yfirtökutilboði að minnsta kosti svara til hæsta verðs sem tilboðsgjafi eða aðilar sem hann er í samstarfi við hafa greitt fyrir hluti sem þeir hafa eignast í viðkomandi félagi síðustu 6 mánuði áður en tilboðið er sett fram. Tilboðið skal þó að lágmarki vera jafnhátt og síðasta viðskiptaverð hluta í viðkomandi félagi daginn áður en tilboðsskylda myndaðist eða tilkynnt var um fyrirhugað tilboð. Við sérstakar aðstæður getur síðan Fjármálaeftirlitið tekið ákvörðun um að

hækka eða lækka tilboðsverð, sbr. 8. mgr. 103. gr. vskl. Samkvæmt þessu er reglan um lágmarksverð fjórþætt:

- a) Í fyrsta lagi þarf að skoða hvaða hæsta verð tilboðsgjafi eða aðilar sem hann var í samstarfi við greiddu á síðastliðnum 6 mánuðum frá því yfirtökutilboð var sett fram.
- b) Í öðru lagi þarf að skoða síðasta viðskiptaverð hluta í viðkomandi félagi áður en tilboðsskylda myndaðist. Eðli máls samkvæmt getur þessi tímasetning ekki átt við þegar um valkvæð yfirtökutilboð er að ræða.
- c) Í þriðja lagi þarf að skoða síðasta viðskiptaverð daginn áður en tilkynnt var um fyrirhugað tilboð. Þetta ákvæði á fyrst og fremst við um þær aðstæður þegar aðili er ekki tilboðsskyldur en tekur ákvörðun um að gera valkvætt tilboð. Fræðilega séð getur hins vegar reynt á það við báðar þessar aðstæður, til dæmis ef tilboðsskyldur aðili hefur vanrækt tilkynningarskyldu sína.
- d) Í fjórða lagi getur Fjármálaeftirlitið við sérstakar aðstæður tekið ákvörðun um að hækka eða lækka tilboðsverð.

Reglur um lágmarksverð sem reifaðar eru hér að ofan undir b) - d) lið voru teknar uppí íslenska löggjöf við setningu laga nr. 31/2005, til breytinga á eldri lögum nr. 33/2003. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að þeim lögum kemur fram að markmiðið með þeim breytingum hefði verið að tryggja að aðilar gætu ekki farið í kringum ákvæði um lágmarksverð með því að semja sín á milli um viðskipti á lægra verði en viðskiptaverð væri á þeim tíma.⁷ Ráða má af efni 2. mgr. 103. gr. vskl. að það verð sem er hæst samkvæmt

⁴ Jesper Lau Hansen, *Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II*. Kaupmannahöfn 2008, bls. 297.

⁵ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1567.

⁶ Sjá 1. mgr. 8. gr. yfirtökureglna nr. 1228/2007 að því

er varðar Danmörk en 4. mgr. greinar 6-10 í norsku verðbrefaviðskiptalögum nr. 75/2007.

⁷ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3687.

a) - c) lið, skuli boðið í yfirtökutilboði, sbr. orðalagið „skal þó að lágmarki vera“. Er það í samræmi við túlkun sem Fjármálaeftirlitið birti 4. október 2007 á sambærilegu ákvæði eldri laga.⁸ Í síðastnefndri túlkun kemur fram að Fjármálaeftirlitið líti svo á að með orðalaginu „síðasta viðskiptaverð hluta í viðkomandi félagi daginn áður en tilboðsskylda myndast...“ sé átt við viðskipti allra aðila en ekki eingöngu viðskipti þeirra sem tilboðsskylda nær til. Er þessi túlkun rökrétt í því ljósi að enginn fyrirvari er gerður um annað í 2. mgr. 103. gr. vskl. Sama regla gildir þegar um valkvætt tilboð er að ræða.

Við útreikning á sex mánaða frestinum er tekið mið af því tímamarki þegar yfirtökutilboð er sett fram. Með því orðalagi er átt við það tímamark þegar yfirtökutilboð er birt í samræmi við reglur 113. og 114. gr. vskl. Samkvæmt því telst fresturinn frá og með birtingu tilboðsins. Eins og áður hefur verið rakið getur hins vegar liðið umtalsverður tími frá því tilboðsskylda myndast þar til tilboðið er birt þrátt fyrir þá meginreglu sem fram kemur í yfirtökutílskipuninni að það skuli birt við fyrsta tækifæri. Á þetta getur einkum reynt ef ágreiningur kemur upp um tilboðsskyldu eins og fyrr segir. Í ljósi þess að tilboðsskyldur aðili getur innan ákveðinna marka haft áhrif á það hvenær yfirtökutilboð er birt má velta fyrir sér hvort eðlilegra væri að miða útreikning þessa frests frekar við það tímamark þegar tilboðsskylda myndast eins og gert er í Noregi.⁹ Vel má hugsa sér aðstæður þar sem tilboðsskyldur aðili hefur hag af

því að draga eins lengi og kostur er að birta yfirtökutilboð, til að freista þess að skjóta undan sex mánaða frestinum viðskiptum sem hann telur hafa átt sér stað á „of háu“ verði. Ekki er öruggt að reglan um síðasta viðskiptaverð daginn áður en tilboðsskylda myndast eða daginn áður en tilkynnt var um fyrirhugað tilboð leiði til viðunandi niðurstöðu fyrir minnihluta hluthafa, þótt hugsanlegt sé að þær reglur tryggi hagsmuni hluthafa á fullnægjandi hátt. Við aðstæður sem þessar gæti þó Fjármálaeftirlitið hugsanlega tekið ákvörðun um að hækka tilboðsverð samkvæmt heimild í 8. mgr. 103. gr. vskl., sem nánar verður fjallað um síðar. Með hliðsjón af því er ekki ástæða til að breyta ákvæðinu.

Eðli máls samkvæmt verður við mat á því hvað sé hæsta verð að horfa til viðkomandi viðskipta í heild sinni.¹⁰ Fræðilega er þannig hugsanlegt að það verð sem lagt er til grundvallar í viðskiptum milli aðila og tilkynnt um til kauphallar endurspegli ekki fullt endurgjald fyrir viðkomandi eignarhlut. Þannig er til dæmis hugsanlegt að einhver önnur verðmæti hafi verið framseld samhliða, eða þóknarir greiddar, með þeim áhrifum að raunverulegt verð sem greitt var fyrir eignarhlutinn sé hærra. Ef ekki er tilkynnt um tilvist slíks endurgjalds í kauphöll kunna viðkomandi aðilar hins vegar að hafa gerst sekir um markaðs-misnotkun ef þetta kemst upp, sbr. a. liður 1. tl. 1. mgr. 117. gr. vskl. Aðstæður sem þessar eru dæmi um tilvik sem myndu kalla á leiðréttingu á verði af hálfu

⁸ Túlkunina má finna á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: www.fme.is (sótt í janúar 2009). Þar er eftirfarandi dæmi tekið til skýringar:

„Að þeirri forsendu gefinni að yfirtökuskylda myndist 1. febrúar og yfirtökutilboð sé sett fram 1. apríl en tilkynnt er um það 15. mars, þá skal greiða hæsta verð sem fæst miðað við eftirlitið.

A) Hæsta verð sem tilboðsgjafi eða einhver samstarfs aðila greiddi síðustu 6 mánuði áður en tilboð var sett fram þann 1. apríl (þ.e. 1. október –1. apríl).

B) Síðasta viðskiptaverð daginn áður (öll viðskipti) en tilboðsskylda myndast, þ.e. 31. janúar.

C) Síðasta viðskiptaverð daginn áður (öll viðskipti) en tilkynnt

var um fyrirhugað tilboð, þ.e. 14. mars.“

⁹ Í 4. mgr. greinar 6-10 í norsku verðbréfavíðskiptalögunum nr. 75/2007 segir um þetta: „Tilbudsprisen skal være minst like høy som det høyeste vederlag tilbyderen har betalt eller avtalt i perioden 6 måneder før tilbudsplikten inntrådte.“

¹⁰ Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. *Verðbréfamarkaðsréttur*, bls. 403.

Fjármálaeftirlitsins í samræmi við heimild í 8. mgr. 103. gr. vskl. sem nánar verður fjallað um síðar.

Vel er hugsanlegt að engin viðskipti hafi átt sér stað af hálfu tilboðsaðila á fyrrgreindu 6 mánaða tímabili. Við þær aðstæður yrði þá miðað við síðasta viðskiptaverð daginn áður en tilboðsskylda myndaðist eða tilkynnt var um fyrirhugað tilboð, sbr. 2. mgr. 103. gr. vskl. Hugsanlega gæti reynt á 8. mgr. 103. gr. vskl. um heimild Fjármálaeftirlitsins til breytinga á tilboðsverði við þessar aðstæður.

Greiðsla samkvæmt yfirtökutilboði fer ekki fram fyrr en innan fimm viðskiptadaga frá því yfirtökutilboð hefur runnið út, sbr. 7. mgr. 103. gr. vskl. Þannig getur liðið umtalsverður tími frá því hæsta verð hefur verið innt af hendi samkvæmt 2. mgr. 103. gr. vskl. þar til greiðsla til þeirra hlutahafa sem samþykkja yfirtökutilboð fer fram. Á þeim tíma geta orðið breytingar á verðlagi, vöxtum og verðmæti einstakra gjaldmiðla sem kunna að hafa verið notaðir sem greiðsla fyrir hluti. Sú spurning vaknar hvort leiðrétta þurfi verð með tilliti til slíkra breytinga til að tryggja að þeir sem samþykkja yfirtökutilboð verði nákvæmlega eins settir og þeir sem fengu hæsta verð. Ákvæði 103. gr. vskl. eða önnur ákvæði þeirra laga gera ekki ráð fyrir að vextir eða verðbætur bætist við hæsta verð sem kann að hafa verið greitt fyrir hluti á síðustu 6 mánuðum fyrir birtingu yfirtökutilboðs, við uppgjör yfirtökoverðs.¹¹ Þvert á móti gefur orðalagid í þessu ákvæði annað til kynna. Vextir og verðbætur verða ekki reiknaðir ofan á slíka fjárhæð án skýrrar lagaheimildar. Ekki verður heldur talið að Fjármálaeftirlitinu sé heimilt að hækka verð á grundvelli 8. mgr. 103. gr. vskl. vegna þessa þar sem skilyrðið um *sérstakar*

aðstæður getur ekki átt við um slíkt.

Eins og nánar verður rakið síðar getur tilboðsgjafi í yfirtökutilboði boðið fram greiðslu í erlendum gjaldmiðlum. Þannig væri til dæmis hægt að bjóða fram greiðslu í evrum.¹² Að þessu verður að huga þegar verið að skilgreina lágmarks verð í skilningi 2. mgr. 103. gr. vskl. Á sama hátt er hugsanlegt að þau viðskipti sem verið er að horfa til 6 mánuði aftur í tímann við mat á *lágmarks verði*, hafi í sumum tilvikum átt sér stað í krónum en í öðrum tilvikum í erlendum gjaldmiðlum. Hafi viðskipti sem verið er að skoða átt sér stað í erlendum gjaldmiðlum, verður að bera fjárhæðir saman miðað við verðmæti viðkomandi gjaldmiðlis þann dag sem uppgjör viðskipta fór fram. Ef um er að ræða viðskipti með félag sem skráð er á skipulegan verðbrefamarkað NASDAQ-OMX á Íslandi, fer uppgjör þeirra fram í íslenskum krónum sem gengisskráningin í viðskiptakerfi kauphallarinnar miðast við. Best er að útskýra þetta með dæmi. A ákveður að gera yfirtökutilboð í alla hluti í félaginu AB hf., sem er skráð á skipulegan verðbrefamarkað NASDAQ-OMX á Íslandi. Við skoðun á viðskiptum síðastliðna 6 mánuði kemur í ljós að A keypti meðal annars hluti í félaginu fyrir 1 milljón Evra. Þann dag var gengi evru 100 þannig að verðmæti viðskiptanna í íslenskum krónum var kr. 100 milljónir. Keyptir voru 10 milljón hlutir í félaginu þannig að verð fyrir hvern hlut var 10 krónur, sem er það verð sem myndi birtast í viðskiptakerfi kauphallarinnar. Var þetta hæsta verð sem greitt hafði verið fyrir hluti í félaginu síðastliðna 6 mánuði, áður til tilboðið var sett fram. Samkvæmt þessu myndi A þurfa bjóða kr. 10 fyrir hvern hlut í yfirtökutilboðinu. A myndi ekki þurfa bjóða

¹¹ Sjá að því er varðar verðbætur Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. *Verðbrefamarkaðsréttur*, bls. 405.

¹² Í valfrjálsum yfirtökutilboði sem Novator eignarhaldsfélag ehf. birti þann 1. júní 2007 í alla hluti í Actavis Group hf. var til dæmis boðin fram greiðsla í Evrum. Gildistími þessa tilboðs var upprunlega frá 5. júní 2007 til 3. júlí 2007, en var síðan framlengt til 23. júlí sama ár. Upprunlag tilboð hljóðaði

uppá 0,98 Evru fyrir hvern hlut í félaginu og tók mið af skráðu lokagengi bréfa í félaginu í kauphöllinni einum viðskiptadegi fyrir tilkynningu um tilboðið. Tilboðið var síðar hækkað uppí 1,075 Evru fyrir hvern hlut, en einnig var boðin fram viðbótargreiðsla ef ákveðinn hluti félagsins yrði framseldir til þriðja aðila innan skilgreindra tímamarka.

hærra verð í krónum þótt íslenska krónan hefði veikst gagnvart Evru frá þeim tíma sem fyrrgreind viðskipti áttu sér stað, því miða verður við stöðuna eins og hún var þegar viðskiptin fóru fram. Á sama hátt gæti hann ekki boðið fram lægri greiðslu í krónum þótt krónan hefði styrkst gagnvart Evrunni fram til þess tíma sem yfirtökutilboð er birt. Ef gengi Evru gagnvart krónu hefði þannig lækkað úr 100 niður í 75, gæti hann ekki boðið gengið 7,5 í yfirtökutilboði, eða annað verð undir genginu 10. Í öllum tilvikum yrði þannig miðað við gengið 10. Ef greiðsla yrði boðin fram í Evrum myndi þannig þurfa að reikna verðgildi Evru í yfirtökutilboði út frá þessu gengi þegar yfirtökutilboðið væri sett fram.

Ef tilboðsgjafi hefur greitt fyrir hluti á síðustu 6 mánuðum með greiðslu verðbréfa, til dæmis með hlutabréfum, yrði við mat á lágmarks verði horft til þess hvert verðmæti þessara bréfa var í viðkomandi viðskiptum. Það verðmæti myndi endurspeglast í skráðu gengi viðkomandi viðskipta eins og þau væru tilkynnt til kauphallarinnar og birt þar í viðskiptakerfinu. Þótt viðkomandi verðbréf myndu síðar hækka í verði, hefði það engin áhrif til hækunar á því verði sem tilboðsgjafi yrði að bjóða í yfirtökutilboði.¹³ Á sama hátt gæti tilboðsgjafi ekki lækkað verðið til tilboðinu ef verðmæti umræddra bréfi hefði lækkað.

1.1.3. Leiðrétting vegna viðskipta eftir að tilboð hefur verið sett fram

Sú aðstaða getur komið upp að tilboðsgjafi, eða aðilar sem hann er í samstarfi við, greiði hærra verð fyrir hluti á tilboðstímabilinu en boðið var í yfirtökutilboði. Með hugtakinu tilboðstímabil er þá átt við tímabilið frá því tilboð hefur verið birt opinberlega í samræmi við 114. gr. vskl. þar til gildistími tilboðs rennur út. Ef þetta gerist er

tilboðsgjafa skylt að breyta tilboði sínu og bjóða öllum hluthöfum hið hærra verð, sbr. 1. ml. 3. mgr. 103. gr. vskl. Ákvæði þetta var leitt í lög við gildistöku laga nr. 31/2005 þann 1. júlí 2005, til breytinga á eldri lögum nr. 33/2003, og byggir á 2. ml. 4. mgr. 5. gr. yfirtökutillskipunarinnar og a. lið 1. mgr. 3. gr. hennar um jafna meðferð hluthafa. Ef breyta þarf tilboði af þessum sökum þarf að gæta að ákvæði 107. gr. vskl. um breytingar á tilboði. Séu breytingar gerðar á tilboði þegar minna en tvær vikur eru eftir af tilboðstímabili þarf að framlengja tímabilið þannig að það gildi í að minnsta kosti tvær vikur eftir að breytt tilboð hefur verið birt opinberlega. Hluthafar sem samþykkt höfðu fyrra tilboð geta þá valið á milli tilboðanna.

Mikilvægt er að hafa í huga að ofangreindar reglur um leiðréttingu tilboðs ná ekki til þeirra hluthafa sem hafa selt eignarhluti sína *áður en tilboðstímabilið hefst*, sem er eins og fyrr segir við birtingu tilboðs samkvæmt 114. gr. vskl. Þótt slíkir aðilar hafi selt eignarhluti sína á lægra verði en yfirtökutilboð gerir ráð fyrir, eða eftir atvikum á lægra verði en leiðrétt tilboð gerir ráð fyrir, eiga þeir enga kröfu á hendur tilboðsgjafa á grundvelli 103. gr. vskl. Slíkir aðilar væru bundnir við samning sinn um sölu eignarhlutarins, nema þeir gætu náð fram leiðréttingu á grundvelli annarra réttarreglna eins og til dæmis á grundvelli ógildingarreglna samningaréttar. Á þetta álitæfni reyndi í svokölluðum *Þorbjörn-Fiskanes málum*, sem eru efnislega eins. Um er að ræða dóma *Hæstaréttar í málum nr. 212/2006, 213/2006 og 214/2006 frá 23. nóvember 2006*. Atvik voru þessi:

Þann 3. febrúar 2004 gerði Glitnir banki hf. samning við östofnað félag í eigu tilgreindra aðila (yfirtökuaðilar) vegna fyrirhugaðrar yfirtöku á Þorbirni-Fiskanes hf., en síðastnefnt félag var þá skráð á aðallista Verðbréfaþings Íslands (nú

NASDAQ-OMX á Íslandi). Þetta félag varð til við samruna Fiskaness hf. og Þorbjarnar hf., en yfirtökuaðilar höfðu áður verið hluthafar í Þorbirni hf. Þann 12. og 13. febrúar 2004 áttu yfirtökuaðilar í viðræðum við fulltrúa svokallaðs Fiskaneshóps (fyrrir hluthafar Fiskanes hf.), en áfrýjendur málanna voru allir úr hópi þeirra. Fiskaneshópurinn ræð þá yfir 25,66% af heildarhlutafé Þorbjarnar-Fiskanes hf. Þann 14. febrúar 2004 gerðu yfirtökuaðilar þessum hópi tilboð um að kaupa hluti þeirra á genginu 6. Þann 16. febrúar sama ár fengu yfirtökuaðilar tilkynningu um að Fiskaneshópurinn væri reiðubúinn til að selja hluti sína í félaginu á genginu 6. Fyrir milligöngu Glitnis banka hf. var síðan gengið frá þessum viðskiptum. Þann 17. febrúar 2004 keyptu yfirtökuaðilar síðan hlut Granda hf. í félaginu á genginu 6,75 en Grandi hf. og tengd félög réðu yfir 27,89% hlut í félaginu. Í lok febrúar 2004 lagði síðan Glitnir banki hf. fram yfirtökutilboð í Þorbjörn Fiskanes hf. þar sem öðrum hluthöfum var boðin greiðsla miðað við gengið 6,75. Fiskaneshópurinn var ósáttur við þetta og vildi fá greitt sama verð fyrir hlutabréfin og boðið var í yfirtökutilboðinu og greitt hafði verið til Granda hf. Kröfðust áfrýjendur greiðslu skaðabóta til að fá þetta bætt. Þessu var hafnað af hálfu yfirtökuaðila sem héldu því meðal annars fram að ekki hefðu verið forsendur til að kaupa allt hlutafé félagsins fyrir þetta verð og að ekki hefði verið unnt að ná samkomulagi við Granda hf. um lægra verð. Á því var meðal annars byggt af hálfu stefndu að áfrýjendur hefðu verið búnir að selja hluti sína áður en hlutir Granda hf. voru keyptir og því væri þeim ekki skylt að greiða yfirtökuverð til þeirra. Áfrýjendur byggðu máltilbúnað sinn á ýmsum forsendum. Byggðu þau meðal annars á því að flöggunarreglur hefðu verið brotnar, að reglur um innherjavíðskipti hefðu verið brotnar og að um markaðsmisnotkun hefði verið að ræða. Var öllum þessum málásatæðum hafnað, en Hæstiréttur gerði þó athugasemdir við upplýsingaflæði af hálfu stefndu til áfrýjenda sem ekki er ástæða til að reifa hér.

Hæstiréttur sýknaði stefndu með vísan til þess að áfrýjendur hefðu verið grandsamir um að af

hálfu stefndu stæði til að yfirtaka félagið þegar gengið var frá viðskiptunum við þá. Af þeim sökum hefðu þeir verið í aðstöðu til að semja um annað verð en þeir gerðu, ef þeir töldu að fyrirhuguð yfirtaka ætti að réttlæta hærra verð fyrir bréfin.

Atvik máls þessa gerðust í tíð eldri laga um verðbréfavíðskipti nr. 33/2003, eins og þau voru fyrir innleiðingu yfirtökutilskipunarinnar með setningu laga nr. 31/2005. Á þeim tíma var ekki að finna ákvæði um leiðréttingu verðs í yfirtökutilboð eins og nú er að finna í 3. mgr. 103. gr. vskl. Það hefði hins vegar ekki breytt niðurstöðu máls þessa þótt slíkt ákvæði hefði verið í lögnum, því Fiskaneshópurinn var búinn að selja eignarhluti sína áður en yfirtökutilboðið var birt. Eins og sjá má byggir Hæstiréttur niðurstöðu sína um sýknu á grandsemi seljenda um fyrirhugaða yfirtöku. Grandleysi þeirra um fyrirhugaða yfirtöku hefði hins vegar ekki átt að skipta neinu máli um niðurstöðuna því telja verður ljóst að upplýsingaskylda kaupanda hlutabréfa nái ekki til þess að upplýsa gagnaðila sinn um fyrirætlanir sínar um yfirtöku. Tilvist slíkrar upplýsingaskyldu myndi geta skaðað hagsmuni kaupanda og hugsanlega komið alfarið í veg fyrir að slík viðskipti gætu gengið eftir. Öðru máli gegnir ef kaupandi býr yfir upplýsingum um fyrirætlanir annarra um slíka yfirtöku, ef slíkar upplýsingar væru þess eðlis að geta talist vera innherjaupplýsingar í skilningi 120. gr. vskl. Slíkum aðila væri óheimilt að eiga viðskipti og gæti hann bakað sér refsí- og/eða skaðabótaabyrgð sem ekki er svigrúm til að ræða nánar hér.

Sú staða kann að koma upp að gerður hafi verið afleiðusamningur um hluti sem yfirtökutilboð nær til áður en tilboðs-tímabilið hefst en með uppgjörstíma á tímabilinu. Vaknar þá spurning hvort 3. mgr. 103. gr. vskl. geti náð til slíkra samninga. Þannig má til dæmis hugsa sér aðila sem er að vinna að því að ná yfirráðum í tilteknu félagi

og gerir í því skyni kaupréttarsamninga við nokkra hluthafa miðað við kaupverðið 3 kr. fyrir hvern hlut. Síðar birtir þessi sami aðili yfirtökutilboð miðað við gengið 5 kr. fyrir hvern hlut. Spurningin er þá hvort þessi aðili geti nýtt kauprétt sem verður virkur á tilboðstímabilinu miðað við kaupgengið 3 kr. fyrir hvern hlut eða hvort honum beri skylda til að greiða kr. 5 fyrir hvern hlut vegna ákvæða 3. mgr. 103. gr. vskl., ef ekkert er að þessu vikið í samningi aðila. Svareð við þessu álitaefni liggur í efni 3. mgr. 103. gr. vskl. sem nær eingöngu til þeirrar aðstöðu þegar *breyta þarf yfirtökutilboði* vegna þess að greitt hefur verið *hærra verð* á tilboðstímabilinu en gert er ráð fyrir í yfirtökutilboði. Ákvæðið nær þannig ekki til þeirrar aðstöðu þegar yfirtökuaðili er að nýta rétt sinn samkvæmt kaupréttarsamningi til að greiða lægra verð en yfirtökutilboð hljóðar á um þar sem slík viðskipti kalla á enga breytingu á yfirtökutilboði. Sömu sjónarmið ættu við um framvirka samninga sem yfirtökuaðili kann að hafa gert áður en tilboð væri birt sem félli í gjalddaga á tilboðstímabilinu. Ef aðilar slíkra samninga vildu ná fram leiðréttingu yrðu þeir því að freista þess að byggja kröfu sína á öðrum réttarreglum, eins og til dæmis ógildingarreglum samningaréttar. Ef kaupréttarsamningurinn eða framvirki samningurinn sem fjallað er um hér að ofan gerði ráð fyrir hærra verði en boðið væri í yfirtökutilboði er ólíklegt að hann yrði nýttur. Ef hann yrði hins vegar nýttur á tilboðstímabilinu, eða á næstu þremur mánuðum þar á eftir, myndi 3. mgr. 103. gr. vskl. hins vegar gilda því þá væri verið að *greiða hærra verð* á tilboðstímabilinu eða næstu þremur mánuðum þar á eftir sem kallar á breytingu á yfirtökutilboðinu.

Samkvæmt 2. ml. 3. mgr. 103. gr. vskl. skal leiðrétta verð ef tilboðsgjafi eða þeir sem hann er í samstarfi við hafa greitt

hærra verð eða boðið betri kjör fyrir hluti í viðkomandi félagi *næstu þrjú mánuði eftir lok tilboðstímabilsins*. Ákvæði þetta var tekið upp í íslensk lög að sænskri og breskri fyrirmynd en í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 var upprunalega lagt til að þetta tímabil yrði 6 mánuðir.¹⁴ Sambærilegt ákvæði er ekki að finna í yfirtökutillskipuninni en eins og áður hefur verið nefnt er aðildarríkjum heimilt að setja strangari reglur um yfirtökur en hún hefur að geyma, sbr. b. liður 2. mgr. 3. gr. hennar. Af þeim sökum er ekki að finna sambærilegt ákvæði í yfirtökureglum allra ríkja eins og til dæmis í Danmörku þar sem leiðréttingarreglan um verð gildir eingöngu fyrir hærra verð sem tilboðsgjafi greiðir á tilboðstímabilinu. Sé greitt hærra verð eftir að tilboðstímabilinu lýkur, er ekki skylt að leiðrétta verðið afturvirkigt gagnvart þeim sem samþykktu yfirtökutilboðið nema sannað sé að raunverulegt samkomulag um kaup á hærra verði hafi náðst á tilboðstímabilinu þótt það sé að formi til gert eftir að því lýkur.¹⁵

1.1.4. Greiðsluskilmálar

Samkvæmt 7. mgr. 103. gr. vskl. skal uppgjör fyrir yfirtekna hluti fara fram í síðasta lagi 5 viðskiptadögum eftir að gildistími tilboðs rennur út. Með *viðskiptadögum* er eðli máls samkvæmt átt við daga sem kauphöllin og verðbréfaskráning eru opin því uppgjör viðskipta fer fram með þeirra milligöngu.

Tilboðsgjafi í yfirtökutilboði getur ekki boðið fram hvaða endurgjald sem er. Endurgjald sem boðið er í yfirtökutilboði þarf að fullnægja þeim skilyrðum sem fram koma í 4. mgr. 103. gr. vskl. sem byggir á 5. mgr. 5. gr. yfirtökutillskipunarinnar. Samkvæmt 4. mgr. 104. gr. vskl. getur tilboðsgjafi ávallt boðið fram *reiðufé* sem endurgjald fyrir hluti. Þótt það sé ekki tekið fram berum orðum í ákvæðinu verður að

¹⁴ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3687.

¹⁵ Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med kommentarer II*, bls. 296.

skilja hugtakið reiðufé þannig að það nái yfir innlendan jafnt sem erlendan gjaldmiðil.¹⁶ Ef um erlendan gjaldmiðil er að ræða verður hins vegar væntanlega að gera þá kröfu að hægt sé að selja hann í bönkum í skiptum fyrir íslenskar krónur án vandkvæða því annars er tæplega um reiðufé að ræða í skilningi ákvæðisins. Væntanlega verður því að vera til staðar virkur markaður með viðkomandi gjaldmiðil.

Tilboðsgjafa er einnig heimilt að bjóða sem endurgjald hluti í félögum sem atkvæðisréttur fylgir eða hvoru tveggja, sbr. 4. mgr. 103. gr. vskl. Vilji tilboðsgjafi eingöngu bjóða slíka hluti sem endurgjald þarf hins vegar að fullnægja tveimur skilyrðum. Í fyrsta lagi þurfa viðkomandi hlutir að hafa verið teknir til viðskipta á skipulegum markaði og í öðru lagi þarf að vera hægt að leggja til grundvallar að hlutirnir séu „seljanlegir“ (e. liquid securities), sbr. 4. mgr. 103. gr. vskl. Fullnægi viðkomandi hlutir ekki báðum þessum skilyrðum er tilboðsgjafa skylt að bjóða reiðufé sem valkost. Hið sama gildir hafi tilboðsgjafi eða þeir aðilar sem hann kann að vera í samstarfi við greitt fyrir að minnsta kosti 5% af hlutafé viðkomandi félags með reiðufé á 6 mánaða tímabilinu sem er skilgreint í 2. mgr. 103. gr. vskl. eða á tilboðstímabilinu. Ef tilboðsgjafi hefur þannig í hyggju að bjóða óskráða hluti eða hluti sem hafa eingöngu verið teknir til viðskipta á markaðstorgi fyrir fjármálagerninga, myndi hann þurfa að bjóða reiðufé sem valkost. Ekki er skilgreint í ákvæðinu hvaða skilyrðum þarf að fullnægja til að hægt sé að leggja til grundvallar að viðkomandi verðbréf séu „seljanleg“ í skilningi ákvæðisins. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 segir að gert sé ráð fyrir að Fjármálaeftirlitið úrskurði um þetta ef upp kemur

vafi. Þar kemur fram að Fjármálaeftirlitið geti við mat á þessu stuðst við ákveðin viðmið eins og til dæmis veltuhráða viðkomandi verðbréfa, en almennt megi ganga útfrá að hlutabréf félaga í úrvalsvísitölu kauphallarinnar (NASDAQ-OMX á Íslandi) fullnægi skilyrðinu um seljanleika.¹⁷ Fjármálaeftirlitið hefur ekki gefið út neinar leiðbeiningar um túlkun þessa ákvæðis eða úrskurðað um þetta álitafni.

Ákvörðun um seljanleika er skilgreind í 22. gr. innleiðingartilskipunar framkvæmdastjórnarinnar 2006/73/EB, sem er nánari útfærsla á 2. mgr. 27. gr. MiFID tilskipunarinnar 2004/39/EB. Innleiðingar-tilskipunin var tekin upp í íslensk lög við gildistöku reglugerðar nr. 994/2007 þann 1. nóvember 2007. Síðastnefnd ákvæði fjalla um gagnsæi og heilleika verðbréfamarkaðarins og upplýsingaskyldu fjármálafyrirtækja og innmiðlara þar að lútandi. Ákvæðin eiga að tryggja að fullnægjandi upplýsingar liggja fyrir um seljanleika verðbréfa sem tekin eru til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði, meðal annars til að fjárfestar geti áttá sig á raunvirði þeirra. Við mat á raunvirði skiptir eðli máls samkvæmt miklu máli hversu mikil viðskipti eru með bréfin. Því minni viðskipti sem eru með bréfin, því óljósari er verðmyndunin. Yfirtökutilskipunin vísar ekki til þessara ákvæða um mat á seljanleika að því er varðar verðbréf sem boðin eru sem endurgjald fyrir hluti í yfirtökutilboði. Á sama hátt vísar 4. mgr. 103. gr. vskl. ekki til 22. gr. innleiðingartilskipunarinnar um mat á seljanleika og er ekkert að því vikið í frumvarpi eins og fyrr segir. Hins vegar verður að telja ljóst að ef verðbréf fullnægja skilyrðum 22. gr. innleiðingartilskipunar MiFID, myndu viðkomandi verðbréf teljast fullnægja skilyrðum yfirtökutilskipunarinnar og 4. mgr. 103. gr. vskl., því miklar

16 Þetta hefur verið viðurkennt í framkvæmd. Eins og fyrr hefur verið vísað til var þannig til dæmis notast við evrur í yfirtökutilboði Novators eignarhaldsfélags ehf. í hluti í Actavis Group hf., árið 2007.

17 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3687.

kröfur eru gerðar þar um seljanleika verðbréfa. Samkvæmt 22. gr. innleiðingar-tilskipunarinnar teljast hlutabréf sem tekin hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði seljanleg ef viðskipti með bréfin eru stunduð daglega, flot er ekki undir 500 milljónum Evra og annað af eftirfarandi skilyrðum er uppfyllt: a) Meðalfjöldi viðskipta með hlutabréfin eru ekki undir 500 á dag eða b) meðaldagsvelta viðkomandi bréfa er ekki minni en 2 milljónir Evra. Fullnægi verðbréf ekki síðastnefndum skilyrðum um seljanleika kemur til kasta Fjármálaeftirlitsins að meta hvort skilyrðinu um seljanleika telst fullnægt að því er varðar 4. mgr. 103. gr. vskl. Í því sambandi verður að hafa í huga að verndarhagsmunir 4. mgr. 103. gr. vskl. eru í raun þeir sömu og ákvæði 22. gr. innleiðingartilskipunarinnar, það er að fjárfestar geti tekið *upplýsta ákvörðun* um hvort þeir vilji eiga viðskipti með viðkomandi verðbréf. Af fyrrgreindum ummælum í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 virðist þó ekki hafa verið gert ráð fyrir svo strangri túlkun. Æsilegt er að nánari reglur verði settar um þetta til að taka af allan vafa um þetta.¹⁸

Ef tilboðsgjafi býður fram greiðslu með hlutum, að hluta til eða í heild sinni, þarf að skilgreina hversu marga hluti hann þarf að bjóða til að fullnægja skilyrðinu um lágmarks verð. Við þá skilgreiningu verður að umreikna þá hluti sem eru boðnir fram sem endurgjald miðað við skráð gengi í viðkomandi félagi í þeim viðskiptum sem gáfu lágmarks verð. Þessi umreikningur myndi fara fram miðað við verðmæti hluta sem boðnir eru fram sem greiðsla þann dag sem yfirtökutilboð er sett fram. Breytingar á verðmæti slíkra hluta síðar skipta ekki máli. Þótt skráð gengi þeirra lækki eftir að

tilboð hefur verið sett fram, eða verðmæti þeirra ef um óskráða hluti er að ræða, skiptir það ekki máli og myndi ekki kalla á breytingu á yfirtökutilboði. Hins vegar kynni slík verðþróun að hafa í för með sér að hluthafar í félaginu myndu ákveða að samþykkja ekki tilboðið. Á endanum gæti því tilboðsgjafi þurft að hækka tilboð sitt, vilji hann ná fullum yfirráðum í félaginu þannig að hann geti beytt innlausnarrétti samkvæmt 1. mgr. 110. gr. vskl. Telja verður að sömu sjónarmið yrðu lögð til grundvallar við innlausn samkvæmt síðastnefndu ákvæði. Þótt verðmæti hluta sem notaðir væru sem endurgjald í innlausn hefði þannig lækkað frá því tilboð var sett fram, yrði lagt til grundvallar að verið væri að bjóða sanngjarnt verð í skilnigi 1. mgr. 110. gr. vskl. ef innlausn færi fram innan 3 mánaða frá því tilboðstímabili lauk.

Hafi tilboðsgjafi í hyggju að greiða fyrir hluti með reiðufé þarf lánastofnun með starfsleyfi á Evrópska efnahagssvæðinu ábyrgjast greiðsluna nema Fjármálaeftirlitið samþykki aðra lánastofnun sérstaklega, sbr. 5. mgr. 103. gr. vskl. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að gert sé ráð fyrir að félag í sömu samstæðu og tilboðsgjafi megi ekki veita ábyrgð af þessum toga en óheppilegt er að sá áskilnaður komi ekki fram í lagaákvæðinu sjálfu.¹⁹ Ef greiðsla er boðin fram með öðru en reiðufé þarf tilboðsgjafi að gera *viðeigandi ráðstafanir* til að tryggja að hægt verði að standa við boðið, sbr. 5. mgr. 103. gr. *in fine*. Með þessu orðalagi virðist fyrst og fremst verið átt við að tilboðsgjafi sé eigandi að þeim hlutum sem hann ætli að bjóða fram sem greiðslu eða hafi að minnsta kosti gert fullnægjandi ráðstafanir til að tryggja að hann muni hafi ráðstöfunarrétt yfir slíkum

¹⁸ Þess má geta að í Danmörku er gert ráð fyrir að þetta mat sé sjálfstætt. Af leiðbeiningum danska Fjármálaeftirlitsins nr. 9134/2008 við yfirtökureglurnar nr. 1228/2007 má sjá að gert er ráð fyrir að þetta sé metið í hvert og eitt skipti og meðal annars sé horft til þess hversu mikil velta er með bréfin og

hvort þau séu í NASDAQ-OMX 100 vísitölunni. Sjá Jesper Lau Hansen, *Værdipapirhandelsloven med kommentarer I*, bls. 368.

¹⁹ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

hlutum til að geta staðað við tilboðið.²⁰

1.1.5. Gildistími tilboðs

Samkvæmt 1. ml. 6. mgr. 103. gr. vskl. skal gildistími yfirtökutilboðs ekki vera skemmri en fjórar vikur og ekki lengri en tíu vikur, sbr. þó 2. mgr. 108. gr. vskl. ef fram kemur samkeppnistilboð frá þriðja aðila sem gert er opinbert á sama gildistíma. Lágmarksfresturinn tekur mið af þeim hagsmunum tilboðshafa að fá lágmarks svigrúm til að taka afstöðu til tilboðsins til að geta tekið upplýsta ákvörðun. Hámarksfresturinn tekur hins vegar mið af hagsmunum félagsins á því að yfirtökufirlið taki eins skamman tíma og kostur er þar sem það getur haft hamlandi áhrif á starfsemi þess.²¹ Samkvæmt 2. mgr. 108. gr. vskl. þarf að framlengja gildistíma upprunalegs tilboðs til samræmis við gildistíma samkeppnistilboðs sem kemur fram, ef upprunlega tilboðinu er hvorki breytt né það afturkallað. Tilboðsfrestur reiknast frá þeim degi sem tilboð er gert opinbert samkvæmt 114. gr. vskl.

Fjármálaeftirlitinu er heimilt að framlengja gildistíma tilboðs ef fyrir því eru *gildar ástæður*, sbr. 2. ml. 6. mgr. 103. gr. vskl. Í athugasemdum með greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 eru í dæmaskyni nefndar þær ástæður að boðað sé til hluthafafundar í viðkomandi félagi til að fjalla um yfirtökutilboð. Fram kemur þó að gæta þurfi að því að tilboðið truflí ekki starfsemi félagsins lengur en nauðsynlegt er.²² Ýmislegt annað getur komið upp sem kann að réttlætaframlenginguáfræsti. Þannig er hugsanlegt að samþykki eftirlitsaðila taki lengri tíma og verði fyrirsjáanlega ekki

komið þegar hámarksfresturinn rennur út. Eftirlitsaðilar í Danmörku hafa til dæmis veitt framlengingu á tilboðsfresti við þessar ástæður.²³

1.1.6. Breyting Fjármálaeftirlitsins á tilboðsverði og undanþágur frá greiðsluskilmálum

Samkvæmt 8. gr. 103. gr. vskl. getur Fjármálaeftirlitið breytt tilboðsverði til hækkunar eða lækkunar við *sérstakar kringumstæður* svo framarlega sem slík ákvörðun felur í sér að reglunni um jafnræði hluthafa sé fylgt. Einnig er Fjármálaeftirlitinu veitt heimild til að veita undanþágu frá 4. og 7. mgr. 103. gr. um greiðsluskilmála og uppgjör greiðslna til tilboðshafa, ef *sérstakar ástæður* mæla með því. Allar slíkar ákvarðanir þarf Fjármálaeftirlitið að rökstyðja og birta opinberlega. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að Fjármálaeftirlitinu sé heimilt að setja fram yfirlit yfir kringumstæður sem heimilað geti slíkar verðbreytingar en skilyrði fyrir þeim þurfi að vera skýr og vel skilgreind.²⁴

Fjármálaeftirlitið hefur ekki gefið út neinar leiðbeiningar um hvaða ástæður kunní að réttlæta ákvarðanir af þessum toga en hafa má hliðsjón af einu máli sem kom til skoðunar hjá stofnuninni og varðar yfirtökutilboð Eyjamanna ehf. í Vinnslustöðina hf. og varðaði sambærilegt ákvæði eldri laga. Opinber tilkynning frá Fjármálaeftirlitinu sem birt var 3. júlí 2007 er svohljóðandi:²⁵

Nýverið barst Fjármálaeftirlitinu beiðni frá hluthafa í Vinnslustöðinni hf. um að það tæki

20 Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að í þessu gæti til dæmis falist að leitað hafi verið eftir samþykki stærstu hluthafa og boðað til hluthafafundar til að samþykkja útgáfu nýrra hluta, ef þess væri þörf. Þar kemur jafnframt fram að gert sé ráð fyrir að upplýst sé um hvaða ráðstafanir hafi verið gerður í þessu samhengi í tilboðsýfirlitinu.

21 Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med*

kommentarer II, bls. 294.

22 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

23 Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med kommentarer II*, bls. 294.

24 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

25 Sjá heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: <http://www.fme.is/?PageID=579&NewsID=171> (sótt í janúar 2009).

tilboðsverð Eyjamanna ehf. í Vinnslustöðina hf. til skoðunar og kannaði hvort forsendur væru fyrir því að breyta tilboðsverðinu á grundvelli heimildar eftirlitsins í 8. mgr. 40. gr. laga um verðbréfavíðskipti, nr. 33/2003 (vvl).

Í 8. mgr. 40. gr. vvl. er Fjármálaeftirlitinu veitt heimild til að breyta tilboðsverði ef um sérstakar kringumstæður er að ræða. Þar segir:

„Fjármálaeftirlitið getur breytt tilboðsverði, til hækkunar eða lækkunar, ef um sérstakar kringumstæður er að ræða og reglunni um jafnræði hluthafa í 1. mgr. er fylgt. [...] Allar ákvarðanir varðandi breytingar á tilboðsverði og undanþágur skulu vera rökstuddar og birtar opinberlega.”

Ströng skilyrði verða að gilda um allar undanþágur eins og kemur skýrt fram í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð sem fylgdi frumvarpi því er varð að lögum nr. 31/2005, sem breyttu verðbréfavíðskiptalögum nr. 33/2003. Almennt má því segja að nokkuð mikið þurfi til að koma svo Fjármálaeftirlitið gripi til þessarar heimildar. Í áðurnefndri greinargerð eru talin upp í dæmaskyni nokkur tilvik sem gætu heimilað Fjármálaeftirlitinu að grípa til þessa úrræðis. Fjármálaeftirlitið getur ekki séð að slíkar aðstæður séu fyrir hendi í umræddu máli.

Í yfirtökutilboði Eyjamanna ehf. frá 31. maí sl. í alla hluti í Vinnslustöðinni hf. er boðið kr. 4,60 pr. hlut. Er það verð í samræmi við viðskiptaverð daginn fyrir þann tíma er tilboðsskylda myndaðist, í samræmi við skilyrði 2. mgr. 40. gr. vvl. Þá er verðið í samræmi við meðalmarkaðsverð síðustu

sex mánaða og í samræmi við verðmatsgreiningu Kaupþings banka hf. sem birt var 30. mars sl. og sjóðstreymisgreiningu Glitnis banka hf. sem birt var 21. mars sl.

Með vísan til framangreinds var það niðurstaða Fjármálaeftirlitsins að ekki væru forsendur til frekari aðgerða af þess hálfu að svo stöddu. Fjármálaeftirlitið fylgist áfram með gangi mála hjá Vinnslustöðinni hf. og kann að endurskoða afstöðu sína, þygi ástæða til. Hafa verður í huga að hluthöfum er vitaskuld heimilt að hafna tilboðinu, telji þeir það óhagstætt.

Ofangreint mál endurspeglar ágætlega þau sjónarmið sem skipta máli við mat á því hvort réttlæt看legt sé fyrir Fjármálaeftirlitið að taka ákvörðun af þessum toga. Dæmin í greinargerð sem vísað er til í álitinu er að finna í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005. Þau dæmi eru aftur tekin úr 4. mgr. 5. gr. yfirtökutillskipunarinnar. Heppilegra hefði verið að skilgreina nánar í lögnum sjálfum hvaða tilvik geta réttlæt inngrip af þessum toga þar sem ákvörðun um slíkt inngrip getur reynst mjög íþyngjandi, ýmist fyrir hluthafa (lækkun verðs) eða tilboðsgjafa (hækkun verðs). Orðalagið sérstakar kringumstæður og sérstakar ástæður er mjög óljóst og setur Fjármálaeftirlitið í erfiða stöðu.²⁶ Við ákvörðun verður Fjármálaeftirlitið sem endranær að gæta að ákvæðum stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og stjórnisýsluréttar. Dæmin sem nefnd eru í 4 mgr. 5. gr. tillskipunarinnar og í athugasemdum með fyrrnefndu frumvarpi eru eftirfarandi:

26 Í Danmörku var sú leið farin að setja nánari fyriræmi um þetta í reglur sem danska fjármálaeftirlitið gefur út með stöð í þargildandi lögum um verðbréfavíðskipti. Ákvæði um þetta er að finna í 8. gr. reglna nr. 1228/2007. eru þar talin upp þau tilvik sem heimila Fjármálaeftirlitinu inngrip af þessum toga. Efnislega eru þau sambærileg og dæmin sem eru talin upp í 4. mgr. 5. gr. yfirtökutillskipunarinnar sem er aftur að finna í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005. Í ákvæðinu segir um þetta orðrétt: „Finanstilsynet kan regulerede den tilbudte kurs fastsat efter stk. 1 op eller ned, hvis

1) kursen på de pågældende aktier er blevet manipuleret,

2) kursen generelt eller i det foreliggende tilfælde er blevet påvirket af ekstraordinære begivenheder,

3) tilbuddet afgives med henblik på at redde et nødlidende selskab,

4) prisfastsættelsen er et udtryk for omgælse af ligebehandlingsprincippet, eller

5) tilbudskursen er væsentlig lavere end markedskursen.“

(i) Í fyrsta lagi er gert ráð fyrir heimild til inngríps ef hæsta verð hefur verið „ákvæðið með samkomulagi milli seljanda og kaupanda“.²⁷ Ekki er nánar gerð grein fyrir hvað átt er við með þessu orðalagi í frumvarpinu. Eðli máls samkvæmt er hér átt við þær aðstæður þegar hæsta verð í viðskiptum tilboðsgjafa á fyrrgreindu 6 mánaða tímabili samkvæmt 2. mgr. 103. gr. vskl. er lægra en markaðsverðið var á þeim tíma sem viðskiptin fóru fram eða á umræddu 6 mánaða tímabili. Við getum til dæmis gefið okkur að hæsta verð sem tilboðsgjafi hafi greitt á þessu tímabili hafi verið á markaðsgenginu 8 en viðskipti á þeim tíma í kauphöllinni hafi almennt farið fram á genginu 10. Ef regla 2 mgr. 103. gr. vskl. yrði lögð sjálfkrafa til grundvallar myndi það geta haft í för með sér að yfirtökutilboðið væri of lágt. Einnig gæti reynt á þetta ef velta með hlutabréf í viðkomandi félagi hefur verið sérstaklega lítil þannig að skráð markaðsgengi á umræddu tímabili endurspegli ekki raunvirði hluta í viðkomandi félagi. Þannig má hugsa sér að upplausnarvirði eða eftir atvikum verðmat miðað við sjóðstreymisgreiningu eða aðrar viðurkenndar aðferðir við útreikning á verðmæti félaga gefi umtalsvert herra verð. Aðstæður sem þessar geta réttlætt inngríp Fjármálaeftirlitsins. Á hinn bóginn verður að fara mjög varlega í slíka ákvarðanatöku og er síður en svo sjálfgefið að réttlætanlegt sé að taka slíka ákvörðun um hækkun á tilboðsgengi þótt markaðsverð hafi verið eitthvað herra á umræddu 6 mánaða tímabili en verð í viðskiptum tilboðsgjafa á sama tíma. Gæti það einkum átt við ef verðmunur er litill þar sem ávallt verður að reikna með

einhverjum skekkjumörkum.

- (ii) Í öðru lagi ef „höfð hafa verið áhrif á markaðsverð með ólögmætum hætti, hvort sem er til óeðlilegrar hækkunar eða lækkunar“.²⁸ Með þessu orðalagi er verið að vísa til þess að viðkomandi aðilar hafi gerst sekir um markaðsmisnotkun í skilningi 117. gr. vskl. Telja verður að málið yrði að vera fullrannsakad af hálfu Fjármálaeftirlitsins áður en tekin væri ákvörðun um breytingu á tilboðsverði á þessum grundvelli, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 (rannsóknarreglan). Grunur um markaðsmisnotkun myndi þannig ekki duga.
- (iii) Í þriðja lagi ef nauðsynlegt er að breyta verði til að „hægt sé að bjarga félagi sem á við fjárhagslega erfiðleika að stríða frá gjaldþroti“.²⁹ Ef fyrirtæki lendir í fjárhagslegum erfiðleikum getur sú staða komið upp að einhver aðili sé reiðubúinn til að taka yfir rekstur þess og bjarga því frá gjaldþroti, en sami aðili sé hins vegar ekki reiðubúinn til að greiða hæsta verð eins og það er fundið út með beitingu 2. mgr. 103. gr. vskl. Í þessu samhengi verður að hafa í huga að stundum geta aðstæður verið með þeim hætti að fyrirtæki með víðeigandi eiginfjárstöðu standi frammi fyrir gjaldþrotaskiptum með tiltölulega skömmum fyrirvara, til dæmis vegna lausafjárskorts. Sem dæmi um þetta má nefna bankahrunið á Íslandi í október 2008. Við slíkar aðstæður kann að vera réttlætanlegt að heimila tilboðsgjafa að bjóða lægra verð í yfirtökutilboði. Til þess að réttlætanlegt sé að beita þessu ákvæði þarf hins vegar að liggja ljóst fyrir að ef ákvörðun um lækkun verði ekki tekin, standi fyrirtækið frammi fyrir gjaldþrotaskiptum eða öðrum

27 Alpt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

28 Alpt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

29 Alpt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

sambærilegum aðstæðum með þeim afleiðingum að hluthafar þess fengju hugsanlega ekkert fyrir hluti sína.³⁰ Við slíkar aðstæður væri þá verið að freista þess að bjarga meiri veðmætum fyrir minni.

- (iv) Í fjórða lagi er í 4. mgr. 5. gr. yfirtöku-tilskipunarinnar vísað til þeirra aðstæðna að „markaðsverð almennt eða einkum tiltekið markaðsverð“ hafi orðið fyrir áhrifum af „óvenjulegum atburðum“.³¹ Af síðastnefndu orðalagi er ljóst að það þarf að vera orsakasamband á milli breytinga á markaðsgengi og hinna óvenjulegu atburða. Hlutrænt séð þarf jafnframt einhver *atburður* sem hægt er að vísa til að hafa átt sér stað sem hefur þessar afleiðingar. Þannig má til dæmis hugsa sér að einhver atburður hafi í för með sér að markaðsverð bréfa í tilteknu félagi lækki eða hækki, þótt engar breytingar hafi átt sér stað á starfsemi viðkomandi félags og innra virði. Slíkt gæti til dæmis átt við þegar hlutabréfamarkaður hrynur vegna lausafjákræppu eins og gerðist haustið 2008. Við slíkt hrun á markaði getur verið varhugavert að horfa blint á verðþróun á skráðu gengi í kauphöllum því innra virði félaga kann að vera miklu hærra. Væntanlega þyrfti lækkun eða hækkun af þessum toga að vera umtalsverð til að hægt væri að leggja til grundvallar að orsakasamband væri á milli hinna óvenjulegu atburða og lækunar/hækkunar á markaðsgengi.

Ofangreind dæmi fela ekki í sér tæmandi upptalningu á aðstæðum sem kunn að réttlæta inngríp Fjármálaeftirlitsins á grundvelli 8. mgr. 103. gr. vskl.³² Vel má hugsa sér önnur dæmi. Þannig getur fræðilega séð einnig reynt á þetta ef tilboðsgjafi hefur sannanlega reynt að fara í kringum reglur 103. gr. um lágmarks verð þótt viðkomandi aðili hafi ekki gerst sekur um markaðsmisnotkun.³³

Þann 6. apríl 2009 birti Fjármálaeftirlitið tilkynningu um lækkun á verði í yfirtökutilboði BBR ehf. í Exista hf. úr kr. 4,62 fyrir hvern hlut niður í kr. 0,02. Tilkynningin er svohljóðandi:³⁴

Lækkun á lágmarksverði í yfirtökutilboði BBR ehf. til hluthafa Exista hf.

Þann 6. janúar sl. barst Fjármálaeftirlitinu beiðni um að beita heimild samkvæmt 8. mgr. 103. gr. laga um verðbrefaviðskipti nr. 108/2007 (vvl), og lækka lágmarks verð í yfirtökutilboði BBR ehf. í Exista hf. úr kr. 4,62 per hlut niður í kr. 0,02 per hlut (þ.e. verðið sem BBR ehf. greiddi fyrir hvern hlut í hlutafjárhækkun Exista hf. 8. desember 2008), vegna sérstakra kringumstæðna. Aðstæður Exista hf. breyttust augljóslega til hins verra í kjölfar hruns Kaupþings banka hf. o.fl. Þá var hlutafé félagsins nær fimmfaldað þann 8. desember þannig að eldri hlutir og verðmæti þeirra þynntust verulega. Þar sem lokað var fyrir viðskipti með fjármálagerninga félagsins frá 2. október og þar til tilboðsskylda stofnaðist, lækkaði opinbert markaðsvirði bréfanna ekki þrátt fyrir þessar miklu breytingar. Síðasta markaðsverð hlutabréfanna áður en tilboðsskylda stofnaðist endurspeglar ekki rétt verðmæti

30 Með hliðsjón af meðalhófsreglu stjórnsýslulaga verður í öllu falli að gera þá kröfu að allar líkur séu á því að viðkomandi félag verði gjaldþrota ef ákvörðun um lækkun verður ekki tekin, sbr. 12. gr. laga nr. 37/1993.

31 Öðrétt segir um þetta í 4. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar: „... where market prices in general or certain market prices in particular have been affected by exceptional occurrences...“

32 Í Danmörku er ákvæðið um þetta í 8. gr. reglna nr. 1228/2007 talið fela í sér tæmandi upptalningu á þeim aðstæðum sem geta réttlætt slíkt inngríp. Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II*, bls. 298. Orðalagið í þeim reglum vísar ekki til „sérstakra

kringumstæðna“ heldur telur beint upp þau tilvik sem kunn að réttlæta slíka ákvörðun.

33 Þess má geta að í 4. tl. 2. mgr. 8. gr. reglna nr. 1228/2007 er gert ráð fyrir að danska fjármálaeftirlitið geti tekið ákvörðun um breytingu á tilboðsverði við slíkar aðstæður. Þar segir að fjármálaeftirlitið megi taka ákvörðun um hækkun eða lækkun tilboðsverðs ef „...prisfastsættelsen er et udtryk for omgæelse af ligebehandlingsprincippet...“.

34 Tilkynningin er birt á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netstöðu: <http://www.fme.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=6229> (sótt í apríl 2009).

félagsins eins og það var þegar tilboðsskylda stofnaðist, þann 8. desember 2008. Það er því mat Fjármálaeftirlitsins að sérstakar kringumstæður réttlæti að lágmarks verð í yfirtökutilboði í Exista hf. verði lækkað.

Fjármálaeftirlitið hefur fengið sérfræðinga PriceWaterhouseCoopers hf. til þess að framkvæma fyrir sína hönd takmarkað verðmat á Exista hf., eins og félagið var þann 4. desember 2008 (þ.e. sú dagsetning sem verðmat BBR ehf. var miðað við vegna hlutafjárútkningar í Exista hf.). Verðmatið lá fyrir þann 17. mars sl. og er niðurstaðan að skuldir félagsins hafi verið verulega umfram eignir þess. Þá horfði Fjármálaeftirlitið til verðþróunar með hlutabréf félagsins dagana 9. til 22. desember, þ.e. frá því opnað var að nýju fyrir viðskipti með hlutabréfin í Kauphöllinni og þar til þau voru afskráð, en lítil viðskipti og mikil óvissa kom í veg fyrir eðlilega verðmyndun á þessu tímabili.

Fjármálaeftirlitið hefur því ákveðið, með hliðsjón af framangreindu, að lágmarks verð í yfirtökutilboði BBR ehf. til hluthafa Exista hf. skuli lækkað og vera að lágmarki kr. 0,02 per hlut.

Í ljósi þess að tilboðsgjafi í valfrjálsum tilboði er ekki samkvæmt 1. mgr. 101. gr. vskl. bundinn af ákvæðum 2 og 4. mgr. 103. gr. vskl. um lágmarks verð og greiðsluskilmála, verður að telja að heimild Fjármálaeftirlitsins samkvæmt 8. mgr. 103. gr. vskl. til breytinga á tilboðsverði nái ekki til valfrjálsra tilboða. Fræðilega séð gæti þó komið til álita að beita ákvæðinu ef tilboðsgjafi væri augljóslega að fara í kringum reglur 2. mgr. 103. gr. vskl. með birtingu á valfrjálsum tilboði. Þannig gæti það til dæmis gerst að tilboðsskyldur aðili selji eignarhlut frá sér þannig að hann fari undir yfirtökumörk og birti í kjölfarið valfrjálst tilboð miðað við lægra verð en reglur 2. mgr. 103. gr. vskl. gera ráð fyrir. Við aðstæður sem þessar gæti komið til

álita að Fjármálaeftirlitið nýtti sér heimild í 8. mgr. 103. gr. vskl. til að hækka verð. Lagagrundvöllur fyrir slíkri ákvörðun stendur hins vegar ekki á traustum fótum að óbreyttum lögum. Ekki má gleyma því að tilboðshafar eru ekki skuldbundnir til að samþykkja yfirtökutilboð. Ef tilboðsgjafi er augljóslega að reyna fara í kringum reglur um lágmarks verð er því líklegt að tilboðshafar samþykki ekki tilboðið og fyrirhuguð yfirtaka misheppnist.

Ekkert er vikið að því í 8. mgr. 103. gr. vskl. hvaða aðferðafræði Fjármálaeftirlitið skuli beita við verðmat á félögum þegar metið er hvort réttlætanlegt sé að lækka eða hækka tilboðsverð. Að þessu er hins vegar vikið í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005, til breytinga á eldri lögum nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Þar kemur fram að Fjármálaeftirlitið geti við mat á þessu horft til meðalmarkaðsverðs yfir ákveðið tímabil, upplausnarvirðis félags, sjóðstreymisgreiningar, samanburðar-greiningar eða annarra hlutlægra viðmiða sem viðurkennd eru í fjármálagreiningu. Þar kemur jafnframt fram að gert sé ráð fyrir að Fjármálaeftirlitinu sé heimilt að leita sér sérfræðiaðstoðar til að framkvæma slíkt samanburðarverðmat.³⁵ Í 4. mgr. 5. gr. yfirtökutílskipunarinnar er vísað til þessara sömu viðmiðana.³⁶

Ef tilboðshafi eða tilboðsgjafi óska eftir endurskoðun á tilboðsverði með stoð í ofangreindu ákvæði þurfa þeir sjálfir að standa straum af kostnaði sem hlýst af slíku verðmati eða eftir atvikum útgefandi, sbr. 8. mgr. 103. gr. vskl. Samkvæmt síðastnefndu ákvæði skal greitt samkvæmt gjaldskrá samþykktri af stjórn Fjármálaeftirlitsins ef um kostnað er að ræða sem fellur til hjá stofnuninni sjálfri. Gert er ráð fyrir að slík gjaldskrá sé birt í Stjórnartíðindum. Sé mat

35 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3688.

36 Í Danmörku eru þessar viðmiðanir skilgreindar í 4. mgr. 8. gr. reglna nr. 1228/2007. Samkvæmt 1. tl. þeirrar greinar getur danska fjármálaeftirlitið horft til hæsta verðs sem tilboðsgjafi hefur greitt fyrir hluti í viðkomandi félagi 12 mánuði aftur í

tímann. Einnig er því heimilt við útreikning á meðalverði að horfa 12 mánuði aftur í tímann, sbr. 2. tl. reglna nr. 1228/2007. Að öðru leyti eru þessar reglur sambærilegar við þær sem fram koma í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 og í 4. mgr. 5. gr. yfirtökutílskipunarinnar.

hins vegar framkvæmt af utanaðkomandi matsaðila þurfa þeir að greiða fyrir verðmatið samkvæmt reikningi frá honum.³⁷ Eigi Fjármálaeftirlitið sjálft frumkvæði að því að beita ákvæði 8. mgr. 103. gr. vskl. myndi það sjálft þurfa bera kostnaðinn af matinu. Fjármálaeftirlitið hefur ekki gripði til þessa ákvæðis í framkvæmd nema að frumkvæði tilboðsgjafa eða hlutahafa.³⁸

1.2. Afturköllun tilboðs

Meginregla samningaréttar er sú að tilboðssgjafi er bundinn við tilboð sitt eftir að það er komið til vitundar tilboðsmóttakanda. Afturköllun er því aðeins skuldbindandi fyrir tilboðsmóttakanda að hún hafi *borist til hans áður eða samtímis* því að tilboðið berst til vitundar hans, sbr. 7. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga. Þegar tilboði er beint að ótilteknum hópi manna með almennri tilkynningu hefur verið talið að tilboð geti jafnvel orðið skuldbindandi fyrr, eða við birtingu tilkynningar, þótt það sé ekki komið til vitundar allra sem hún beinist að.³⁹ Taki tilboðsmóttakandi ákvörðun um að samþykkja tilboð er meginreglan sú að kominn er á bindandi samningur milli aðila sem verður ekki vikið til hliðar nema á grundvelli ógildingarreglna samningaréttar, sérákvæða í lögum eða eftir atvikum annarra sértækra úrræða á sviði samninga- og kröfuréttar sem ekki verður rætt um hér.

Ofangreind meginregla samningaréttar um skuldbindingargildi samninga gildir um yfirtökutilboð. Samkvæmt 1. mgr. 105. gr. vskl. er þannig að meginstefnu til óheimilt að afturkalla yfirtökutilboð eftir að það hefur verið birt opinberlega í samræmi við 114. gr. vskl. Frá þessari meginreglu gilda hins vegar ýmsar undanþágur sem eru misjafnar

eftir því hvort um skyldutilboð eða valfrjáls tilboð er að ræða. Heimildir til afturköllunar eru rýmri þegar um valfrjáls tilboð er að ræða en í báðum tilvikum þarf Fjármálaeftirlitið að samþykkja afturköllunina, sbr. 3. mgr. 105. gr. vskl. Í ljósi þess að hér er um undantekningarreglur að ræða verða þær túlkaðar þröngt. Í vafatilvikum verður því að telja líkur á að heimild til afturköllunar verði hafnað af Fjármálaeftirlitinu.

Skyldutilboð verður ekki afturkallað nema „sérstök ófyrirsjáanleg atvik (force majeure) mæli með því“, sbr. 1. mgr. 105. gr. vskl. Við mat á því hvort um ófyrirsjáanleg atvik sé að ræða í þessum skilningi verður að horfa til reglna fjármunaréttarins um það hvenær aðili getur losnað undan efnadaskyldu og greiðslu skaðabóta vegna óvæntra efnadahindrana, sbr. 1. mgr. 23. gr., 1. mgr. 27. gr., 1. mgr. 52. gr. og 1. mgr. 57. gr. laga um lausafjárkaup nr. 50/2000 til hliðsjónar. Ekki er svigrúm til að fjalla um þær reglur hér.

Þegar um valfrjáls tilboð er að ræða er afturköllun einnig heimil þegar um *force majeure* tilvik er að ræða, sbr. umfjöllun hér að ofan. Í 2. mgr. 105. gr. vskl. eru hins vegar nefnd fleiri tilvik sem geta réttlætt afturköllun á slíku tilboði. Í fyrsta lagi er afturköllun heimil ef fram kemur annað tilboð sem er sambærilegt eða hagstæðara en viðkomandi yfirtökutilboð (samkeppnistilboð), sbr. 1. tl. 2. mgr. 105. gr. vskl. Sé um skyldutilboð að ræða er tilboðsgjafa ekki heimilt að afturkalla tilboðið þótt fram komi samkeppnistilboð, en hann gæti breytt tilboðinu á þann hátt að bjóða hagstæðari skilmála, sbr. 1. mgr. 107. gr. vskl. sem síðar verður vikið að. Í öðru lagi er heimilt að afturkalla valfrjálst yfirtökutilboð ef skilyrði sem kunna að hafa verið sett í tilboðið eru ekki uppfyllt, en eins

³⁷ Heimildin til sérstaktarar gjaldtöku kom í lögina við setningu laga nr. 22/2009 samkvæmt breytingartillögu frá viðskiptanefnd. Alþt. 2008-2009, A-deild. Álit viðskiptanefndar, þskj. nr. 690.

³⁸ Upplýsingar þessar fengust hjá Fjármálaeftirlitinu.

³⁹ Páll Sigurðsson. *Samningaréttur*. Reykjavík 1987, bls. 69-70. Þar er vísað til *Hrd.* 1923:509 þessu til stuðnings þar sem yfirlýsing verslunarstjóra á fundi sem beint var til viðskiptavina var sögð bindandi fyrir verslunina gagnvart öllum viðskiptavinum hennar, þótt þeir hefðu ekki verið á fundinum.

og síðar verður vikið að er eingöngu hægt að setja skilyrði í valfrjáls yfirtökutilboð, sbr. 2. tl. 2. mgr. 105. gr. vskl. Ef það hefur til dæmis verið sett það skilyrði að tilboðsgjafi eignist að minnsta kosti 75% af atkvæðisrétti viðkomandi félags í kjölfar tilboðs, getur tilboðsgjafi afturkallað tilboðið sitt ef þetta hlutfall hefur ekki náðst við lok tilboðstímabils. Í þriðja lagi er heimilt að afturkalla valfrjálst tilboð ef það félag sem tilboðið beinist að eykur hlutfé sitt, sbr. 3. tl. 2. mgr. 105. gr. vskl. Eins og síðar verður rakið gæti stjórn viðkomandi félags ekki tekið ákvörðun um hækkingu hlutfjár við þessar aðstæður, án atbeina hluthafafundar, sbr. 104. gr. vskl. Ef hluthafafundur tekur hins vegar ákvörðun um hlutfjárhækkingu breytast eðli máls samkvæmt þær forsendur sem yfirtökutilboð kann að byggja á. Í fjórða lagi er heimilt að afturkalla valfrjálst tilboð ef „aðrar sérstakar ástæður mæla með því.“ Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er í þessu samhengi nefnt sem dæmi ef gerðar eru umtalsverðar breytingar á starfsemi félags sem tilboð tekur til eftir að tilboðið hefur verið gert opinbert.⁴⁰ Eins og nánar verður vikið að síðar geta slíkar breytingar einungis orðið með atbeina hluthafafundar, sbr. 104. gr. vskl.

Hér að ofan hefur eingöngu verið fjallað um heimild tilboðsgjafa til að afturkalla tilboð sitt en ekki hugsanlega heimild hluthafa sem hefur samþykkt tilboð til að afturkalla samþykki sitt. Um þetta gilda almennar reglur samningaréttar að því marki sem ekki er að finna sérákvæði um þetta í vskl. Afturköllun á samþykki tilboðs er ákvöð sem er bindandi fyrir tilboðsgjafa (móttakanda tilkynningar um afturköllun) samkvæmt almennum reglum samningaréttar ef það er *komið til* hans áður eða samtímis því að samþykkið kemst til vitundar hans, sbr. 7. gr. laga nr. 7/1936. Í

þessu felst að eftir að samþykki hluthafa á yfirtökutilboði er komið til vitundar tilboðsgjafa eða umboðsmanns hans, verður það að meginstefnu til ekki afturkallað. Frá þessu gilda ákveðnar undantekningar samkvæmt vskl. Í fyrsta lagi getur hluthafi sem hefur samþykkt yfirtökutilboð ákveðið að falla frá samþykki á upprunalegu tilboði og samþykkja breytt tilboð sem tilboðsgjafi birtir með heimild í 1. mgr. 107. gr. vskl. (breytingar til hagsbóta fyrir hluthafa). Getur þetta átt við um bæði valfrjáls tilboð og skyldutilboð. Samkvæmt 2. mgr. 107. gr. vskl. skal hluthafa gefinn kostur á að velja milli tilboða við þessar aðstæður, en í því felst að hann getur ekki fallið frá samþykki á upprunalegu tilboði nema samþykkja samhliða hið breytta tilboð. Í öðru lagi getur hluthafi sem hefur samþykkt valfrjálst yfirtökutilboð sem hefur að geyma einhver skilyrði fallið frá samþykki sínu á slíku tilboð ef fram kemur samkeppnistilboð frá þriðja aðila. Slík afturköllun á samþykki er hins vegar eingöngu heimil ef tilboðsgjafi í upprunalega tilboðinu hefur ekki birt opinberlega tilkynningu um að hann hafi ákveðið að falla frá öllum skilyrðunum eða um að þau hafi verið uppfyllt áður en tilkynnt hefur verið opinberlega um fyrirhugað samkeppnistilboð, sbr. 3. mgr. 108. gr. vskl. Ákvæði þetta nær eingöngu til valfrjálsra tilboða, enda ekki heimilt að setja nein skilyrði í skyldutilboð eins og nánar verður rakið síðar. Hluthafar sem hafa samþykkt skyldutilboð geta því ekki afturkallað samþykki sitt þótt fram komi samkeppnistilboð á tilboðstímabilinu. Við slíkar aðstæður er þó hugsanlegt að tilboðsgjafi skyldutilboðs ákveði að hækka tilboð sitt, en við slíkar aðstæður skal hluthafa gefinn kostur á að velja milli tilboða, sbr. 2. mgr. 107. gr. vskl. Ekki er tekið fram í 107-108. gr. vskl. hvort hluthafi sem hefur samþykkt skyldutilboð geti við

slíkar aðstæður ákveðið að samþykka samkeppnistilboð sem hefur komið fram, en ekki breytt skyldutilboð. Væntanlega verður þó að skilja ákvæði 1-2. mgr. 107. gr. vskl. þannig að hluthafi geti eingöngu valið á milli upprunalegs skyldutilboðs og hins breytta skyldutilboðs.

Þrátt fyrir ofangreinda meginreglu um að hluthafi sem hefur samþykkt yfirtökutilboð geti ekki afturkallað samþykki sitt nema að því marki sem sérstaklega er tilgreint í ákvæðum vskl., getur skuldbinding hluthafa fallið niður af ýmsum öðrum ástæðum. Sú staða getur til dæmis komið upp að tilboðsyfirlit hafi verið efnislega rangt eða eftir atvikum að það hafi vantað upplýsingar í það sem telja má að hefðu getað skipt máli fyrir hluthafa til að geta tekið upplýsta ákvörðun um hvort þeir vildu samþykka tilboðið. Við slíkar aðstæður getur reynt á ákvæði III. kafla samningalaga nr. 7/1936 um ógilda löggæringa og reglur samninga- og kröfuréttar um rangar og brostnar forsendur. Skuldbinding hluthafa sem hefur samþykkt yfirtökutilboð gæti fallið niður á grundvelli þeirra reglna.

1.3. Skilyrði í tilboði

Ekki er heimilt að setja skilyrði í skyldutilboð. Ef slíkt væri heimilt myndi regla 100. gr. vskl. um tilboðsskyldu eðli máls samkvæmt ekki ná markmiði sínu því þá væri hægt að fella niður áhrif tilboðsskyldunnar með því að skilorðsbinda tilboðið. Mikilvægt er að rugla þessu ekki saman við skilyrði sem kunna að hafa verið sett í samning sem leiddi til tilboðsskyldu, eins og til dæmis skilyrði um samþykki samkeppnisyfirvalda á yfirtöku eða skilyrði um að samkeppnisyfirvöld setji

ekki íþyngjandi skilyrði fyrir viðkomandi yfirtöku. Ef slíkur fyrirvari er útfærður þannig að eigendaskipti og framsal á atkvæðisrétti eigi sér ekki stað fyrr en niðurstaða samkeppnisyfirvalda liggur, myndast ekki tilboðsskylda því viðkomandi aðili hefur ekki náð yfirræðum fyrr en framsal á atkvæðisrétti hefur átt sér stað. Hafi tilboðsgjafi hins vegar öðlast yfirræð með framsali atkvæðisréttar og þar af leiðandi þurft að birta yfirtökutilboð, gæti tilboðið hins vegar verið ógilt við slíkar aðstæður á grundvelli 1. mgr. 106. gr. vskl. ef eigendaskipti hafa ekki verið samþykkt af stjórnvöldum.

Samkvæmt 4. mgr. 101. gr. vskl. er heimilt að setja skilyrði í valfrjáls yfirtökutilboð. Þannig getur tilboðsgjafi til dæmis sett það skilyrði að hann eignist meira en 66,66% af atkvæðisrétti félags við lok tilboðstímabils. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er í dæmaskyni nefnt að ef tilboðsgjafi sé félag geti það sett skilyrði um samþykki hluthafafundar þess félags á yfirtökutilboði og hugsanlega hækkun hlutafjár sem kann að vera nauðsynleg í því félagi vegna fyrirhugaðrar yfirtöku. Þar kemur jafnframt fram að setja megi skilyrði um að rekstur félagsins og fjárhagsleg staða breytist ekki á neikvæðan hátt á tilboðstímabilinu.⁴¹ Yfirtökutilboð er loforð og verður sem slíkt að fullnægja þeim skilyrðum sem reglur samningaréttar gera til slíkra löggæringa. Í því felst meðal annars að tilboðið verður að fela í sér skuldbindandi viljayfirlýsingu tilboðsgjafa.⁴² Tilboðsgjafi í valfrjálsu yfirtökutilboði getur þannig ekki sett fram hvaða skilyrði sem er. Skilyrðin verða að vísa til einhverra hlutlæggra aðstæðna.⁴³ Skilyrði má þannig ekki tengjast huglægu

⁴¹ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3686. Í dæmaskyni var eftirfarandi skilyrði meðal annars sett í tilboðsyfirlit Novators eignarhaldsfélags ehf. í tengslum við valfrjálst yfirtökutilboð félagsins í allt hlutafé Actavis Group hf. á árinu 2007: „Að hvorki hafi orðið neikvæðar breytingar né rýrnun á rekstri, eignum, núverandi eða yfirvofandi skuldbindingum eða ábyrgðum, fjárhagslegum eða viðskiptalegum stöðutökum, né að líkur séu á ofangreindu hvað varðar eitthvert félag innan Actavis samstæðunnar, sem hefur í einhverju tilfelli eða á

einhvern hátt neikvæð áhrif á Actavis samstæðuna í heild.“ Tilboðið má nálgast á eftirfarandi netslóð:

<http://www.landsbanki.is/Uploads/Documents/FyrirtaekiFelog/tilbodsyfirlit.pdf> (sótt í janúar 2009).

⁴² Sjá um skuldbindingargildi loforða Ólafur Lárusson. *Kaflar úr kröfurétti*. Reykjavík 1948, bls. 15.

⁴³ Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med kommentarer II*, bls. 289.

mati tilboðsgjafa sjálfs því tilboð sem slíkum fyrirvara fæli eðli máls samkvæmt ekki í sér skuldbindandi loforð í skilningi samningaréttar.⁴⁴ Tilboðsgjafi þarf að gera grein fyrir öllum skilyrðum sem sett eru í tilboðsyfirliti, sbr. 9. tl. 1. mgr. 113. gr. vskl. Það leiðir af 1. mgr. 107. gr. vskl. að tilboðsgjafi getur hvenær sem er á tilboðstímabilinu fallið frá skilyrðum sem kunna að hafa verið sett í valfrjálsu tilboði.

1.4. Breytingar á tilboði

Samkvæmt 1. mgr. 107. gr. vskl. getur tilboðsgjafi eins og fyrr hefur verið minnst á gert breytingar á yfirtökutilboði sínu hvenær sem er á tilboðstímabilinu svo framarlega sem um breytingar er að ræða sem fela í sér hagstæðari kjör fyrir tilboðshafa. Gildir þessi regla bæði um valfrjáls tilboð og skyldutilboð. Ef breytingar eru gerðar á tilboðinu þegar minna en tvær vikur eru eftir af tilboðstímabilinu þarf að framlengja tímabilið þannig að það gildi í að minnsta kosti tvær vikur eftir að breytt tilboð hefur verið birt opinberlega, sbr. 1. mgr. 107. gr. vskl. Hafi einhverjir hluthafar verið búnir að samþykkja upprunalega tilboðið þegar breytingin er birt, geta þeir ákveðið að falla frá því samþykki og samþykkja hið breytta tilboð, sbr. 2. mgr. 107. gr. vskl.

1.5. Ógilding tilboðs

Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. vskl. fellur yfirtökutilboð úr gildi ef „lagaleg atriði réttlæta það eða viðurkenning stjórnvalda sem telja verður nauðsynlega til þess að eigendaskipti geti orðið að hlutunum liggur ekki fyrir þegar gildistíma tilboðs lýkur eða þeim hefur verið hafnað á gildistíma tilboðs.“ Eins og áður hefur verið minnst á getur yfirtaka í sumum tilvikum ekki náð fram að ganga án samþykkis viðeigandi stjórnvalda, eins og til dæmis Fjármálaeftirlitsins

og Samkeppniseftirlitsins. Ráða má af ummælum í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 að 106. gr. vskl. sé fyrst og fremst ætlað að ná til slíkra aðstæðna. Í tíð eldri laga var farin sú leið að kveða á um heimild til afturköllunar við þessar aðstæður.⁴⁵ Hafi yfirtökutilboð verið birt áður en samþykki slíkra yfirvalda liggur fyrir, fellur yfirtökutilboð úr gildi liggja samþykki þeirra ekki fyrir áður en tilboðstímabilið rennur út eða ef þau fallast ekki á framsalið á atkvæðisrétt til viðkomandi aðila. Liggja ekki afstaða þeirra fyrir áður en tilboðsfrestur rennur út er hins vegar líklegt að Fjármálaeftirlitið samþykki framlengingu á tilboðsfresti eins og fyrr segir, sbr. 6. mgr. 103. gr. vskl. Hugsanlegt er að stjórnvöld samþykki að yfirtaka nái fram að ganga, en setji ýmis íþyngjandi skilyrði fyrir tilboðsgjafa. Ef um skyldutilboð er að ræða myndi tilboðsgjafi vera bundinn við yfirtökutilboðið við slíkar aðstæður, nema Fjármálaeftirlitið myndi fallast á að um „sérstök óviðráðanleg atvik“ væri að ræða í skilningi 1. mgr. 105. gr. vskl. og samþykkja afturköllun tilboðsins á grundvelli 3. mgr. 105. gr. vskl. Ef um valfrjálst tilboð væri að ræða myndi tilboðsgjafi geta afturkallað tilboðið ef hann hefur sett fyrirvara um þetta í tilboðið eða ef Fjármálaeftirlitið fellst á að um sérstök óviðráðanleg atvik sé að ræða.

Ef tilboð fellur úr gildi samkvæmt ofangreindu er tilboðsgjafa óheimilt að birta yfirtökutilboð eða fara yfir þau mörk sem tilboðsskylda miðast við samkvæmt 100. gr. vskl. næstu 12 mánuði, nema með samþykki Fjármálaeftirlitsins, sbr. 2. mgr. 106. gr. vskl. Ef aðili hefur óðlast yfirráð myndi hann þurfa að selja eignarhluti sem eru umfram yfirtökumörkin samkvæmt 100. gr. vskl., eða eftir atvikum sækja um undanþágu til Fjármálaeftirlitsins á grundvelli 5. mgr. 100. gr. vskl.

⁴⁴ Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 segir um þetta: „Takmörk eru þó fyrir því hvaða skilyrði eru hægt að setja og til að mynda er ekki hægt að setja

skilyrði sem tilboðsgjafi getur ákveðið sjálfur hvort hafi verið uppfyllt.“ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3686.

⁴⁵ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3690.

2. VALFRJÁLS TILBOÐ

Samkvæmt 1. mgr. 101. gr. vskl. gilda ákvæði X. kafla laganna einnig um valfrjáls tilboð, með nokkrum undantekningum. Aðili sem gerir valfrjálst tilboð þarf að gera tilboðsyfirlit í samræmi við reglur XI. kafla vskl. Meginmunurinn á valfrjálsu tilboði og skyldutilboði er fölginn í því að tilboðsgjafi í valfrjálsu tilboði getur sjálfur ráðið því verði og þeim greiðsluskilmálum sem boðnir eru í yfirtökutilboði. Ákvæði 2 og 4. mgr. 103. gr. um lágmarks verð og greiðsluskilmála gilda þannig ekki um valfrjáls tilboð, sbr. 1. mgr. 101. gr. vskl. Þrátt fyrir að þessi regla gildi um valfrjáls tilboð getur verið óskynsamlegt fyrir tilboðsgjafa að fara þá leið að bjóða ekki lágmarks verð samkvæmt 2. mgr. 103. gr. og fara eftir 4. mgr. 103. gr. vskl. um greiðsluskilmála. Ástæðan er sú að ef hann hefur ekki birt yfirtökutilboð í samræmi við þessar reglur og öðlast yfirráð í félaginu í kjölfar tilboðsins verður hann tilboðsskyldur samkvæmt 100. gr. vskl. nema hann hafi eignast meira en 9/10 atkvæðisréttar í kjölfar tilboðsins eða hafi sett fyrirvara í tilboðið um heimild til afturköllunar ef hann nær ekki tilteknu lágmarki atkvæðisréttar í félaginu. Ef tilboðsgjafi í valfrjálsu tilboði fer hins vegar eftir reglum 2. og 4. mgr. 103. gr. vskl. um lágmarks verð og greiðsluskilmála, verður hann ekki tilboðsskyldur þótt hann öðlist yfirráð í kjölfar tilboðsins, sbr. 5. mgr. 101. gr. vskl. Er síðastnefnt ákvæði í samræmi við 2. mgr. 5. gr. yfirtökutillskipunarinnar, en samkvæmt því ákvæði er ekki gert ráð fyrir að tilboðsgjafi í valfrjálsu tilboði verði tilboðsskyldur þótt hann nái yfirráðum í

kjölfar tilboðs. Í tillskipuninni er hins vegar ekki gert ráð fyrir því að það skilyrði sé sett að boðið hafi verið lágmarks verð og greiðsluskilmálar til að þessi regla gildi. Að því leyti eru reglurnar strangari hér á landi en tillskipunin gerir ráð fyrir.⁴⁶

Þótt tilboðsgjafi í valfrjálsu tilboði sé ekki skylt að fara eftir reglum 2. og 4. mgr. 103. gr. vskl. verður hann að gæta að reglum 3. mgr. 103. gr. vskl. Af því leiðir að greiði hann hærra verð á tilboðstímabilinu eða bjóði hagstæðari skilmála næstu 3 mánuði eftir að tilboðstímabili lýkur, verður hann að gefa öllum hluthöfum sem kunna að hafa samþykkt tilboðið kost á sömu kjörum. Byggir þetta á grunnreglu 1. mgr. 103. gr. vskl. um að tilboðsgjafa sé ávallt skylt að bjóða öllum hluthöfum sem eiga hluti í sama hlutaflokki sömu skilmála, sbr. og 1. mgr. 101. gr. um að ákvæði X. kafla vskl. gildi um valfrjáls tilboð nema á annan veg sé kveðið í lögum um sjálfum.

Tilboðsgjafa í valfrjálsu tilboði er heimilt að takmarka tilboð sitt þannig að það taki eingöngu til hluta hlutafjár eða atkvæðisréttar, að því tilskildu að tilboðið hafi ekki í för með sér að tilboðsskylda myndist samkvæmt 100. gr. vskl., sbr. 3. mgr. 101. gr. vskl. Ef slíkt tilboð er gert verður að gefa öllum hluthöfum eða eigendum atkvæðisréttar kost á að afhenda verðbréf sín eða atkvæðisrétt í réttu hlutfalli við hlutafjareign sína eða atkvæðisrétt, sbr. 3. mgr. 101. gr. vskl. Samkvæmt þessu er ekki hægt að birta tilboð um kaup sem myndi hafa í för með sér að tilboðsgjafi og aðilar sem hann kann að vera í samstarfi við eignist 30% af atkvæðisrétti eða meira.

⁴⁶ Þess má geta að sömu reglur gilda um þetta í Noregi, sbr. 5. mgr. í grein 6-1 í norsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007. Í síðastnefndu ákvæði er gert að sérstöku skilyrði að upplýst sé í tilboðsyfirliti að tilboðið sé í samræmi við reglur um lágmarks verð og greiðsluskilmála og að tilboðsskylda myndist þar af leiðandi ekki þótt yfirráð náist í kjölfar tilboðsins. Sambærilegt ákvæði er ekki að finna í íslenskum lögum en gera má ráð fyrir því að þetta sé atriði sem eftirlitsaðilar muni í framkvæmd gera kröfu um að sé upplýst um í tilboðsyfirliti. Í Danmörku gildir hins vegar önnur regla.

Samkvæmt 2. mgr. 31. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008 myndast ekki tilboðsskylda þótt yfirráðum sé náð í kjölfar valfrjáls yfirtökutilboðs og skiptir engu máli þótt ekki hafi verið boðið lágmarks verð og greiðsluskilmálar. Jesper Lau Hansen. *Værdipapirhandelsloven med kommentarer II*, bls. 270. Af þessu má ráða að nokkuð misjafnar reglur gilda um þetta innan aðildarríkjanna, enda er gert ráð fyrir því í b. lið 2. mgr. 3. gr. yfirtökutillskipunarinnar að heimilt sé að setja strangari reglur en þar er kveðið á um eins og gert hefur verið hér á landi og í Noregi um þetta atriði.

Áður hefur verið gerð grein fyrir mismunandi reglum sem gilda um heimild til að setja skilyrði í valfrjáls tilboð og um heimild hluthafa sem hefur samþykkt valfrjálst tilboð til að falla síðar frá því samþykki ef fram kemur samkeppnistilboð frá þriðja aðila. Visast til þeirrar umfjöllunar um þau atriði.

3. INNLAUSNARRÉTTUR

Ef yfirtökuaðili eignast meira en 9/10 hlutafjár og atkvæðisréttar í yfirtökufæri getur hann innleyst hluti annarra hluthafa í félaginu að fengnu samþykki stjórnar félagsins, sbr. 1. mgr. 110. gr. vskl.⁴⁷ Ef innlausn fer fram innan 3 mánaða frá því tilboðsfrestur rann út er lagt til grundvallar að verð samkvæmt yfirtökutilboðinu sé sanngjarnt verð, eða eftir atvikum leiðrétt verð samkvæmt 3. mgr. 103. gr. vskl., sbr. 1. mgr. 110. gr. vskl.⁴⁸ Í því felst að innlausn getur farið fram á því verði þótt viðkomandi hluthafi sé ósáttur við það. Fari innlausn fram á þessum tíma getur hluthafi því ekki krafist dómkvaðningar matsmanna á grundvelli 24. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélag og freistað þess að ná fram hærra verði. Ákvæði 110. gr. vskl. eru sérákvæði sem ganga framar almennum ákvæðum hlutafélagalaga um sama efni.⁴⁹ Að því marki sem ekki er að finna sérákvæði um innlausnina í 110. gr. vskl., yrði ákvæði 24. gr. laga nr. 2/1995 hins vegar beitt eftir því sem við á.⁵⁰ Ekki skiptir máli hvort um skyldutilboð hefur verið að ræða eða valfrjálst tilboð. Innlausnarrétturinn er hinn sami ef tilgreindu lágmarki hlutafjár og atkvæðisréttar er náð, sbr. 5. mgr. 101. gr. vskl. Þannig getur komið til þess að hluthafar sem eiga minna en 10% hlutafjár

þurfi í kjölfar valfrjáls tilboðs að þola innlausn á verði sem er lægra en lágmarks verð samkvæmt reglum 2. mgr. 103. gr. vskl. og miðað við óhagstæðari greiðsluskilmála en reglur 4. mgr. 103. gr. vskl. gera ráð fyrir.⁵¹ Lagt er til grundvallar að þegar eigendur að meira en 9/10 hlutafjár eða atkvæðisréttar hafa samþykkt viðkomandi tilboð, verði að leggja til grundvallar að um sanngjarnt verð og skilmála sé að ræða.⁵²

Taki tilboðsgjafi ákvörðun um innlausn þarf hann að senda tilkynningu til innlausnarþola með sama hætti og gildir við boðun aðalfundar viðkomandi félags, eftir því sem við á. Í tilkynningunni þarf að koma fram hvatning til innlausnarþola um að hann framselji tilboðsgjafa og/eða aðila í samstarfi hluti sína innan fjögurra vikna og tilgreining á skilmálum innlausnarrinnar, sbr. 1. mgr. 110. gr. vskl. Ef hlutir eru ekki framseldir innan fjögurra vikna tímabilsins skal endurgjald fyrir umrædda hluti greitt inná geymslureikning á nafn rétthafa. Frá þeim tíma telst tilboðsgjafi réttur eigandi viðkomandi hlutar og verðbréf fyrri eiganda ógild, sbr. 2. mgr. 110. gr. vskl. Ef endurgjald er í formi reiðufjár er hægt að notast við geymslugreiðslu samkvæmt ákvæðum laga nr. 9/1978 um geymslufé. Hugsanlegt er hins vegar að endurgjald sé ekki eingöngu greitt með reiðufé eins og fyrr hefur verið fjallað um. Í slíku tilviki þyrfti tilboðsgjafi að afhenda viðkomandi rétthafa umrædda eignarhluti eða eftir atvikum framselja honum þá með óafturkallanlegum hætti. Ef um rafrétt væri að ræða myndi bréfið verða fært á VS-reikning viðkomandi rétthafa hjá Verðbréfaskráningu Íslands hf. Ef um annars konar verðbréf væri að ræða gæti tilboðsgjafi framselt hlutina á nafn rétthafa

⁴⁷ Ákvæðið byggir á a. lið 2. mgr. 15. gr. yfirtökutillskipunarinnar. Í því ákvæði er miðað við að lágmarkshlutfallið sé 90% en aðildarríkin geti ákveðið að þetta hlutfall sé uppi 95%

⁴⁸ Er þetta í samræmi við 4. mgr. 15. gr. yfirtökutillskipunarinnar.

⁴⁹ Um *lex specialis* sjá Davíð Þór Björgvinsson. *Lögskýringar*, bls. 225 og Róbert R. Spanó. *Túlkun lagaákvæða*, bls. 79-80.

⁵⁰ Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 10. gr.

frumvarpsins.

⁵¹ Er þetta í samræmi við 2. ml. 5. mgr. 15. gr. yfirtökutillskipunarinnar.

⁵² Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 4. gr. frumvarpsins.

og afhent þriðja aðila hlutina til varðveislu, vilji rétthafi ekki taka við þeim eða finnist hann ekki. Eðli máls samkvæmt verður að gera þá kröfu til tilboðsgjafa að hann tilkynni rétthafa í öllum tilvikum hvar hann geti nálgast endurgjaldið fyrir hlutina og að hann geti nálgast endurgjaldið þar kváðalaust.

Hluthafar sem ákveða að samþykkja ekki yfirtökutilboð á tilboðstímabili geta krafist innlausnar ef tilboðsgjafi eignast meira en 9/10 hlutafjár og atkvæðisréttar, sbr. 3. mgr. 110. gr. vskl.⁵³ Ef óskað er eftir innlausn innan 3 mánaða frá því tilboðstímabili lauk gildir sama regla og fjallað er um hér að ofan um verð og skilmála innlausnar.

Fari innlausn fram eftir að fyrrgreindur 3 mánaða frestur er liðinn, myndu ákvæði 24. gr. laga nr. 2/1995 gilda um þá innlausn. Dómkvaddir matsmenn kunna við slíkar aðstæður að komast að niðurstöðu um annað verð en boðið var í yfirtökutilboði, ýmist lægra eða hærra. Slík niðurstaða myndi hins vegar ekki hafa nein áhrif á það verð sem greitt var til hluthafa í yfirtökufirli. Í því felst að tilboðsgjafi getur ekki krafist lækkunar á verði og hluthafar sem samþykktu yfirtökutilboð geta ekki krafist hækkunar á verði. Niðurstaða matsmanna myndi eingöngu hafa þýðingu fyrir þá hluthafa sem innlausn beindist að, sbr. 3. mgr. 24. gr. laga nr. 2/1995.

4. SKYLDUR STJÓRNAR OG YFIRTÖKUVARNIR

4.1. Almenn

Greint er á milli vinveittrar yfirtöku (e. friendly takeover) og fjandsamlegrar yfir-

töku (e. hostile takeover). Með fjandsamlegri yfirtöku er átt við þá aðstöðu þegar þess er freistað að ná yfirráðum í félagi gegn vilja stjórnenda þess.⁵⁴ Stjórnendur geta haft mikla hagsmuni af því að koma í veg fyrir fyrirhugaða yfirtöku, til dæmis vegna hættu á að þeir missi stöðu sína ef nýjir aðilar ná yfirráðum í viðkomandi félagi. Við þessar aðstæður getur verið freistandi fyrir stjórnendur að reyna koma í veg fyrir yfirtökuna með ýmsum aðgerðum sem nánar verður vikið að síðar. Lengst af var ekki að finna nein sértæk ákvæði í vskl. sem takmörkuðu heimild stjórnenda til að grípa til yfirtökuvarna, án samráðs við hlutahafa félagsins. Einu ákvæðin sem var þá hægt að styðjast við voru ákvæði 2. mgr. 67. gr., 72. gr. og 76. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995 og aðrar almennar reglur um trúnaðarskyldur stjórnenda samkvæmt félagarétti.⁵⁵ Það breyttist hins vegar við setningu laga nr. 31/2005, til breytinga á lögum nr. 33/2003 þegar yfirtökutilskipunin var innleidd í íslensk lög. Við gildistöku þeirra þann 1. júlí 2005 var innleidd svokölluð *hlutleysisregla* (e. neutrality rule) tilskipunarinnar sem takmarkar umtalsvert möguleika stjórnar til þess að grípa til slíkra aðgerða, án þess að leyta fyrst eftir umboði hluthafa félagsins. Regla þessi er valkvæð í þeim skilningi að aðildarríkjum Evrópusambandsins var í sjálfsvald sett, hvort reglan væri innleidd. Svokölluð *ógildingarregla* (e. breakthrough rule) og *gagnkvæmnisregla* (e. reciprocity rule), sem einnig eru valkvæðar reglur samkvæmt yfirtökutilskipuninni og er beint gegn yfirtökuvörnum, hafa á hinn bóginn ekki verið innleiddar í íslensk lög.

⁵³ Ákvæði þetta byggir á 16. gr. yfirtökutilskipunarinnar.

⁵⁴ Með stjórnendum er hér átt við stjórn og þá aðila sem fara með framkvæmdastjórn viðkomandi félags í skilningi 68. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995. Um hugtakið fjandsamleg yfirtaka (d. fjendlige overtagelser) sjá Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. *Børsretten II*. Kaupmannahöfn 2008, bls. 297. Sjá einnig Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. *Verðbréfamarkaðsréttur*, bls. 417.

⁵⁵ Um réttarstöðuna samkvæmt eldri lögum sjá Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. *Verðbréfamarkaðsréttur*, bls. 416-424. Þar kemur fram að í tíð eldri laga hafi stjórnendur haft nokkuð frjálsar hendur til að grípa til varnaráðgerða gegn yfirtökutilboðum þrátt fyrir almenn ákvæði um trúnaðarskyldur stjórnenda. Almenn um trúnaðarskyldur stjórnenda hlutafélaga sjá Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélag, einkahlutafélag og fjármálamarkaðir*, bls. 256-257.

4.2. Hlutleysisreglan

Samkvæmt 1. mgr. 104. gr. vskl. skal stjórn félags sem yfirtökutilboð nær til hafa hagsmuni félagsins sjálfs að leiðarljósi í öllum gerðum sínum og má hún ekki neita hluthöfum félagsins um tækifæri til að taka ákvörðun um tilboðið. Ákvæðið tekur bæði til skyldutilboða og valfrjálsra tilboða. Markmiðið með þessu ákvæði er að tryggja að það séu eigendur félagsins, hluthafarnir, sem taki ákvörðun um það hvort það eigi að reyna hafa áhrif á tilboðið, en ekki stjórn þess.⁵⁶ Er þessi regla eðlileg í ljósi þess að stjórn getur eins og fyrr segir haft augljósa hagsmuni af því að hafa áhrif á framgang yfirtökutilboðs.

Frá og með þeim tíma sem ákvörðun um yfirtökutilboð hefur verið gerð opinber eða stjórn félags er ljóst að tilboð sé væntanlegt er henni þannig óheimilt að taka ákvarðanir sem geta haft áhrif á tilboðið, án þess að fá fyrst samþykki frá hluthafafundi. Bann þetta gildir allt þangað til niðurstöður tilboðs hafa verið gerðar opinberar, sbr. 2. mgr. 104. gr. vskl.⁵⁷ Af orðalagi 2. mgr. 104. gr. vskl. um að stjórn þurfi að vera „ljóst að tilboð sé væntanlegt“ má ráða að orðrómur um hugsanlegt yfirtökutilboð myndi ekki duga til að setja umræddar kvaðir á stjórnina. Í því sambandi myndi ekki skipta máli þótt orðrómur væri þess eðlis að Fjármálaeftirlitið hefði krafist hugsanlegan tilboðsgjafa um að gera grein fyrir fyrirætlunum sínum, sbr. 2. mgr. 102. gr. vskl. Af orðalagi ákvæðisins leiðir að gera verður þá kröfu að væntanlegur tilboðsgjafi hafi tekið ákvörðun um að gera yfirtökutilboð og að stjórnin sé grandsöm um þá ákvörðun þótt hún hafi ekki verið gerð opinber. Fyrr getur stjórn ekki verið „ljóst“ að tilboð sé væntanlegt. Hér getur almennt ekki verið um langt tímabil að ræða því samkvæmt 1.

mgr. 102. gr. vskl. skal tilboðsgjafi tilkynna ákvörðun um tilboð án tafar. Ef um skyldutilboð væri að ræða yrði væntanlega að miða við það tímamark þegar stjórn er grandsöm um að tilboðsskylda hafi myndast í ljósi þess að viðkomandi aðila væri þá skylt að birta yfirtökutilboð innan ákveðinna tímamarka. Hugsanlega má þó halda því fram að hér yrði einnig að miða við ákvörðun viðkomandi aðila, því vel er hugsanlegt að viðkomandi aðili taki ákvörðun um að sækja um undanþágu frá tilboðsskyldu eða selja eignarhlut niður fyrir yfirtökumörk til að losna undan tilboðsskyldu. Ákvæði 2. mgr. 104. gr. vskl. mætti vera skýrara um þessi upphafstímamörk til að eyða óvissu. Í ljósi þess að brot gegn 104. gr. vskl. getur varðað greiðslu stjórnvaldssekta samkvæmt 1. mgr. 141. gr. vskl. eða refsingu samkvæmt 1. mgr. 145. gr. sömu laga, verður að ætla að stjórn muni njóta góðs af óskýrleika ákvæðisins að þessu leyti.

Álitamál er hvenær telja megi að „stjórn félags sé ljóst að tilboð sé væntanlegt“ ef engin ákvörðun hefur verið gerð opinber, sbr. 2. mgr. 104. gr. vskl. Er nægilegt að einn stjórnarmaður hafi öðlast vitneskju um þetta eða þarf öll stjórnin eða meirihluti hennar að búa yfir slíkri vitneskju? Einnig getur vaknað spurning um hvort vitneskja framkvæmdastjóra félags dugi eða annarra á vegum félags sem hafa trúnaðarskyldur gagnvart félaginu og telja má grandsama um þýðingu slíkra upplýsinga. Í þessu samhengi verður eðli máls samkvæmt að horfa til þess hvaða reglur gilda um ákvarðanatöku stjórnar innan viðkomandi félags. Leggja verður til grundvallar að búi þeir stjórnarmenn sem geta tekið bindandi ákvörðun fyrir félagið yfir slíkum upplýsingum á stjórnarfundi, verði að ganga útfrá að stjórnin búi yfir þeim í skilningi

⁵⁶ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3689.

⁵⁷ Ákvæði 104. gr. vskl. byggir á 9. gr. yfirtökutillskipunarinnar og c. lið 1. mgr. 3. gr. Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. tillskipunarinnar skulu aðildarríki að minnsta kosti leggja umrædda kvöð á

stjórn félags frá því ákvörðun um yfirtökutilboð hefur verið gerð opinber, en aðildarríkjum látið eftir að ákveða hvort tímabil þetta gildi frá og með þeim tíma sem stjórn öðlast vitneskju um að búast megi við tilboði.

2. mgr. 104. gr. vskl. Það myndi þannig ekki duga að minnihluti stjórnarmanna byggji yfir slíkum upplýsingum, eða eftir atvikum framkvæmdastjóri félagsins, ef þeir upplýsa ekki aðra stjórnarmenn um þær. Hitt er annað mál að í ljósi trúnaðarskyldu stjórnarmanna gagnvart hluthöfum og þess að ákvæði 2. mgr. 104. gr. er ætlað að tryggja aðkomu hluthafa félagsins að ákvarðanatöku af umræddu tagi, verður að leggja til grundvallar að stjórnarmanni sem byggji yfir slíkum upplýsingum væri skylt að upplýsa aðra stjórnarmenn um þær á stjórnarfundum. Jafnvel þótt telja megi að slíkar upplýsingar falli undir hugtakið innherjaupplýsingar í skilningi 120. gr. vskl., verður að telja að stjórnarmanni væri við slíkar aðstæður heimilt að miðla þeim til annarra stjórnarmanna í skjóli undanþágureglu 2. t. l. 1. mgr. 123. gr. vskl. Geri hann það hins vegar ekki, er ekki hægt að leggja til grundvallar að stjórn hafi verið grandsöm um væntanlega yfirtöku í skilningi 2. mgr. 104. gr. vskl.

Ákvæðið nær eingöngu til stjórnar félags en ekki þess eða þeirra sem kunna að fara með framkvæmdastjórn þess í skilningi 2. mgr. 68. gr. laga nr. 2/1995. Undir framkvæmdastjóra heyrir eingöngu málefni sem snerta daglegan rekstur félags og á hann því ekki að geta tekið ákvarðanir sem geta haft truflandi áhrif á yfirtöku. Allar óvenjulegar og meiriháttar ákvarðanir þarf stjórnin að taka, nema þær þoli ekki þá bið sem felst í því að kalla stjórn saman og félagið geti orðið fyrir tjóni af þeim sökum, sbr. 2. mgr. 68. gr. laga nr. 2/1995. Hafi stjórn veitt framkvæmdastjóra umboð til að hrinda ákvörðunum sem heyrir undir hana í framkvæmd, verður að leggja til grundvallar að slíkt umboð falli niður um leið og stjórn er ljóst að yfirtökutilboð sé væntanlegt. Stjórn yrði við slíkar aðstæður að afturkalla umboð í samræmi við reglur II. kafla laga nr.

7/1936 til að fyrirbyggja að félag verði bundið gagnvart grandlausum þriðja aðila við ákvarðanir framkvæmdastjóra sem kunna að vera teknar á grundvelli slíks umboðs. Þrátt fyrir að ákvæði 104. gr. vskl. nái ekki til framkvæmdastjóra verður að hafa í huga að hann hefur ákveðnar trúnaðarskyldur gagnvart félaginu sem má meðal annars leiða af 2. mgr. 67. gr., 72. gr. og 76. gr. laga nr. 2/1995. Komist framkvæmdastjóri þrátt fyrir ofangreint í þá stöðu að geta haft truflandi áhrif á framgang yfirtöku verður því að telja að honum væri það óheimilt á grundvelli almennra reglna um trúnaðarskyldu sem fela efnislega í sér að hagsmunir félags skuli ávallt njóta forgangs gagnvart persónulegum hagsmunum viðkomandi stjórnanda.⁵⁸

Ákvæði 104. gr. vskl. nær ekki samkvæmt orðanna hljóðan til stjórna dótturfélaga, sbr. orðalagið „stjórn félags sem tilboð tekur til“. Velta má fyrir sér hvort stjórn dótturfélags sé þrátt fyrir það óheimilt að gripa til ráðstafana sem eru til þess fallnar að hafa truflandi áhrif á yfirtökutilboð. Hægt er að hugsa sér ýmsar ráðstafanir sem gætu haft slík skadleg áhrif. Staðan getur til dæmis verið sú að móðurfélag sem yfirtaka beinist að sé skráð á skipulegan verðbréfamarkað en öll starfsemi fari fram í einu eða fleiri dótturfélögum sem eru óskráð. Ef niðurstaðan er sú að stjórn dótturfélaga væri ekki bundin við þær takmarkanir sem koma fram í 104. gr. vskl. gæti stjórn þess til dæmis tekið ákvörðun um að selja eignir sem hafa veruleg áhrif á starfsemi dótturfélagsins, tekið ákvörðun um samruna félagsins við annað félag, samið um breytingar á starfskjörum stjórnenda þess, hækkað hlutafé í dótturfélaginu á grundvelli heimildar í samþykktum þess eða að keypt hluti í móðurfélaginu eða eftir atvikum selt slíka hluti til aðila sem eru „vinveittir“ stjórnendum móðurfélagsins. Ef meginstarfsemi móðurfélagsins fer

58 Almennt um trúnaðarskyldur framkvæmdastjóra Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 273.

fram í umræddu dótturfélagi blasir við að ákvarðanir af þessum toga eru ekki síður skaðlegar en sambærilegar ákvarðanir stjórnar móðurfélagsins. Það er því ljóst að til þess að ákvæði 104. gr. vskl. nái markmiði sínu í öllum tilvikum þyrfti það að ná til stjórna dótturfélaga. Markmiðsskýring er hins vegar ekki tæk nema telja megi að hún falli innan merkingarfræðilegs ramma ákvæðisins.⁵⁹ Af 1-4. tl. og 7. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er ljóst að hugsunin er sú að ákvæðið nái jafnframt til ákvarðana innan dótturfélaga, þótt orðalagið í 1. mgr. 104. gr. vísi eingöngu til stjórnar þess félags sem hefur verið tekið til viðskipta á skipulegan verðbréfamarkað en ekki dótturfélaga þess.⁶⁰ Samkvæmt orðanna hljóðan verður því að túlka fyrrgreinda tölulíði 2. mgr. 104. gr. til samræmis við 1. mgr. 104. gr. vskl. þannig að þar sé verið að takmarka heimild stjórnar móðurfélags til að beita sér fyrir að umræddar ákvarðanir verði teknar í dótturfélögum. Í því felst að ef stjórnarmenn í móðurfélagi eiga jafnframt sæti í stjórn eins eða fleiri dótturfélaga, sé þeim óheimilt að standa að slíkum ákvörðunum. Vætanlega þyrftu þeir að vikja af stjórnarfundi á grundvelli 72. gr. laga nr. 2/1995 ef á þetta reyndi. Á sama hátt væri þeim óheimilt að greiða atkvæði á hluthafafundum fyrir hönd móðurfélags með slíkum ákvörðunum. Hið sama myndi gilda um framkvæmdastjóra félagsins á grundvelli fyrrgreindrar almennrar reglu um trúnaðarskyldu. Að óbreyttum lögum verður hins vegar að telja að það sé ekkert sem hindrar stjórnarmenn í dótturfélagi, og eftir atvikum framkvæmdastjóra, sem ekki hafa fyrrgreind tengsl við móðurfélagið að taka ákvarðanir sem geta haft truflandi áhrif á yfirtöku. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að sú staða getur hæglega verið uppi að dótturfélag

sé að stórum hluta til í eigu annarra hluthafa sem tengjast móðurfélaginu ekkert. Slikir aðilar gætu til dæmis farið með allt að 49,99% atkvæðisrétt í dótturfélaginu og haft lögmæta hagsmuni af því að starfsemi félagsins væri ekki undirorpin kvöðum af þessum toga þótt þær kunni samhliða að hafa truflandi áhrif á yfirtökuna. Á hinn bóginn verður að telja að slíkum aðilum væri óheimilt að taka ákvörðun sem hefði þann einn tilgang að skaða yfirtökuferlið ef félagið hefði sannanlega samhliða enga lögmæta hagsmuni af henni. Slik ákvörðun kynni að fela í sér brot á almennri trúnaðarskyldu sem gildir á sviði kröfuréttar, þar með talið á sviði félagaréttar.⁶¹ Ef um dótturfélag er að ræða sem er 100% í eigu móðurfélags sem yfirtöku er beint að, er fræðilega séð einnig hægt að halda því fram að stjórnarmenn og framkvæmdastjóri þess sækji umboð sitt beint til móðurfélagsins og séu því ákvarðanir þeirra bundnar sömu takmörkunum. Óskýrleiki ákvæðisins hvað þetta varðar mun hins vegar vætanlega hafa í för með sér að erfitt verði að beita sektarheimildarákvæði 141. gr. og refsiakvæði 145. gr. vskl. Bótaskylda kæmi hins vegar til álita á grundvelli almennra reglna samninga- og kröfuréttar.

Í 2. mgr. 104. gr. vskl. er að finna í 7. tölulíðum upptalningu á ýmsum ákvörðunum sem stjórn má ekki taka án þess að fá fyrst samþykki hluthafafundar. Ljóst er af orðalagi ákvæðisins að þar er ekki að finna tæmandi upptalningu á þeim ákvörðunum sem bera þarf undir hluthafafund. Upptalningin er einungis sett fram í dæmaskyni til skýringar. Í upptalningunni er að finna þær ákvarðanir sem eru líklegar til að hafa mikil áhrif á yfirtökur. Af orðalagi 2. mgr. 104. gr. vskl. má hins vegar ráða að allar ákvarðanir sem „geta

⁵⁹ Róbert R. Spanó. *Túlkun lagaákvæða*, bls. 210-221.

⁶⁰ Ekkert er að þessu vikið í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 þegar þetta ákvæði var fyrst tekið í lög. Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3689.

⁶¹ Viður Már Matthíasson. „Trúnaðarskyldan við gerð, framkvæmd og slit samninga“. Úlflijótur 2000.

haft áhrif á tilboðið“ séu óheimilar. Enginn greinarmunur er því gerður á því hvort þær geti haft lítil eða mikil áhrif á yfirtökuna. Samkvæmt 1. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er stjórn óheimilt að taka ákvörðun um að gefa út nýja hluti eða fjármálagerninga í félaginu eða dótturfélögum þess. Samkvæmt 1. mgr. 33. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög getur hluthafafundur einn tekið ákvörðun um útgáfu nýrra hluta. Hluthafafundur getur hins vegar veitt stjórn slíka heimild með breytingu á samþykktum, að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum samkvæmt 41. gr. sömu laga. Samkvæmt þessu getur sú staða verið uppi þegar ákvörðun um yfirtökutilboð er gerð opinber eða stjórn öðlast vitneskju um hana að stjórn hafi heimild samkvæmt samþykktum til að taka ákvörðun um hækkun hlutafjár. Þrátt fyrir að hluthafafundur hafi verið búinn að veita stjórn heimild til að taka slíka ákvörðun, má hún ekki nýta hana eftir þetta tímamark því samkvæmt 4. mgr. 104. gr. vskl. þarf hluthafafundur að staðfesta eða samþykkja aftur ákvarðanir sem voru teknar fyrir fyrrgreint tímamark, hafi þeim ákvörðunum ekki verið framfylgt að hluta til eða öllu leyti og þær falla fyrir utan „venjulega starfsemi félagsins“. Síðastnefnt ákvæði nær ekki eingöngu til ákvarðana hluthafafundar um að veita stjórn umboð til að hækka hlutafé, heldur allra sambærilegra ákvarðana. Eðli máls samkvæmt verður að túlka orðalagið „falla utan við venjulega starfsemi félgsins“ í 4. mgr. 104. gr. til samræmis við 2. mgr. 104. gr. vskl. um að allar ákvarðanir sem geta haft áhrif á tilboðið, séu óheimilar. Í því felst að jafnvel þótt tilteknar ákvarðanir geti almennt talist falla undir „venjulega starfsemi“, geti þær samt sem áður ekki fallið þar undir ef telja má að þær geti haft áhrif á yfirtökutilboð.

Ákvæði 1. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. nær ekki

eingöngu til ákvörðunar stjórnar um útgáfu nýrra hluta heldur einnig til útgáfu annarra tegunda fjármálagerninga. Þannig væri stjórn til dæmis óheimilt að taka ákvörðun um að skuldsætja félagið með skuldabréfaútgáfu án samþykkis hluthafafundar, því skuldabréf falla undir hugtakið fjármálagerningur í skilningi 2. tl. 1. mgr. 2. gr. vskl. Sama væri að segja um útgáfu á valréttum um hluti í félaginu, áskriftarréttindum o.s.frv. Samkvæmt 1. mgr. 47. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög getur hluthafafundur ákveðið með þeim meiri hluta atkvæða sem krafist er til breytinga á samþykktum að félagið taki skuldabréfalán er veiti lánardrottnei rétt til þess að breyta kröfu sinni á hendur félaginu í hluti í því.⁶² Í ákvörðun hluthafafundar þarf að skilgreina lánskjör og fyrirkomulag á breytirétti, sbr. 2. mgr. 47. gr. laga nr. 2/1995. Hluthafafundur veitir síðan stjórn heimild í samþykktum til að taka ákvörðun um hækkun hlutafjár um þá fjárhæð sem leiðir af breytingu skuldabréfanna í hluti, sbr. 3. mgr. 47. gr. laganna. Það liggur í augum uppi að umbreyting á skuld í hluti getur haft í för með sér hindrandi áhrif á yfirtöku á sama hátt og ákvörðun um hækkun hlutafjár. Hafi heimild til að gefa út skuldabréf með þessum skilmálum því ekki verið tekin af stjórn þegar ákvörðun um yfirtöku er gerð opinber eða stjórn öðlast vitneskju um hana, gæti stjórn því ekki nýtt heimildina vegna ákvæða 104. gr. vskl. sem áður er fjallað um. Sömu sjónarmið gilda um útgáfu áskriftarréttinda, sbr. 46. gr. laga nr. 2/1995.

Samkvæmt 2. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er stjórn óheimilt að taka ákvörðun um kaup eða sölu á eigin verðbréfum félags eða verðbréfum í dótturfélögum þess. Hugtakið verðbréf í skilningi X. kafla vskl. nær eingöngu til verðbréfa sem atkvæðisréttur fylgir, eða eftir atvikum fjármálagerninga

62 Sjá almenna umfjöllun um þetta í Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 210–212.

sem veita rétt til að afla slíkra bréfa, sbr. 1. mgr. 99. gr. vskl. Undir þetta myndu því fyrst og fremst falla hlutabréf í hlutafélögum samkvæmt lögum nr. 2/1995 og réttur til að kaupa slík bréf, einkum kaupréttur og áskriftarréttur að hlutafé, þótt aðrar tegundir verðbréfa komi til álita. Samkvæmt 2. mgr. 55. gr. laga nr. 2/1995 getur hlutafélag einungis eignast eigin hluti samkvæmt ákvörðun hluthafafundar til félagsstjórnar. Slíka heimild getur hluthafafundur veitt stjórn til allt að 5 ára í senn.⁶³ Samkvæmt 3. mgr. 55. gr. þarf að tilgreina í ákvörðun hluthafafundar hámarksfjölda hluta sem félagið má eignast og lægstu og hæstu fjárhæð sem félagið má reida fram sem endurgjald fyrir hlutina. Samtala eigin hluta má ekki vera umfram 10% af heildarhlutafé, sbr. 1. mgr. 55. gr. laga nr. 2/1995. Við útreikning á þessu hlutfalli eru taldir með hlutir í eigu dótturfélaga og veðsettir hlutir.⁶⁴ Hafi heimild af þessum toga verið veitt stjórn, væri henni samkvæmt framangreindu óheimilt að nýta hana eftir að ákvörðun um yfirtökutilboð hefur verið gerð opinber eða eftir að stjórn hefur öðlast vitneskju um hana. Í því sambandi skiptir engu máli þótt hluthafafundur hafi veitt stjórnininni umboðið löngu áður en ákvörðun um tilboðið var gerð opinber eða stjórn öðlaðist vitneskju um hana, sbr. 4. mgr. 104. gr. vskl.

Samkvæmt 3. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er stjórn óheimilt að taka ákvörðun um samruna félagsins eða dótturfélaga þess við önnur félög. Ef um hlutafélög er að ræða hefur stjórn takmarkaðar heimildir samkvæmt lögum nr. 2/1995 til að taka ákvörðun um samruna, því slíka ákvörðun þarf að meginstefnu til að bera undir hluthafafund, sbr. 124. gr. laga nr. 2/1995. Stjórn í yfirtökufélagi hefur hins vegar

heimild til að taka slíka ákvörðun að fullnægðum ákveðnum skilyrðum, sbr. 2. mgr. 124. gr. laga nr. 2/1995. Eftir að ákvörðun um yfirtökutilboð hefur hins vegar verið gert opinbert eða stjórn öðlast vitneskju um slíka ákvörðun, myndi stjórn hins vegar ekki geta nýtt þá heimild.

Samkvæmt 4. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er stjórn óheimilt að taka ákvörðun um kaup eða sölu á eignum eða öðru sem haft getur umtalsverð áhrif á starfsemi félagsins eða dótturfélaga þess. Samkvæmt 5. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er henni óheimilt að gera samninga sem falla ekki undir venjulega starfsemi félagsins og samkvæmt 6. tl. er henni óheimilt að taka ákvörðun sem felur í sér umtalsverðar breytingar á starfskjörum stjórnenda. Allar þessar ákvarðanir eiga það sameiginlegt að geta haft áhrif á yfirtökutilboð. Í 7. tl. 2. mgr. 104. gr. vskl. er síðan undirstrikað að bannið nái til allra annarra ákvarðana sem haft geta sambærileg áhrif á starfsemi félagsins eða dótturfélaga þess.

Þrátt fyrir að stjórn sé óheimilt að taka ákvarðanir sem geta haft áhrif á yfirtökutilboð er henni veitt heimild í 3. mgr. 104. gr. vskl. til að taka ákvörðun um að leita annarra tilboða án samþykkis hluthafafundar. Þessi undanþága byggir eðli máls samkvæmt á því að hugsanleg samkeppnistilboð geti ekki skadað hagsmuni hluthafa, heldur þvert á móti gefi hluthöfum kost á að velja úr fleiri tilboðum og auki líkur á að þeir fái hæsta verð og bestu greiðsluskilmála fyrir hluti sína í félaginu. Er þetta eina lögbundna undanþágan sem stjórn hefur til að taka ákvörðun sem getur haft áhrif á yfirtökutilboð.⁶⁵

Taki stjórn ákvörðun sem brýtur gegn 2. mgr. 104. gr. vskl. getur Fjármálaeftirlitið

⁶³ Við gildistöku laga nr. 47/2008, til breytinga á meðal annars 55. gr. laga nr. 2/1995, var heimild þessi rýmkuð umtalsvert. Fyrir gildistöku laganna gat hluthafafundur einingis veitt slíka heimild til 18 mánaða í senn.

⁶⁴ Um eigin hluti sjá Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 227-232 og

Stefán Már Stefánsson. *Samstæður hlutafélaga*, bls. 94-98. Sjá einnig Jóhannes Sigurðsson og Þórolfur Jónsson. *Verðbréfamarkaðsréttur*, bls. 422-423.

⁶⁵ Yfirtökutískipunin gerir ráð fyrir þessari undanþágu í 2. mgr. 9. gr.

beitt sektarákvæði 30. tl. 1. mgr. 14l. gr. vskl. Brotið getur einnig varðað refsingu á grundvelli 12. tl. 145. gr. vskl., sektum eða fangelsi allt að tveimur árum, liggi þyngri refsing ekki við broti samkvæmt öðrum lögum. Samkvæmt 4. mgr. 14l. gr. og 1. mgr. 147. gr. vskl. skiptir ekki máli hvort brot hefur verið framið af ásetningi eða gáleysi. Ef telja má þannig að stjórn hafi *mátt vita* að um brot gegn ákvæðinu væri að ræða gæti hún því bakað sér ábyrgð samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum. Fræðilega séð gæti stjórn einnig bakað sér skaðabótaábyrgð að fullnægðum skilyrðum bótaskyldu. Ákvörðun stjórnar sem brýtur gegn 104. gr. vskl. getur einnig verið ógildanleg, ýmist á grundvelli almennra reglna samningaréttar eða sérákvæða í lögum, sbr. 77. gr. laga nr. 2/1995 að því er varðar hlutafélög. Meta verður í hvert og eitt skipti hvort ógilding komi til álita, en þar skiptir máli um hvers kyns ákvörðun er að ræða. Ef ákvörðun stjórnar í hlutafélagi félli undir 1. tl. 1. mgr. 77. gr. laga nr. 2/1995 myndi ákvörðunin vera ógildanleg óháð því hvort gagnaðili væri grandlaus. Ef hún fellur hins vegar undir 2. tl. 1. mgr. 77. gr. sömu laga væri ákvörðun ekki ógildanleg nema gagnaðili væri grandsamur um að stjórn eða eftir atvikum aðila sem hún hefur veitt umboð væri óheimilt að taka umrædda ákvörðun. Ef ákvörðun um yfirtöku hefur verið gerð opinber í samræmi við ákvæði 114. gr. vskl., getur gagnaðili væntanlega ekki borið fyrir sig grandleysi þar sem hann hefur þá verið í aðstöðu til að vita um heimildarskortinn. Ekki er svigrúm til að fjalla nánar um þetta álitaefni hér.⁶⁶

Þótt mörg aðildarríki Evrópska efnahags-svæðisins hafi tekið hlutleysisregluna upp í sína löggjöf, hafa ýmis ríki ekki gert það.⁶⁷

4.3. For-tilboðsvarnir og ógildingarreglan

4.3.1. Almenn

Eins og ráða má af ofangreindri umfjöllun um takmarkanir á heimild stjórnar til afskipta af yfirtökutilboði, er ákvæði 104. gr. vskl. fyrst og fremst beint gegn yfirtökuvörnum sem stjórn gæti gripið til eftir að yfirtökutilboð er komið fram eða vitneskja liggur fyrir um það (e. post-bid defences). Ákvæðinu er hins vegar ekki beint gegn yfirtökuvörnum sem stofnað hefur verið til áður (e. pre-bid defences), nema að því marki sem þeim hefur ekki verið hrint í framkvæmd af stjórn, sbr. 4. mgr. 104. gr. vskl. Af því leiðir að ákvæðið hefur engin áhrif á ýmsar varnir sem kunna að liggja fyrir innan félagsins. Kunna slíkar varnir ýmist að liggja fyrir i) á grundvelli ákvörðunar hluthafafundar, ii) á grundvelli ákvörðunar stjórnar félags eða iii) á grundvelli ákvörðunar hluthafa félags.

Það er ljóst að yfirtökuvarnir eru almennt til þess fallnar að hindra frjálst flæði fjármagns milli aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins. Af þeim sökum hefur lengi verið unnið að því á vegum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins að búa til reglur sem eru til þess fallnar að brjóta slíkar varnir niður. Meginágreiningurinn innan Evrópusambandsins um framgang tilskipunar um yfirtökur var hins vegar um hvort og þá að hvaða marki aðildarríkjum yrði gert skylt að setja í löggjöf sína ákvæði sem brjóta slíkar varnir niður. Niðurstaðan var eins og fyrir segir málamiðlun um að aðildarríkin hefðu frjálst val um það hvort og þá að hvaða marki reglurnar yrðu teknar upp í landslög, sbr. 1. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar. Þær reglur sem tilskipunin teflir fram eru hlutleysisreglan sem kemur fram í 2-3. mgr.

⁶⁶ Umfjöllun um 77. gr. laga nr. 2/1995 Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 267-270.

⁶⁷ Sjá lista yfir þetta í Commission of the European Communities. „Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids“. Brussel 2007. Annex I, bls. 12. Skýrsluna má

nálgast á eftirfarandi netslóð:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf (sótt í febrúar 2009).

9. gr. og ógildingarreglan sem kemur fram í 11. gr. tilskipunarinnar. Þar er jafnframt kveðið á um svokallaða gagnkvæmnisreglu sem er ætlað að veita félögum sem yfirtaka beinst að kost á því að losna undan því að beita hlutleysisreglunni og/eða ógildingarreglunni, ef það félag sem gerir yfirtökutilboðið er ekki jafnframt bundið við samskonar ákvæði. Gagnkvæmnisreglan er valfrjáls regla og hefur ekki frekar en ógildingarreglan verið tekin upp í íslenska löggjöf.

Mikilvægt er að átta sig á því að jafnvel þótt yfirtökuvarnir séu til þess fallnar að hindra frjálst flæði fjármagns milli aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins er síður en svo sjálfgefið að þær brjóti gegn ákvæði 40. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið og sambærilegu ákvæði í 56. gr. Rómarsáttmálans. Samkvæmt 40. gr. laga nr. 2/1993 skulu engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum Evrópusambandsins eða EFTA-ríkjum né nokkur mismunun eftir ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Það er fyrst þegar telja má að yfirtökuvarnir hafi þau áhrif sem lýst er í síðastnefndum ákvæðum sem reynt getur á þau. Slíkt getur til dæmis gerst ef yfirtökuvörnum er beitt af hálfu ríkisvaldsins í skjóli lagasetningar eða annars konar beitingar opinbers valds til að tryggja að tiltekin fyrirtæki komist ekki í eigu erlendra aðila. Á þetta hefur reynt í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem hefur ýmist komist að þeirri niðurstöðu að um varnir sé að ræða sem brjóti gegn

fyrirgreindu ákvæði Rómarsáttmálans eða að undanþáguákvæði sáttmálans eigi við.⁶⁸ Þegar undanþága hefur verið viðurkennd hefur hún verið talin réttlætast á grundvelli almannahagsmuna og þjóðaröryggis, enda hafi meðalhófs verið gætt.⁶⁹

4.3.2. Varnir sem byggja á ákvörðun hluthafafundar

Engin ákvæði í vskl. brjóta niður yfirtökuvarnir sem kunna að liggja fyrir á grundvelli ákvörðunar hluthafafundar sem er þegar komin til framkvæmda. Slíkar varnir kunna að liggja fyrir í samþykktum félagsins og geta verið af ýmsum toga:

a) Mismunandi hlutabréfaflokkar

Meginreglan er sú í hlutafélögum að allir hlutir í félaginu skuli hafa jafnan rétt, sbr. 2. mgr. 20. gr. laga nr. 2/1995.⁷⁰ Samkvæmt ákvæðum hlutafélagalaga nr. 2/1995 er hins vegar hægt að gefa út fleiri en einn flokk hlutabréfa sem hafa mismunandi réttindi, sbr. 2. mgr. 20. gr. laga nr. 2/1995. Þannig er hægt að gefa út hlutabréfaflokk án atkvæðisréttar og hlutabréfaflokk sem hafa aukið atkvæðavægi miðað við aðra flokka, sbr. 1. mgr. 82. gr. sömu laga. Samkvæmt síðastnefndu ákvæði þarf að kveða á um tilvist slíkra hlutabréfaflokka í félagssamþykktum og getur því hluthafafundur einn tekið ákvörðun um heimild til slíkrar útgáfu. Tilvist margra hlutabréfaflokka þar sem sumir hafa engan atkvæðisrétt og aðrir aukinn atkvæðisrétt getur eðli máls samkvæmt gert yfirtöku flóknari en í félögum þar sem eitt ákvæði fylgir hverjum hlut. Hluthafar geta því hæglega

⁶⁸ Ólafur E. Friðriksson. „Yfirtökuvarnir samkvæmt Evrópurétti“. Meistararitgerð við lagadeild Háskólans í Reykjavík vorið 2008. Í ritgerðinni er að finna nokkuð ítarlega umfjöllun um yfirtökuvarnir samkvæmt Evrópurétti og fjölmargir dómur reifaðir um efnið. Í eftirfarandi dómum komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn ákvæði Rómarsáttmálans um frjálst flæði fjármagns: C-483/99. Commission of the European Communities v. French Republic, C-58/99. Commission of the European

Communities v. Italian Republic, C-463/00. Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain og sameinuð mál C-282/04 og C-283/04. Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands.

⁶⁹ Sjá C-503/99. Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium þar sem belgíska ríkið var sýnað.

⁷⁰ Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 153.

tekið meðvitaða ákvörðun um að stilla upp mismunandi hlutabréfaflokkum með það að markmiði að verja félagið hugsanlegum yfirtökum. Hér á landi hefur hins vegar almennt tíðkast í félögum sem hafa verið skráð á skipulegan verðbrefamarkað að notast eingöngu við einn hlutabréfaflokk. Frá þessu má þó finna undantekningar, eins og til dæmis í Actavis Group hf. sem hafði tvo hlutabréfaflokka þar sem annar flokkurinn naut ekki atkvæðisréttar og var óskráður.⁷¹

b) Takmörkun á atkvæðisrétti

Samkvæmt ákvæðum hlutafélagalaga nr. 2/1995 er heimilt að setja svokallað atkvæðapak (e. voting cap) á atkvæðisrétt hluthafa, sbr. 2. mgr. 82. gr. laganna. Samkvæmt síðastnefndu ákvæði má í félags-samþykktum ákveða að enginn geti farið með fyrir sjálfs sín hönd eða annarra nema takmarkaðan hluta samanlagðra atkvæða í félaginu. Hluthafafundur getur sett ákvæði af þessum toga í samþykktir félags, án þess að skipta hlutum uppí hlutabréfaflokka. Rökin fyrir því að setja ákvæði af þessum toga í samþykktir geta meðal annars verið að gera yfirtöku í viðkomandi félagi erfiðari en ella.⁷² Þannig væri hægt að setja ákvæði í samþykktir félags um að enginn hluthafi, og eftir atvikum tengdir aðilar, geti farið með atkvæðisrétt í félagi fyrir meira en 10% af heildaratkvæðum félags.

c) Gullin hlutabréf

Hugtakið gullin hlutabréf (e. golden shares) hefur verið notað yfir hlutabréf í eigu ríkisvalds sem tryggja því sérstök réttindi í viðkomandi félagi, umfram réttindi sem

eigendur hluta í félögum njóta almennt samkvæmt hlutafélagalögum. Hin sérstöku réttindi geta verið af misjöfnum toga og geta átt sér uppruna í lögum, samþykktum félags eða eftir atvikum hluthafasamkomulagi. Þau geta til dæmis falið í sér að óheimilt sé að taka tiltekna ákvarðanir innan félags án samþykkis ríkisins eða eftir atvikum afskiptarétt af hluthafasamsetningu félags eða beitingu atkvæðisréttar innan þess.⁷³ Hlutabréf af þessum toga hafa í sögulegu samhengi fyrst og fremst orðið til í tengslum við einkavæðingu félaga sem hafa verið í eigu hins opinbera. Hefur ríkisvaldið þá viljað tryggja sér ákveðinn afskiptarétt af málefnum félagsins, einkum til að tryggja að mikilvægar eignir þess og/eða rekstur komist ekki undir yfirráð erlendra aðila. Hefur Evrópuðómstóllinn í mörgum tilvikum komist að þeirri niðurstöðu að hlutabréf af þessum toga stangist á við ákvæði Rómarsáttmálans um frjálst flæði fjármagns þótt undanþágur séu frá því, sbr. fyrri tilvitnun í ýmsa dóma dómstólsins.

4.3.3. „Varnir“ sem byggja á eldri ákvörðunum stjórnar

Ýmsar ákvarðanir sem geta haft truflandi áhrif á yfirtöku kunna að hafa verið teknar innan stjórnar félags og hrint í framkvæmd fyrir upphaf þeirra tímamarka sem eru skilgreind í 2. mgr. 104. gr. vskl. Ákvæði 104. gr. vskl. eða önnur ákvæði þeirra laga taka þá ekki til slíkra ákvarðana. Sem dæmi má nefna ákvæði í þýðingarmiklum samningum sem kveða á um að ef breytingar verði á ráðandi eignarhlut í viðkomandi félagi, öðlist gagnaðilar viðkomandi samnings heimild til að rifta samningnum eða eftir atvikum segja

⁷¹ Actavis Group hf. var yfirtekið af Novator eignarhaldsfélagi ehf. árið 2007 og afskráð í kjölfarið. Lýsingu á þessum hlutabréfaflokkum má sjá í yfirtökutilboðinu sem var birt 1. júní 2007.

⁷² Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélag, einkahlutafélag og fjármálamarkaðir*, bls. 294.

⁷³ Uppruni þessara bréfa á rætur sínar að rekja til Bretlands í tengslum við einkavæðingarferli breska ríkisins sem hófst

í kringum 1980. Sjá um þessi bréf Stefan Grundmann og Florian Möslin. „Golden Shares, state control in privatised companies: Comparative law, European law and policy aspects.“ Birt á vef Social Science Research Network (working paper series) í júlí 2003 á eftirfarandi netslóð:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580 (sótt í febrúar 2004). Á þessum vef má finna fjölda annarra greina um þetta sama efni.

honum upp með tilteknum uppsagnarfresti. Ákvæði af þessum toga geta haft í för með sér mjög truflandi áhrif á yfirtöku. Hér getur til dæmis verið um að ræða alla eða þýðingarmestu fjármögnunarsamninga viðkomandi félags. Ef allir lánasamningar félags sem sætir yfirtöku gjaldfalla við þessar aðstæður blasir við að rekstrargrundvöllur þess raskast verulega vegna óvissu um endurfjármögnun ef ekki næst samkomulag við lánveitendur. Ef um valfrjálst tilboð væri að ræða hefði tilboðsgjafi getað gert fyrirvara um þetta í tilboðinu og þá fallið frá tilboðinu. Ef um skyldutilboð væri að ræða yrði Fjármálaeftirlitið hins vegar að samþykkja undanþágu frá tilboðsskyldu eða tilboðsgjafi að selja sig niður fyrir tilboðsmörk.

Ákvæði af ofangreindum toga þurfa ekki endilega að styðjast beint við ákvarðanir stjórnar. Þannig er hugsanlegt að slík ákvæði sé að finna í leyfum sem viðkomandi félag hefur öðlast, án þess að stjórn hafi haft nokkra beina aðkomu að því.

Almennt eru fyrirvarar af ofangreindum toga málefnalegir og því hæpið að flokka þá sem yfirtökuvarnir. Í raun er fyrst rökrétt að tala um slíka fyrirvara sem *varnir* ef stjórn semur um þá með það að markmiði að torvela hugsanlega yfirtöku. Byggja slíkir fyrirvarar almennt á sambærilegum sjónarmiðum og reglur um skuldskeytingu, án þess þó að þær reglur eigi beint við þar sem engin formleg breyting verður á samningsaðila þótt nýjir eigendur komi að félaginu. Af þeim sökum getur verið mjög erfitt að sanna að markmið þeirra sé að hindra yfirtöku, vilji aðili freista þess að fá þá ógilta með dómi á grundvelli þess að þeir brjóti gegn reglum um trúnaðarskyldur stjórnar. Hér getur verið um margskonar tegundir samninga að ræða, eins og til dæmis váttryggingasamninga, lánasamninga,

sérleyfissamninga og leigusamninga. Allir þessir aðila geta eðli máls samkvæmt haft hagsmuni af því að geta losnað undan samningsskuldbindingum sínum ef breytingar verða á yfirráðum í félagi vegna yfirtöku. Hugsanlegt er að eignaraðild við samningsgerð hafi haft áhrif á vilja viðkomandi aðila til að gera umræddan samning og eftir atvikum samningskjör.

4.3.4. Varnir sem byggja á ákvörðun hluthafa og eignasamsetningu hluthafa

Áður hefur verið fjallað um takmarkanir á atkvæðisrétti sem kunna að liggja fyrir á grundvelli samþykktu félags. Hugsanlegt er að kveðið sé á um sambærilegar takmarkanir í samningi milli hluthafa félags. Þótt hluthafasamningar séu í mörgum tilvikum ekki bindandi fyrir félagið og grandlaus framsalshafa, kunna ákvæði í slíkum samningum engu að síður að virka sem öflug yfirtökuvörn.⁷⁴ Í l. mgr. 22. gr. laga um kauphallir nr. 110/2007 er gert ráð fyrir að ekki sé unnt að taka fjármálagerninga til viðskipta á skipulegum verðbréfa-markaði, nema unnt sé að eiga viðskipti með þá „á sanngjarnan, skipulegan og skilvirkan hátt og, þegar um er að ræða verðbréf, að viðskiptin með þau séu án takmarkana.“ Grein 1.1.6. í reglum NASDAQ-OMX á Íslandi fyrir útgefndur fjármálagerninga frá 1. júlí 2008 byggir á þessu ákvæði. Síðastnefnd ákvæði vísa fyrst og fremst til takmarkana á heimild til framsals í samþykktum félagi. Ákvæðin koma ekki í veg fyrir að einstakir hluthafar geri samninga sín á milli um slíkar takmarkanir. Í slíkum samningum getur verið kveðið á um gagnkvæman forkaupsrétt og jafnvel framsalsbann í tiltekinn tíma eða við tiltekna aðstæður. Þótt slík ákvæði séu ekki bindandi fyrir viðkomandi félag og grandlaus framsalshafa, getur hluthafi

74 Hluthafasamningur er eingöngu bindandi fyrir þá sem eiga aðild að honum. Viðskiptabréfareglur gilda um framsal hlutabréfa og verður því ekki grandlaus framsalshafi bundinn

við hluthafasamning sem framseljandi kann að eiga aðild að. Stefán Már Stefánsson. *Hlutafélag, einkahlutafélag og fjármálamarkaðir*, bls. 156.

sem vanefnir slíkan samning bakað sér bótaskyldu. Það kann jafnvel að vera ákvæði í samningi um greiðslu tilgreindrar fjárhæðar í skaðabætur ef brotið er gegn slíku ákvæði, án þess að sanna þurfi fjárhagslegt tjón. Samningar af þessum toga geta því haft mjög truflandi áhrif á yfirtökur. Hér gæti einnig verið um að ræða takmarkanir á heimild til framsals í samningi milli félagsins sem yfirtaka beinist að og hluthafa þess. Þannig er hugsanlegt að félag hafi í tengslum við sölu á eigin hlutum sett takmarkanir á heimild til sölu þeirra í ákveðinn tíma, til dæmis eitt ár.

Eignasamsetning hluthafa getur einnig haft truflandi áhrif á yfirtökur. Svokallað píramíðaskipulag (e. pyramid structure) og krosseignatengsl (e. cross shareholding) geta haft mjög mikil áhrif á yfirtöku. Píramíðaskipuleg þekkist víða í Evrópu sem yfirtökuvörn og felur efnislega í sér að fjárfestar ráða yfir hlutfallslega meiri atkvæðisrétti en áhættufjármagn gefur til kynna. Þetta fyrirkomulag er stundum notað til að komast yfir ráðandi eignarhlut í skráðum félögum, með sem minnstu áhættufjármagni. Píramíðinn samastendur þá oft af mörgum fyrirtækjum, sem geta bæði verið skráð og óskráð, sem er stjórnað í gegnum keðju eignarhaldsfélaga af aðila sem hefur lagt fram hlutfallslega lítið áhættufjármagn í það félag sem yfirtaka beinist að.⁷⁵ Best er að útskýra þetta með einföldu dæmi um eina keðju: A á 20% eignarhlut í félaginu BB sem er skráð á skipulegan verðbrefamarkað. Hlutfé í A er kr. 100.000.000 og var það allt notað til að kaupa 20% eignarhlutinn í BB. Til einföldunar er ekki gert ráð

fyrir neinni skuldsetningu. A er í eigu einkahlutafélagsins C, sem á 50% atkvæða og fimm annarra hluthafa sem á hver um sig 10%. C lagði fram kr. 50.000.000 í hlutfé í A en hinir hluthafarnir kr. 10.000.000 hver. F á 50% atkvæða í C, en aðrir fimm hluthafar eiga 10% hver. Hlutfé í F er 50.000.000 og lagði F fram kr. 25.000.000, en hinir hluthafarnir kr. 5.000.000 hver. K á síðan 50% atkvæða í F og lagði fram kr. 12.500.000 í hlutfé, en aðrir 5 hluthafar kr. 2.500.000 hver. Svona er hægt að halda áfram lengi. Sjá má af dæminu að sá sem ræður yfir K, ræður einnig yfir A og þar með 20% atkvæðisrétti í skráða félaginu BB. K hefur hins vegar eingöngu lagt fram kr. 12.500.000,- til að ráða yfir eignarhlut að sem er að verðmæti kr. 100.000.000. K gæti síðan gert þetta í gegnum nokkur eignarhaldsfélög og þannig náð tókum á enn meiri atkvæðisrétti. Í dæminu var til einföldunar miðað við 50% eignarhlut í gegnum keðjuna. Oft duga hins vegar minni eignatengsl til að ná yfirráðum. Ljóst er að krosseignatengsl milli félaga geta haft sambærileg áhrif.

4.3.5. Ógildingarreglan samkvæmt yfirtökutilskipuninni

Ógildingarreglu yfirtökutilskipunarinnar er beint gegn tilteknum tegundum yfirtökuvarna sem eru afmarkaðar í II. gr. hennar. Eins og fyrr segir er þessi regla valfrjáls og hafa mjög fáar þjóðir innleitt hana í sína löggjöf.⁷⁶ Eitt af verkefnum nefndarinnar sem samdi drög að frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009, til breytinga á vskl., var að gera tillögur að innleiðingu ógildingarreglunnar í íslenskan rétt. Niðurstaða nefndarinnar var hins vegar að

75 Jaap Winter o.fl. „Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids.“ Brussel 2002. Bls. 38-39. Hægt er að nálgast skýrsluna á eftirfarandi netslóð:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf (sótt í febrúar 2009).

76 Reglan hefur ekki verið innleidd í löggjöf á Norðurlöndunum. Samkvæmt skýrslu framkvæmdastjórnar

Evrópusambandsins frá febrúar 2007 hófðu einungis 3 þjóðir innleitt regluna í sína löggjöf í janúar 2007, Eistland, Lettland og Litháen. Sjá Commission of the European Communities. „Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids“. Brussel 2007. Annex 1, bls. 12. Skýrsluna má nálgast á eftirfarandi netslóð:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf (sótt í febrúar 2009).

ekki væri þörf á að innleiða regluna. Í því samhengi vísaði nefndin til þess að ekkert væri því til fyrirstöðu að einstök félög tækju sjálf regluna upp í samþykktir sínar að eigin frumkvæði en auk þess hefðu fá ríki innleitt hana.⁷⁷

Efnislega felur ógildingarreglan í sér að þegar tilboðsgjafi í yfirtökutilboði eignast 75% eða meira af hlutum sem bera atkvæðisrétt falla niður ýmsar yfirtökuvarnir sem nánar eru skilgreindar í 2-4. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Ákvæðið tekur bæði til varna sem hægt væri að grípa til á tilboðstímabilinu og varna sem getur reynt á eftir að tilboðstímabilinu er lokið. Yfirtökuvarnirnar sem tilskipunin nær til eru þrenns konar: Í fyrsta lagi varnir sem varða heimild einstakra hluthafa til að framselja verðbréf á tilboðstímabilinu, í öðru lagi ákvarðanir hluthafafundar um yfirtökuvarnir sem teknar eru á tilboðstímabilinu og í þriðja lagi varnir sem getur reynt á þegar fyrsti hluthafafundur er haldinn eftir að tilboðstímabilinu er lokið. Þær yfirtökuvarnir sem reglan nær til eru eftirfarandi:

- i) Takmarkanir á framsali verðbréfa sem kveðið er á um í samþykktum félags falla niður á tilboðstímabilinu, sbr. 1. ml. 2. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Hér gæti til dæmis verið um að ræða hreint bann við framsali, eða eftir atvikum forkaupsréttarákvæði. Eins og fyrr segir myndu verðbréf sem hefðu slíkar takmarkanir ekki fást skráð á skipulegan verðbréfamarkað hér á landi, sbr. 1. mgr. 22. gr. laga nr. 110/2007 um kauphallir og grein 1.1.6 í fyrrgreindum reglum NASDAQ-OMX á Íslandi.
- ii) Takmarkanir á framsali verðbréfa sem kveðið er á um samningum milli félagsins og hluthafa eða hluthafa

innbyrðis (hluthafasamningar). Takmarkanir þessar falla niður á tilboðstímabilinu. sbr. 2. ml. 2. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar.

- iii) Takmarkanir á atkvæðisrétti sem kveðið er á um í samþykktum félags, sbr. 1. ml. 3. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Takmarkanir þessar falla þá niður á þeim hluthafafundi sem kann að vera haldinn til að taka ákvarðanir um yfirtökuvarnir. Hér gæti til dæmis verið um að ræða ákvæði í samþykktum um þak á atkvæðisrétt umfram 10%. Aðili sem ætti verðbréf sem bera samtals 20% atkvæðisrétt, ef ekki kæmi til fyrrgreind takmörkun, gæti á slíkum fundi nýtt 20% atkvæðisrétt, en ekki eingöngu 10%.
- iv) Sömu takmarkanir og fjallað er um í ii) en sem kveðið er á um í samningum milli hluthafa og félagsins eða samningum milli hluthafa innbyrðis, sbr. 2. ml. 3. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Slíkar takmarkanir féllu þá jafnframt niður á hluthafafundi þar sem taka ætti afstöðu til yfirtökuvarna.
- v) Ákvæði um aukinn atkvæðisrétt falla niður á hluthafafundi sem haldinn er til að taka ákvarðun um yfirtökuvarnir. Hver hlutur ber þá eingöngu eitt atkvæði á slíkum fundi, sbr. 3. ml. 3. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Ef það eru þannig til dæmis tveir eða fleiri hlutabréfaflokkar í félagi þar sem einn eða fleiri bera aukinn atkvæðisrétt, fellur aukinn atkvæðisréttur niður á hluthafafundi þar sem tekin er afstaða til yfirtökuvarna.
- vi) Sama regla og kveðið er á um í v) hér að ofan gildir á fyrsta hluthafafundi sem haldinn er eftir að tilboðstímabili er lokið, sbr. 4. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar.

Hugsunin bakvið þetta ákvæði er að tryggja að viðkomandi tilboðsgjafi verði í aðstöðu til að gera þær breytingar sem hann telur nauðsynlegt að gera á samþykktum félags, sem hann myndi annars ekki geta náð fram. Þannig væri á slíkum fundi hægt að fella niður hlutabréfaflokka sem bera aukinn atkvæðisrétt samkvæmt samþykktum og ákvæði í samþykktum um sérréttindi varðandi tilnefningu eða útskiptingu stjórnarmanna, sbr. vii) hér á eftir.

- vii) Sérréttindi hluthafa að því er varðar tilnefningu eða útskiptingu stjórnarmanna sem kveðið er á um í samþykktum félags sem tilboð tekur til falla niður, sbr. 4. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Regla þessi gildir á fyrsta hluthafafundi sem tilboðsgjafi boðar til eftir að tilboðsfrestur er runninn út, til að tryggja að hann geti gert þær breytingar á stjórn sem hann telur nauðsynlegar.

Ógildingarreglan hefur ekki áhrif á aðrar yfirtökuvarnir sem kunna að liggja fyrir innan félags. Þannig hefur reglan til dæmis engin áhrif á píramíðaskipulag eða krosseignatengsl. Sérfræðinganefndin sem gerði tillögur að efni tilskipunarinnar til framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins taldi óframkvæmanlegt að láta regluna ná yfir píramíðaskipulag, beita þyrfti öðrum úrræðum ef vilji væri til að brjóta slíkt skipulag niður.⁷⁸ Reglan nær ekki heldur yfir gullin hlutabréf. Samkvæmt 7. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar gildir ógildingarreglan þannig ekki þegar aðildarríki eiga verðbréf í viðkomandi félagi sem veitir þeim sérstök réttindi, hvort sem kveðið er á um tilvist slíkra réttinda í landslögum eða á annan hátt eins og til dæmis í samþykktum. Sá fyrirvari

er þó gerður að slík réttindi séu samrýmanleg 56. gr. Rómarsáttmálans um frjálst flæði fjármagns, sbr. fyrri umfjöllun. Beiting reglunnar er ekki heldur fyrirvaralaus. Þannig er gert ráð fyrir því í 6. mgr. 11. gr. að þær yfirtökuvarnir sem ná til ákvarðana hluthafafundar á meðan á tilboðstímabili stendur og á fyrsta hluthafafundi þar eftir gildi ekki í þeim tilvikum þegar sérstök fjárhagsleg hlunnindi (e. specific pecuniary advantages) koma í staðinn fyrir þær takmarkanir á atkvæðisrétti sem kveðið er á um í 3-4 mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Hér er um þær ákvarðanir að ræða sem taldar eru upp í iii) – vii) hér að ofan. Sé reglan tekin upp í landslög þurfa aðildarríki að setja reglur um greiðslu sanngjarnra bóta (e. equitable compensation) til handhafa þeirra réttinda sem eru afnumin á fyrrgreindan hátt, vegna hvers kyns tjóns sem þeir kunna að verða fyrir, sbr. 5. mgr. 11. gr. tilskipunarinnar. Er síðastnefnt ákvæði mikilvægt í ljósi þess að líklegt er að eigendur fyrrgreindra réttinda hafi þurft að greiða hærra verð fyrir verðbfréfin í ljósi þess að þeim fylgja aukin réttindi. Ef þau réttindi eru síðan afnumin verða þeir að minnsta kosti fyrir tjóni sem nemur þeim verðmun. Er ákvæðið í samræmi við 72. gr. stjórnarskrár Íslands um að óheimilt sé að svipta menn eignarrétti nema almannaheill krefjist og þá eingöngu gegn greiðslu fullra bóta. Ljóst er að ógildingarreglan vekur upp ýmsar spurningar sem ekki er svigrúm til að ræða frekar hér.

4.4. Gagnkvæmnisreglan

Samkvæmt 3. mgr. 12. gr. yfirtökutilskipunarinnar geta aðildarríki í landslögum undanskilið félög sem sæta yfirtöku og eru bundin við hlutleysisregluna og/eða ógildingarregluna frá þeim kvöðum sem þessar reglur fela í sér, ef það félag sem er

⁷⁸ Jaap Winter o.fl. „Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids.“ Brussel 2002. Bls. 6.

að gera yfirtökutilboð er ekki bundið við sömu reglur. Hefur þessi regla verið kölluð gagnkvæmnisreglan sem er bein þýðing á orðinu *reciprocity*. Gagnkvæmnisreglan hefur ekki verið tekin upp í íslensk lög. Í því felst að íslensk félög eru bundin við hlutleysisreglu 104. gr. vskl. Þótt það félag sem kann að gera yfirtökutilboð í það sé ekki bundið við slíka reglu samkvæmt löggjöf síns heimaríkis. Hafi íslenskt félag einhliða tekið upp í samþykktir sínar ógildingarregluna, færi það eftir samþykktum félagsins hvaða áhrif það hefði ef það félag sem gerir yfirtökutilboð er ekki bundið við sambærilega reglu. Félag sem hefur einhliða tekið ógildingarregluna upp í samþykktir sínar myndi hins vegar ávallt geta fellt slíkt ákvæði aftur niður og þar með komið í veg fyrir áhrif hennar á hugsanlega yfirtöku, sbr. 2. mgr. 12. gr. yfirtökutilskipunarinnar.

Almennt má segja að gagnkvæmnisreglan geti virkað sem hvati fyrir aðildarríkin eða eftir atvikum einstök félag innan þeirra til þess að taka upp ógildingarregluna og/eða hlutleysisregluna. Reglan hefur í öllu falli í för með sér að félög verði jafnsett hvað varðar yfirtökuvarnir.

Fullnægja þarf tveimur skilyrðum til þess að gagnkvæmnisreglunni verði beitt. Annars vegar þarf samkvæmt 3. mgr. 12. gr. yfirtökutilskipunarinnar að vera kveðið á um tilvist hennar í landslögum. Hins vegar verður henni ekki beitt nema samkvæmt heimild hluthafafundar í því félagi sem yfirtaka beinist að og má sú heimild ekki vera eldri en 18 mánaða miðað við það tímamark sem yfirtökutilboð er gert opinbert, sbr. 5. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar.

4.5. Gagnsæi yfirtökuvarna

Þótt ekki hafi tekist samstaða innan Evrópusambandsins um að aðildarríkjum væri skylt að taka upp hlutleysis- og ógildingarregluna náðist samkomulag um upplýsingaskylda félaga um tilvist yfirtökuvarna sem reglunum er ætlað að ná

til, að því marki sem félagi kann að vera kunnugt um slíkar varnir, sbr. 10. gr. yfirtökutilskipunarinnar. Samkvæmt því er aðildarríkjum skylt að sjá til þess að birtar séu ítarlegar upplýsingar um tilvist slíkra varna, sbr. 1. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar. Í a)-k) lið 1. mgr. 10. gr. er að finna upptalningu á þeim atriðum sem upplýsingaskyldan nær til. Upplýsingarnar skal birta í ársskýrslu félaga og í greinargerð sem stjórn þarf að leggja fyrir á aðalfundi félaga, sbr. 2-3. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar. Upplýsingaskylda um tilvist slíkra yfirtökuvarna auðveldar fjárfestum að veга og meta hvort æskilegt sé eða framkvæmanlegt að freista þess að fara í yfirtöku á viðkomandi félagi. Reglan er því til þess fallin að greiða fyrir skilvirkni á markaðnum að þessu leyti og hugsanlega koma í veg fyrir að fjárfestar freisti þess að fara í yfirtöku þegar slíkt er illfrankvæmanlegt vegna ýmissa ógagnsærra yfirtökuvarna með tilheyrandi kostnaði.

Ákvæði 10. gr. yfirtökutilskipunarinnar var innleitt í lög um ársreikninga nr. 3/2006 við gildistöku laga nr. 171/2007 til breytinga á þeim lögum. Ákvæði um þetta er nú að finna í 66. gr. a. um upplýsingaskyldu í skýrslu stjórnar. Samkvæmt því ákvæði skal birta nákvæmar upplýsingar um eftirfarandi atriði í skýrslu stjórna félaga sem fengið hafa einn eða fleiri flokka hlutabréfa tekna til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði:

1. uppbyggingu hlutfjár, þar á meðal hluti sem ekki eru skráðir á skipulegum verðbréfamarkaði, mismunandi hlutflokka og réttindi og skyldur tengdar þeim, sem og hlutfall þeirra af heildarhlutafé,
2. allar takmarkanir á framsali hluta, t.d. takmarkanir varðandi hlutfjáreign einstakra aðila eða ef samþykki félagsins eða annarra hluthafa þarf fyrir framsali,
3. verulega beina eða óbeina hlutfjáreign,

- þar á meðal óbeina eign í gegnum önnur félög eða gagnkvæma hlutfjáreign félaga,
4. eigendur hluta með sérstök stjórnunar-réttindi og lýsingu á þeim réttindum,
 5. helstu ákvæði kauppréttaráttlana starfsmanna,
 6. allar takmarkanir varðandi atkvæðisrétt, t.d. takmarkanir á atkvæðisrétti hluthafa sem eiga ákveðið hlutfall eða fjölda atkvæða, frest til að nýta atkvæðisrétt eða ef fjárhagsleg réttindi tengd hlutum eru ekki tengd eignarhaldi þeirra,
 7. alla samninga milli hluthafa sem félaginu er kunnugt um og geta haft í för með sér takmarkanir varðandi framsal og/eða atkvæðisrétt,
 8. reglur varðandi tilnefningar og endurnýjun stjórnarmanna og breytingar á samþykktum félags,
 9. sérstakar heimildir stjórnar, þar á meðal heimildir til að gefa út nýja hluti eða kaupa eigin hluti,
 10. samninga sem félagið er aðili að og taka gildi, breytast eða falla úr gildi ef breytingar verða á stjórnun eða yfirráðum í félagi í kjölfar yfirtökutilboðs og áhrif þess á félagið, nema um sé að ræða upplýsingar sem haft geta skadleg áhrif á starfsemi félagsins eða hafa óveruleg áhrif á starfsemi félagsins. Þær undantekningar eiga þó ekki við ef um er að ræða upplýsingar sem félagi er skylt að birta á grundvelli laga,
 11. samninga félagsins við stjórnarmenn eða starfsmenn um greiðslur eða bætur ef þeir segja upp eða ef þeim er sagt upp án gildrar ástæðu eða ef starfi þeirra lýkur vegna yfirtökutilboðs.

Samkvæmt 2. mgr. 66. gr. a. skal stjórn félags kynna ofangreind atriði á aðalfundi félags ár hvert. Þess má að lokum geta varðandi þetta að upplýsingar um ofangreind atriði myndu þurfa koma fram í lýsingum sem birta þarf í

tengslum við skráningu félaga á skipulegan verðbréfamarkað eða eftir atvikum töku þeirra til viðskipta á slíkan markaði. Þessi skylda leiðir af ákvæðum reglugerðar nr. 243/2006 um innleiðingu á reglugerð framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins nr. 809/2004 um framkvæmd á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2003/71/EB (gagnsæistilskipunin).

4.6. Greinargerð stjórnar

Samkvæmt 5. mgr. 104. gr. vskl. skal stjórn félags sem yfirtökutilboð tekur til semja og gera opinbera sérstaka greinargerð þar sem hún gefur rökstutt álit sitt á yfirtökutilboðinu. Í greinargerðinni þarf stjórnin að fjalla sérstaklega um framtíðar-áform tilboðsgjafa og hvaða áhrif stjórnin telur að tilboðið geti haft á hagsmuni félagsins, störf stjórnenda og starfsmanna þess og staðsetningu starfsstöðva þess. Hver stjórnarmaður þarf að gera grein fyrir því hvort hann og aðilar sem eru honum fjárhagslega tengdir hafi í hyggju að samþykkja tilboðið, ef við á, sbr. 5. mgr. 104. gr. vskl. Fram að setningu laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl., var ekki að finna ákvæði í 104. gr. vskl. sem gerði kröfu til þess að einstakir stjórnarmenn greindu frá því hvort þeir eða aðilar sem væru þeim fjárhagslega tengdir hefðu í hyggju að samþykkja tilboðið. Rétt þótti að taka slíkt ákvæði upp til að renna frekari stoðum undir álit stjórnarinnar á tilboðinu.⁷⁹ Berist stjórninni tímalega álit frá fulltrúum starfsmanna félagsins ber stjórninni að láta það álit fylgja með greinargerð sinni. Séu skiptar skoðanir um tilboðið innan stjórnarinnar þarf það að koma fram í greinargerðinni, sbr. 6. mgr. 104. gr. vskl. Í greinargerðinni þarf að upplýsa sérstaklega um hagsmunaaðreksstra sem kunna að liggja fyrir milli stjórnarmanna og þeirra sem eiga aðild að yfirtökutilboði og er þá

⁷⁹ Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 7. gr. frumvarpsins.

viðkomandi stjórnarmönnum óheimilt að taka þátt í að semja greinargerðina, sbr. 6. mgr. 104. gr. vskl. Leiði hagsmunaaðreksrar til þess að stjórnin verði ekki ályktunarhæf, skal stjórnin láta óháð fjármálafyrirtæki meta tilboðið og skilmála þess, sbr. 7. mgr. 104. gr. vskl. Greinargerðina þarf að birta opinberlega að minnsta kosti einni viku áður en tilboðsfrestur rennur út, sbr. 8. mgr. 104. gr. Séu gerðar breytingar á yfirtökutilboði skal stjórnin jafnframt láta í ljós álit sitt á þeim breytingum, sbr. 9. mgr. 104. gr. vskl. Ákvæði 5-9. mgr. 104. gr. vskl. byggir á 5. mgr. 9. gr. yfirtökutillskipunarinnar.

Eins og sjá má af ofangreindu ákvæði er ekki gerð sú krafa til stjórnar að hún ráðleggi hluthöfum annað hvort að samþykkja eða hafna fyrirbyggjandi yfirtökutilboði. Stjórnin gæti þannig verið algerlega hlutlaus í afstöðu sinni og hvorki mælt með því né gegn því. Upplýsingar um hvort þeir stjórnarmenn, sem eru jafnframt hluthafar í viðkomandi félagi, hafi í hyggju að samþykkja eða hafna tilboðinu kunna við slíkar aðstæður að fela í sér sterka vísbendingu um huglægt mat viðkomandi stjórnarmanna á tilboðinu. Eina krafan til stjórnar er að hún láti í ljós skoðun sína á fyrrgreindum atriðum og rökstyðji hana. Í gegnum tíðina hafa stjórnir félaga sem hafa verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði hér á landi ýmist mælt með eða gegn yfirtökutilboðum. Ekki er hins vegar að finna mörg dæmi þess að stjórn hafi mælt gegn yfirtökutilboði. Í dæmaskyni má nefna að Novator eignarhaldsfélag ehf. birti yfirtökutilboð í alla hluti í Actavis Group hf. þann 1. júní 2007. Stjórn Actavis Group hf. taldi það verð sem boðið var í yfirtökutilboðinu vera of lágt. Hér að neðan má sjá fréttatilkynningu sem birt var opinberlega þann 8. júní 2007 um álit stjórnarinnar:

Actavis Group hf. - Fyrirtækjafréttir
- Álit stjórnar Actavis á tilboði Novator

Stjórn Actavis hefur lagt formlegt mat á tilboð Novator, félags í eigu Björgólfs Thors Björgólfssonar, stjórnarformanns Actavis, sem birt var hluthöfum þann 1. júní síðastliðinn.

Tilboðið var lagt fram í evrum og hljóðar upp á 0,98 evrur á hlut í reiðufé og boðið öllum hluthöfum í A flokki. Eftir að hafa lagt mat á tilboðið er það mat stjórnar félagsins að tilboðið endurspegli ekki raunverulegt virði félagsins og framtíðarmöguleika þess. Í samræmi við 41. grein yfirtökulaga frá árinu 2003 hefur jafnframt verið horft til fleiri þátta en þess verðs sem boðið hefur verið fyrir hluti í félaginu, s.s. fjármögnunar tilboðs, framtíðaráætlana og viðhorfs til stjórnenda, sem tilboðsgjafi gerir formlega grein fyrir í tilboði sínu. Þau atriði höfðu ekki áhrif á mat stjórnarinnar.

Þeir stjórnarmenn sem lögðu mat á tilboðið og skilufu sameiginlegu álitu eru Sindri Sindrason, Magnús Þorsteinsson og Baldur Guðnason.

Stjórn félagsins er opin fyrir viðræðum við Novator og ef nýtt tilboð verður birt hluthöfum mun stjórnin taka það til skoðunar og birta álit sitt á því.

Í kjölfarið var verðið í yfirtökutilboðinu hækkað úr 0,98 evrur á hlut í 1,075 evrur á hlut, eða um 10,6%. Var það verð í samræmi við álit greiningardeilda bankanna sem voru birt á svipuðum tíma. Í kjölfarið lét stjórn Actavis Group hf. í ljós skoðun sína á nýju tilboðsverði þar sem hún mælti með tilboðinu. Í rökstuðningi stjórnarinnar var meðal annars vísað til þess að haft hefði verið samráð við fjármálafyrirtækið JP Morgan um mat á tilboðinu.

Álgengt er að tilboðsgjafar í yfirtökutilboðum séu jafnframt hluthafar sem fara með ráðandi eignarhlut í viðkomandi félagi. Eðli máls samkvæmt getur því oft reynt á reglur um hagsmunaaðreksra í tengslum við greinargerð stjórna um yfirtökutilboð. Í meirihluta stjórna félaga sem tekin

hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði sitja oft aðilar sem eru sjálfir hluthafar eða eru með sterk tengsl við þá. Stjórnarmenn geta persónulega verið ráðandi hluthafar í tilboðsgjafa eða samstarfsaðila hans, setið í stjórn tilboðsgjafa eða aðila sem eru í samstarfi við hann, verið starfsmenn þeirra eða eftir atvikum borið trúnaðarskyldur gagnvart þeim vegna viðvarandi ráðgjafastarfa. Aðilar með tengsl af þessum toga eru *hlutrænt séð* að fyrra bragði líklegir til að gæta um of hagsmuna tilboðsgjafa og láta í ljós stuðning sinn við yfirtökutilboð í greinargerð stjórnar. Til að fyrirbyggja hugsanlega hagsmunaárekstra af þessum toga er kveðið á um það í 6. mgr. 104. gr. vskl. að ef stjórnarmenn „eiga aðild að tilboði eða eru í samstarfi við tilboðsgjafa eða hafa að öðru leyti verulegra hagsmuna að gæta af niðurstöðu tilboðs“ skuli ekki taka þátt í að semja greinargerð stjórnar en jafnframt skal upplýst um slík tengsl í greinargerðinni. Það vekur athygli að skilyrðin um upplýsingaskyldu um hagsmunatengsl milli stjórnarmanna og tilboðsgjafa eru þau sömu og skilyrðin fyrir því að stjórnarmenn viki sæti. Eðlilegra hefði verið að leggja þá skyldu á stjórnarmenn að upplýsa um *öll hagsmunatengsl* í greinargerð, því erfitt getur verið að skilgreina hvenær stjórnarmenn hafi *verulegra hagsmuna* að gæta af niðurstöðu tilboðs. Ákvæðið í núverandi mynd eykur hættuna á því að ekki sé upplýst um hagsmunatengsl í greinargerð sem geta skipt máli, þar sem stjórnarmenn telji að upplýsingaskyldan eigi ekki við. Ef kveðið hefði verið á um upplýsingaskyldu um öll hagsmunatengsl, hefði það komið í hlut tilboðshafa að meta hvort og þá að hvaða marki tengslin hafi áhrif á trúverðugleika greinargerðar stjórnar. Ákvæði þetta verður annars að túlka með hliðsjón af 1. mgr. 104. gr. vskl. um að stjórn skuli hafa hagsmuni félagsins að leiðarljósi í öllum gerðum

sínum og almennum reglum félagaréttar um trúnaðarskyldur stjórnarmanna gagnvart félaginu. Með hliðsjón af því verður að telja að séu stjórnarmenn með fyrrgreind tengsl við tilboðsgjafa beri þeim almennt skylda til að víkja sæti. Allir þessir aðilar gætu hlutrænt séð haft verulegra hagsmuna að gæta af niðurstöðu tilboðs. Orðalagið í ákvæðinu er hins vegar nokkuð óskýrt þar sem erfitt getur verið að skilgreina í hvenær stjórnarmaður hefur *verulega hagsmuni* af niðurstöðu tilboðs. Eftirfylgni við þetta ákvæði getur því orðið erfið í framkvæmd.

Hér að neðan er sýnishorn af greinargerð stjórnar. Um er að ræða greinargerð stjórnar Vinnslustöðvarinnar hf. í tengslum við tvö yfirtökutilboð sem voru gerð í hlutabréf félagsins árið 2007, annars vegar yfirtökutilboð Eyjamanna ehf. sem var skyldutilboð og hins vegar samkeppnistilboð Stillu eignarhaldsfélags ehf. sem var valfrjálst tilboð.⁸⁰ Skyldutilboð Eyjamanna ehf. átti rætur sínar að rekja til þess að nokkrir hluthafar í félaginu tilkynntu að þær væru í samstarfi og færu með 50,04% atkvæða í félaginu og voru því yfirtökuskyldir. Tilkynning var birt um þetta í fréttakerfi NASDAQ-OMX þann 16. apríl 2007 en tilboðið var síðan birt í nafni Eyjamanna ehf. þann 9. maí sama ár. Tilboð Eyjamanna ehf. hljóðaði uppá 4,6 kr. fyrir hvern hlut í Vinnslustöðinni hf. en tilboð Stillu ehf. var 85% herra eða 8,5 kr. fyrir hvern hlut. Annar munur á þessum tveimur tilboðum fólst í því að af hálfu Stillu eignarhaldsfélags ehf. var því lýst yfir að félagið hefði í hyggju að hafa Vinnslustöðina hf. áfram skráða á skipulegum verðbréfamarkaði NASDAQ-OMX á meðan Eyjamann ehf. höfðu í hyggju að afskrá félagið. Sumir hluthafar voru ósáttir við það verð sem Eyjamann ehf. buðu í félagið. Af þeim sökum krafðist einn hluthafi þess að Fjármálaeftirlitið tæki til

80 Stilla ehf. var í eigu bræðranna Guðmundar Kristjánssonar og Hjálmars Kristjánssonar. Stilla ehf. ásamt tengdum félögum

áttu samtals 25,79% heildarhlutafjár Vinnslustöðvarinnar hf. við birtingu tilboðsins.

skoðunar hvort forsendur væru til að breyta tilboðsverði Eyjamanna ehf. til hækkunar, en eins og fyrr segir taldi Fjármálaeftirlitið að ekki hefðu verið forsendur til þess.

Vinnslustöðin hf. - Yfirtaka/yfirtökuskylda
- Greinargerð stjórnar Vinnslustöðvarinnar hf.
Greinargerð stjórnar Vinnslustöðvarinnar hf.
(VSV) í tengslum við yfirtökutilboð Eyjamanna ehf. og Stillu eignarhaldsfélags ehf.

Þar sem Haraldur Gíslason aðalstjórnarmaður í VSV og Kristín Elín Gísladóttir vara-
stjórnarmaður eru hluthafar í Eyjamönnum ehf. og Hjálmar Þór Kristjánsson aðalstjórnarmaður í VSV og Guðmundur Kristjánsson vara-
stjórnarmaður eru hluthafar í Stillu eignarhalds-
félagi ehf. voru þau öll vanhæf til þess að taka þátt í afgreiðslu málsins.

Meðferð stjórnar félagsins á yfirtökutilboðunum var því í höndum eftirfarandi stjórnarmanna VSV: Gunnars Felixsonar stjórnarformanns, Sigurjóns Óskarssonar og Leifs Leifssonar.

Drátt fyrir að stjórnin hafi talið sig ályktunarhæfa, sbr. 7. mgr. 4l. gr. laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti, var með hliðsjón af aðstæðum ákveðið að fela Saga Capital fjárfestingarbanka hf. að leggja mat á yfirtökutilboðin sem fram voru komin í félagið og skilmála þeirra.

Stjórnin fjallaði um yfirtökutilboðin. Um mat á verði tilboðanna vísast til álits Saga Capital fjárfestingarbanka hf., sem er meðfylgjandi.

Áformum Eyjamanna ehf. og Stillu eignarhaldsfélags ehf. er lýst í tilboðsyfirlitum. Samkvæmt þeim eru ekki fyrirhugað að gera breytingar á tilgangi VSV, draga úr eða breyta kjarnastarfsemi þess eða nýta fjármunalegar eignir í öðrum tilgangi. Í tilboðsyfirlitunum kemur fram að félagið verði áfram rekið í Vestmannaeyjum. Í tilboðsyfirliti Eyjamanna

ehf. kemur fram að ekki verði gerðar breytingar á störfum stjórnenda og starfsmanna félagsins eða starfsskilyrðum þeirra. Í tilboðsyfirliti Stillu eignarhaldsfélags ehf. er tekið fram að væntanleg yfirtaka muni ekki hafa áhrif á störf stjórnenda og annarra starfsmanna félagsins eða starfsskilyrði þeirra. Tilboðin eru því hliðstæð að þessu leyti.

Í tilboðsyfirliti Eyjamanna ehf. er því lýst að í kjölfar yfirtökutilboðsins muni tilboðsgjafi og samstarfsaðilar fara fram á það við stjórn VSV að hlutabréf félagsins verði afskráð úr OMX/Kauphöll Íslands hf. Í tilboðsyfirliti Stillu eignarhaldsfélags ehf. er því lýst að tilboðsgjafi hyggi á áframhaldandi skráningu félagsins í OMX/Kauphöll Íslands hf. og að tilboðsgjafi áformi að selja stóran hluta kaupverðs til öflugra fjárfesta, m.a. í Vestmannaeyjum, þannig að eignarhald á hlutum í félaginu verði dreift. Stjórnin telur rétt að vekja athygli hluthafa á þessu enda getur afskráning hlutabréfanna haft áhrif á með hvaða hætti verður unnt að eiga víðskipti með þau.

Að öðru leyti en að framan greinir tekur stjórnin ekki frekari afstöðu til tilboðanna.

Stjórninni hefur ekki borist álit fulltrúa starfsmanna um tilboðin.

Eins og sjá má af ofangreindri greinargerð tók stjórn Vinnslustöðvarinnar hf. ákvörðun um að leggja ekki mat á þau verð sem boðin voru í yfirtökutilboðunum, þótt stjórnin væri að eigin mati ályktunarhæf. Var fjármála fyrirtækinu Saga Capital hf. falið að gefa út álit á báðum tilboðum sem birtist þann 9. júlí 2007. Niðurstaða Saga Capital hf. var í stuttu máli sú að tilboð Eyjamanna ehf. væri ekki sanngjarnt en þó yrði að hafa í huga að verðtilboðið væri í takt við verð félagsins á markaði á þessum tíma. Taldi Saga Capital hf. hins vegar verðtilboð Stillu ehf. vera sanngjarnt.⁸¹

⁸¹ Álit Saga Capital hf. er hægt að finna á eftirfarandi netslóð: <http://www.mbl.is/media/52/752.pdf> (sótt í febrúar 2009)

Fáir hluthafar samþykktu yfirtökutilboð Eyjamanna ehf. á tilboðstímabilinu eða nánar tiltekið hluthafar sem áttu samtals 0,01% af heildarhlutafé félagsins. Í kjölfar tilboðsins fóru Eyjamenn ehf. því með riflega 50% eignarhlut í félaginu og fóru því bein yfirráð í félaginu. Hluthafar sem áttu 0,12% af heildarhlutfé í Vinnslustöðinni hf. samþykktu tilboð Stillu ehf. Í kjölfarið óskaði stjórn Vinnslustöðvarinnar hf. eftir afskráningu félagsins, í samræmi við vilja Eyjamanna ehf. Í nóvember 2007 samþykkti hluthafafundur Vinnslustöðvarinnar hf. að óskað yrði eftir afskráningu, í kjölfar þess að kauphöllin beindi þeim tilmælum til stjórnar félagsins að leggja slíka tillögu fyrir hluthafafund vegna ágreinings innan félagsins um afskráningu. Í febrúar 2008 ákvað kauphöllin að nýta sér heimild í 2. mgr. 18. gr. eldri laga nr. 34/1998 til að fresta afskráningu félagsins í eitt ár frá því kauphöllinni barst fullbúin greinargerð frá stjórn með rökstuðningi fyrir beiðni um afskráningu. Sambærilega heimild er nú að finna í 2. mgr. 24. gr. laga nr. 110/2007 um kauphallir, en samkvæmt gildandi lögum er ekkert hámark skilgreint á heimild kauphallar til að synja beiðni um afskráningu, telji hún afskráningu geta skaðað hagsmunum hluthafa félagsins.

5. EFTIRLIT OG ÚRRÆÐI EF EKKI ER GERT TILBOÐ

Fjármálaeftirlitið fer með eftirlit með framkvæmd reglna um yfirtöku samkvæmt X. og XI. kafla vskl. Kveðið er á um þessar eftirlitsskyldur í ákvæðum laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi og í ýmsum ákvæðum laganna sem rakin eru hér að ofan. Eins og fyrr segir hefur Fjármálaeftirlitið heimild til að framselja hluta af sínu eftirlitsvaldi til skipulegs

verðbréfamarkaðar, sbr. 1. mgr. 138. gr. vskl. Þessa heimild hefur Fjármálaeftirlitið nýtt að því er varðar eftirlit með reglum um yfirtökur. Samkvæmt yfirlýsingu frá Fjármálaeftirlitinu og NASDAQ-OMX dags. 22. janúar 2009 fylgist kauphöllin þannig með því hvort tilboðsskylda kunni að hafa myndast hjá aðilum vegna viðskipta sem eiga sér stað í gegnum kauphöllina eða ef slíka ályktun má draga af tilkynningum sem birtar eru þar eða í fjölmíðlum.⁸² Er þetta samkomulag í samræmi við 1. mgr. 21. gr. laga um kauphallir nr. 110/2007 þar sem kveðið er á um almennar eftirlitsskyldur kauphalla. Eins og fyrr hefur verið rakið annast kauphöllin jafnframt yfirlestur og staðfestingu tilboðsyfirlita samkvæmt samningi dags. 2. september 2005.

Tilfni þess að mál sé tekið til skoðunar af hálfu Fjármálaeftirlitsins getur verið margskonar. Í fyrsta lagi getur stofnunin tekið mál til rannsóknar af eigin frumkvæði, telji hún hugsanlegt að brotið hafi verið gegn reglum um yfirtökur. Í öðru lagi kann að vera að send sé kvörtun eða athugasemd til stofnunarinnar. Í þriðja lagi er hugsanlegt að skipulegur verðbréfamarkaður eins og NASDAQ-OMX á Íslandi hafi vakið athygli hennar á hugsanlegu broti gegn reglunum. Síðast en ekki síst kann að vera að athugasemd berist frá eftirlitsskyldum aðila, eins og til dæmis frá starfsmönnum fjármála fyrirtækja.

Ef tilboðsskyldur aðili setur ekki fram yfirtökutilboð innan tilboðsfrests eða innan fjögurra vikna frá því að Fjármálaeftirlitið hefur úrskurðað um tilboðsskyldu vegna samstarfs, getur Fjármálaeftirlitið fellt niður allan atkvæðisrétt viðkomandi aðila í félaginu, sbr. 1. ml. 1. mgr. 111. gr. vskl. Samkvæmt 2. mgr. 111. gr. vskl. getur Fjármálaeftirlitið jafnframt fellt atkvæðisréttinn niður fyrr, ef sérstakar

⁸² Yfirlýsingu þessa má nálgast á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi vefslóð: <http://fme.is/?PageID=880> (sótt í febrúar 2009).

ástæður mæla með því. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er ekki fjallað sérstaklega um hvaða aðstæður gætu réttlætt slíkt, en slíkt kæmi væntanlega til álitu ef félagsfundur væri haldinn í viðkomandi félagi á slíku tímabili.⁸³ Samkvæmt 2. ml. 1. mgr. 111. gr. verða slíkir hlutir ekki taldir með við útreikning á því hve miklum hluta hlutafjár farið er með atkvæði fyrir á hluthafafundi. Fjármálaeftirlitið tilkynnir hlutaðeigandi félagi um niðurfellingu atkvæðisréttarins til að fyrirbyggja að til þess geti komið að atkvæðisrétturinn verði nýttur á félagsfundi, sbr. 3. ml. 1. mgr. 111. gr. vskl. Viðkomandi aðila er að því búnu skylt að selja þann eignarhluta sem er umfram yfirtökumörk samkvæmt 100. gr. vskl., í síðasta lagi innan fjögurra vikna frests sem Fjármálaeftirlitið getur í mesta lagi veitt viðkomandi aðila til slíkrar sölu. Sé hluturinn ekki seldur innan þeirra tímamarka er Fjármálaeftirlitinu heimilt að beita viðkomandi aðila dagsektum samkvæmt 11. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Fjármálaeftirlitið getur einnig sett skilyrði um nýtingu atkvæðisréttar í stað þess að fella atkvæðisrétt alfarið niður, sbr. 2. mgr. 111. gr. vskl.

Sé aðili ósáttur við niðurstöðu Fjármálaeftirlitsins um tilboðsskyldu hefur hann val um þrennt:

- i) Í fyrsta lagi getur hann freistað þess að ógilda ákvörðun Fjármálaeftirlitsins. Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins er endanleg á stjórnvöldum og verður hvorki skotið til kærnefndar né ráðherra, sbr. 2. mgr. 18. gr. laga nr. 87/1998. Mál til ógildingar þarf að höfða innan 3 mánaða frá því viðkomandi aðila var tilkynnt um ákvörðun Fjármálaeftirlitsins. Málshöfðun frestar hins vegar ekki réttaráhrifum ákvörðunar, sbr. 2. mgr. 18. gr. laga nr. 87/1998. Í því felst að viðkomandi aðila

væri skylt að birta yfirtökutilboð innan þeirra tímamarka sem skilgreind eru í 100. gr. vskl. og áður hefur verið fjallað um. Heimild til að innheimta dagsektir frestast ekki heldur, nema mál sé höfðað innan 14 daga frá því viðkomandi aðila var tilkynnt um ákvörðunina og óskað sé eftir flýtimeðferð á grundvelli laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Við síðastnefndar aðstæður frestast heimild til innheimtu þar til dómur gengur þótt dagsektir haldi áfram að falla á viðkomandi aðila verði niðurstaða Fjármálaeftirlitsins staðfest fyrir dómstólum, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998.

- ii) Í öðru lagi gæti aðili tekið ákvörðun um að selja eignarhlut sinn niður fyrir tilboðsmörk og losnað þannig undan tilboðsskyldu. Um þessa heimild hafa verið skiptar skoðanir eins og fyrr er rakið, en telja verður að slík heimild sé til staðar samkvæmt gildandi lögum.
- iii) Í þriðja lagi getur aðili tekið ákvörðun um að sætta sig við ákvörðun eftirlitsins og birt yfirtökutilboð.

Brjótí aðili gegn ákvæði 1. mgr. 100. gr. vskl. um tilboðsskyldu getur Fjármálaeftirlitið lagt stjórnvaldssektir á viðkomandi aðila með heimild í 26. tl. 1. mgr. 141. gr. vskl. Brot gegn ákvæðinu getur einnig varðað refsíabýrgð á grundvelli 8. tl. 1. mgr. 145. gr. vskl. Eins og fyrr hefur verið rakið. Sambærileg ákvæði er að finna í 141. gr. og 145. gr. vskl. um brot gegn ýmsum öðrum ákvæðum X. og XI. kafla vskl., sbr. 27-33. tl. 1. mgr. 141. gr. og 9-14. tl. 1. mgr. 145. gr. vskl. Brot gegn ofangreindum ákvæðum sæta eingöngu opinberri rannsókn að undangenginni kæru frá Fjármálaeftirlitinu til lögreglu, sbr. 1. mgr. 148. gr. vskl. Brot geta varðað stjórnvaldssektum eða refsingu hvort sem þau eru framin af ásetningi eða gáleysi, sbr. 4. mgr. 141. gr. og 1. mgr. 147. gr. vskl.

HEIMILDASKRÁ

Tímaritsgreinar og fræðirit:

Davíð Þór Björgvinsson. Lögskýringar. Reykjavík 2008

Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 1. Kaupmannahöfn 2008

Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 2. Kaupmannahöfn 2008

Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004

Ólafur E. Friðriksson. „Yfirtökuvarnir samkvæmt Evrópurétti“. Meistararitgerð skrifuð við lagadeild Háskólans í Reykjavík vorið 2008

Ólafur Lárusson. Kaflar úr kröfurétti. Reykjavík 1948

Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II. Kaupmannahöfn 2008

Páll Sigurðsson. Samningaréttur. Reykjavík 1987

Peer Schaumburg Müller og Erik Werlauf. Børs- og kapitalmarkedsret. Kaupmannahöfn 2008

Róbert R. Spanó. Tulkun lagaákvæða. Reykjavík 2007

Stefan Grundmann og Florian Möslein. „Golden Shares, state control in privatised companies: Comparative law, European law and policy aspects.“ Birt á vef Social Science Research Network (working paper series) í júlí 2003 á eftirfarandi netslóð: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580

Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélag. Reykjavík 2008

Stefán Már Stefánsson. Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir. Reykjavík 2006

Tor Bechmann, Knut Bergo, Jan Bjørnsen, Per Anders Sæhle og Kjersti Tørgard Trøbråten. Verdipapirhandelloven, kommentarutgave. Oslo 2002

Werlauff og Moalem. Værdipapirhandelsloven med Kommentarer. Kaupmannahöfn 2007

Werlauff, Erik. „Samarbejde om kontrollen over et børsnoteret selskab – et udvidet, ufærdigt børsretligt koncernbegreb“. Ufr 2000 B, bls. 601.

Dómar Hæstaréttar:

Hæstaréttardómar í málum nr. 212/2006, 213/2006 og 214/2006 frá 23. nóvember 2006

(Þorbjörn-Fiskanesmál)

Hrd. 1923:509

Dómar héraðsdóms:

Héraðsdómur Reykjaness frá 23. október 2006, mál nr. nr. E-302/2006 (Hampiðjumálið)

Skýrslur:

Jaap Winter o.fl. „Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids.“ Brussel 2002

Skýrsla framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins frá febrúar 2007. Commission of the European Communities. „Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids“. Brussel 2007. Annex I, bls. 12. Skýrsluna má nálgast á eftirfarandi netslóð: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf



Margrét Vala Kristjánsdóttir
dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík.

ERU ÁKVARÐANIR
EINKAREKINNA HÁSKÓLA
UM RÉTTINDI OG SKYLDUR
NEMENDA STJÓRNSÝSLA EÐA
ÁKVARÐANIR Á GRUNDEVELLI
EINKARÉTTAR?

1. INNGANGUR	55
2. REGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR OG SKÓLASTARF	56
2.1. Inngangur	56
2.2. Hvað segja lög og reglur um framhalds- og háskóla um gildissvið reglna stjórnýsluréttar?	58
2.3. Úrlausnir áfryjunaarnefndar kærumála háskólanema	60
3. ÞJÓNUSTUSAMNINGAR OG REGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR	62
3.1. Ákvæði 2. mgr. 30. gr. laga nr. 88/1997	62
3.2. Ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 343/2006	63
3.3. Meginreglur stjórnýsluréttar gilda um stjórnýsluverkefni	64
4. SKÓLASTARF ER STJÓRNSÝSLA	64
5. ÁKVARÐANIR EINKASKÓLA UM RÉTTINDI OG SKYLDUR NEMENDA ERU STJÓRNVALDSÁKVARÐANIR	67
6. RÉTTARÖRYGGI OG ÁBYRGÐ	70
6.1. Löggjöf	70
6.2. Ábyrgð samningsaðila- stjórnvöld og einkaaðilar	71
6.3. Önnur málefnasvið	72
7. NIÐURSTÖÐUR	73

Forseti lagadeildar HR stóð frammi fyrir því að þurfa að taka ákvörðun um brottvísun nemanda fyrir endurtekið gróft svindl á prófi. Í síma sem nemandinn var með í vasanum í prófinu voru skilaboð sem tengdust einni þrófspurningunni. Forseti lagadeildar hafði ákveðið að vísa nemandanum úr skólanum vegna brots á náms- og þrófareglum skólans. Nemandinn var hins vegar staddur fyrir utan skrifstofu hans og vildi fá að skýra málið áður en hann tæki ákvörðun og vísaði til stjórnsýslulaga í því sambandi. Forsetinn taldi engra skýringa þörf og jafnframt að HR væri ekki bundinn af stjórnsýslulögum vegna þess að skólinn væri einkaskóli. Hann afhenti nemandanum því bréf um brottvísun úr skólanum. Nemandinn heldur því fram að andmælaréttur hans samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar hafi ekki verið virtur.

1. INNGANGUR

Á undanförunum árum hefur einkaaðilum í auknum mæli verið falin framkvæmd opinberra verkefna á grundvelli þjónustusamninga.¹ Auk heimilda í sérlögum til gerðar slíkra samninga er ráðherrum og A- hluta stofnunar² veitt almenn heimild til að gera þjónustusamninga í 30. gr. laga nr. 88/1997 um fjárreiður ríkisins. Stjórnvöldum, sem eru bundin af reglum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og meginreglum stjórnsýsluréttar, er m.ö.o. heimilað að fela einkaaðilum sem eru almennt ekki bundnir af þeim reglum, framkvæmd opinberra

verkefna. Þegar slík verkefni felast í þjónustu við borgarana snertir það óneitanlega þann sem viðkomandi þjónustu nýtur. Hagsmunir hans snúa bæði að þjónustunni sem slíkri, efni hennar og gæðum, en einnig að þeim hagsmunum sem njóta verndar samkvæmt reglum stjórnsýsluréttarins.³

Það er viðfangsefni þessarar greinar að skoða hvort og þá á hvaða grundvelli einkaaðilar eru bundnir af reglum stjórnsýsluréttar gagnvart notanda þjónustu við framkvæmd verkefna samkvæmt þjónustusamningi. Í forgrunni umfjöllunarinnar er lögmætisreglan og samningsskyldur einkaaðila annars vegar⁴ og hins vegar eru réttaröryggissjónarmið sem krefjast þess að tilfærsla verkefna til einkaaðila hafi ekki áhrif á opinbera hagsmuni borgarana.

Það er augljóslega mikilvægt að skyldur einkaréttarlegra aðila samkvæmt þjónustusamningum gagnvart notendum viðkomandi þjónustu komi fram í samningi þeirra við stjórnvöld.⁵ Í ljósi lögmætisreglunnar og 30. fjárreiðulaganna er einnig mikilvægt að fram komi með skýrum hætti í lögum ef verkefni einkaaðila samkvæmt slíkum samningum felast að einhverju leyti í töku stjórnvaldsákvæðana. Ef kröfum um efni samnings er ekki sinnt og löggjöf kveður ekki með skýrum hætti á um skyldur einkaaðila gagnvart borgurunum verða spurningar um réttaröryggi þeirra sem

1 Á það m.a. rætur að rekja til þeirrar hugmyndafræði eða stefnu sem nefnd hefur verið nýskipan í opinberum rekstri eða New Public Management, sjá *Stefnu um nýskipan í ríkisrekstri*. Fjármálaráðuneytið 1997, bls. 3-5.

2 Sbr. 3. mgr. 30. gr. laga nr. 88/1997.

3 Sjá t.d. Olesen, Karstein Naundrup, „Varetagelse af offentligtrelige interesser ved udlicitering“ í Henrichsen, Karsten og Blume, Peter (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, Kaupmannahöfn 2006, bls. 403-404.

4 Sjá t.d. UA 4552/2005 þar sem segir að einkaaðilar séu ekki bundnir af reglum stjórnsýslulaga nema slíkt leiði af lögum eða um það sé samið, sjá nánar III. kafla álitins um stjórnsýslureglur og málefni aldraðra.

5 Í þessu sambandi má benda á ummæli umboðsmanns Alþingis um mikilvægi þess að tekin sé afstaða til réttarstöðu borgarana í slíkum samningum í skýrslu umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006, bls. 27.

þjónustunnar njóta áleitnar.⁶ Spurningin sem leitað verður svarað við hér á eftir snýr að því hvort réttaröryggi þeirra sé, þrátt fyrir slíka ágalla, með einhverju móti tryggt með reglum stjórnsýsluréttar.

Í dæmaskyni verður fjallað um þetta viðfangsefni út frá einkaskólum, einkum á háskólastigi. Þessi nálgun er m.a. valin vegna þess að ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda sem teknar eru af opinberum skólum eru stjórnvaldsákvarðanir og lúta ákvæðum stjórnsýslulaga. Sem dæmi um slíkar ákvarðanir má nefna ákvarðanir um inntöku og brottvísun nemenda úr skóla og einkunnagjöf.⁷ Vegna þess að gildissvið stjórnsýslulaga takmarkast við stjórnvöld, sbr. 1. gr. laganna, gilda stjórnsýslulögin ekki um slíkar ákvarðanir skóla sem starfræktir eru af öðrum en ríki og sveitarfélögum. Það vekur spurningu um hvort nemendur í einkareknum háskólum sem starfa á grundvelli viðurkenningar og þjónustusamnings við menntamálaráðherra hafi aðra stöðu gagnvart sínum skólum þegar slíkar ákvarðanir eru teknar en nemendur í ríkisreknum skólum.

Það er niðurstaða í greininni að svo sé ekki. Byggir það fyrst og fremst á eðli verkefnisins sem háskólar hafa með höndum. Þannig er á því byggt að það hlutverk sem einkaskólum er falið með

þjónustusamningum sé í eðli sínu stjórn-sýsla í skilningi 30. gr. fjárreiðulaga. Þess vegna beri slíkum skólum að fara að meginreglum stjórnsýsluréttar við töku ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda sinna.⁸ Í greininni eru reyndar einnig færð fyrir því rök að stjórnsýslulög eigi við um slíkar ákvarðanir. Byggir sú niðurstaða á því að taka stjórnvaldsákvarðana geti verið nauðsynlegur þáttur í framkvæmd verkefnis samkvæmt þjónustusamningum. Heimild þar að lútandi sé því raun innbyggð í viðkomandi verkefni og þurfi því ekki að vera orðuð með beinum hætti í lögum.

Þrátt fyrir framangreindar niðurstöður er horft til þess hvort réttaröryggi notenda opinberrar þjónustu sé nægilega tryggt í gildandi lögum og gerðar tillögur til úrbóta. Í upphafi er hins vegar rétt að víkja nokkrum orðum að gildissviði reglna stjórnsýsluréttar og að því hvað ákvæði laga um grunnframhalds- og háskóla segja um gildi þeirra gagnvart skólastarfi í einkaskólum.

2. REGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR OG SKÓLASTARF

2.1. Inngangur

Þegar stjórnsýsluverkefni eru innt af hendi af stjórnvöldum sjálfum fara tveir höfuðþættir stjórnsýsluhugtaksins saman⁹

6 Carsten Henriksen fjallar um slíka spurningu í „Udlicitering af myndighedsoppgaver – Er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, í Henriksen, Carsten og Blume, Peter (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*. Sjá einnig Karsten Naundrup Olesen í „Varetagelse af offentligtretlige interesser ved udlicitering.“ Umboðsmaður Alþingis hefur einnig vakið athygli á réttaröryggisjónarmiðum í þessu sambandi, sjá t.d. UA 5455/2005 þar sem fjallað er um málefni aldraðra m.t.t. stjórnsýslureglna og UA 4904/2007 um samning viðeinkaaðila um rekstur ferju. Almenna umfjöllun um efnid er einnig að finna í skýrslu umboðsmanns Alþingis fyrir árið 2006, bls. 23-30. Sjá einnig UA 5544/2008 þar sem umboðsmaður fjallaði í frumkvæðismáli um ákvarðanir og framkvæmd af hálfu einkaréttarlegs félags sem sér um m.a. um útleigu félagslegs húsnæðis fyrir hönd sveitarfélags. Í fyrirsparnarbréfi til sveitarfélagsins lýsti umboðsmaður áhyggjum sínum af því þetta fyrirkomulag hefði áhrif á réttarvernd borgaranna á grundvelli stjórnsýslulaga og óskráðra reglna stjórnsýsluréttarins í samskiptum sínum við hið einkaréttarlega félag vegna félagslegs húsnæðis. Svipuð sjónarmið koma fram í UA 4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5055/2007 þar sem vakin var athygli á spurningum um

skyldur einkaaðila sem reka öldrunarstofnanir m.t.t. reglna stjórnsýsluréttar.

7 Sjá t.d. UA 2916/2000 um brottvísun úr skóla, UA 1852/1996 og UA 5649/2009 um einkunnagjöf. Til samanburðar má benda á að ákvörðun um einkunn telst ekki til stjórnvaldsákvæðana í dönskum rétti, sbr. Carsten Henriksen, „Udlicitering af myndighedsoppgaver – er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, bls. 428.

8 Vegna strangra krafna lögmætisreglunnar lagaheimild fyrir íþyngjandi kröfum á borgarna er hér farin sú leið að nálgast viðfangsefnið út frá því hvort umrædd starfsemi telst eðlis síns vegna stjórnsýsla sem færð verður undir ákvæði 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga. Það er einnig spennandi viðfangsefni að greina hvort og þá hvað það er í eðli slíkrar starfsemi sem gæti leitt til þess að einkaréttarlegir aðilar yrðu bundnir af sömu reglum og stjórnvöld sem annars sinnu þeim – án þess að heimfæra það undir lagaákvæði – og hvernig skólastarf fellur þar undir.

9 Um form- og efnismerkingu hugtaksins vísat til Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, Reykjavík 2005, bls. 109-111.

og reglur stjórnsýslulaga eða eftir atvikum meginreglur stjórnsýsluréttar eiga við um framkvæmd viðkomandi verkefnis. Þegar stjórnvöld semja við einkaaðila um að sinna stjórnsýsluverkefnum sínum¹⁰ er skilið þarna á milli, aðilinn sem hefur það með höndum er ekki stjórnvald. Verkefnið sjálft er hins vegar það sama. Framkvæmd þess er í höndum einkaaðila á grundvelli heimildar í sérlögum eða almennrar samningsheimildar 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997. Verkefni samkvæmt slíkum samningum geta falist í þjónustu sem verkkaupi þarf vegna sinnar eigin starfsemi eða þjónustu sem ríkinu er ætlað að veita almenningi eða fyrirtækjum.¹¹ Það er einkum seinni tegundin sem er til umfjöllunar hér, þ.e.a.s. samningar sem stjórnvald gerir við einkaaðila um að þeir veiti þriðja aðila þjónustu í þess stað. Þjónustusamningar sem eru gerðir við einkaaðila um slík verkefni eru því samningar um þjónustu sem annars væri veitt af hálfu stjórnvalds. Er þar oftast um svokallaða þjónustustarfsemi að ræða en með fullnægjandi lagaheimild geta verkefni einnig falist í töku stjórnvaldsákvæðana.

Ýmislegt hefur verið ritað í stjórnsýslurétti um mörkin á milli stjórnvaldsákvæðana og þjónustustarfsemi.¹² Niðurstaðan skiptir máli vegna þess hvernig gildissvið stjórnsýslulaga er afmarkað en þau gilda aðeins um stjórnvaldsákvæðanir stjórnvalda og einkaaðila að því leyti sem þeim hefur með lögum verið falið að taka stjórnvaldsákvæðanir. Í fræðilegri umfjöllun hafa ákvæðanir tengdar kennslu verið notaðar sem dæmi um hvernig greint verður á milli stjórnvaldsákvæðana og

þjónustustarfsemi. Þannig hefur verið litið svo á að kennsla og ákvæðanir sem að henni lúta, sem og ákvæðanir sem snúa að því að halda uppi aga og almennum umgengnisvenjum, teljist til útfærslu eða framkvæmd þjónustu. Ákvörðun um að beita tiltekinn nema agaviðurlögum, þ. á m. ákvörðun um brottvísun úr skóla, telst hins vegar stjórnvaldsákvæðun.¹³ Ákvörðun um inntöku nemenda hefur sömuleiðis verið talin til stjórnvaldsákvæðana. Hið sama gildir um einkunnagjöf.¹⁴ Þessi viðhorf endurspeglast í lögum nr. 91/2008 um grunnskóla, þar sem tilgreindar eru nokkrar ákvæðanir „sem teknar eru um rétt eða skyldu einstakra nemenda vegna skólavistar þeirra og telja má að falli undir gildissvið stjórnsýslulaga nr. 37/1993.“¹⁵ Þar á meðal eru ákvæðanir um brottvísun nemanda úr skóla um stundarsakir eða ótímabundið, sbr. 4. mgr. 14. gr. Þessar ákvæðanir eru kærnanlegar til menntamálaráðherra, sbr. 47. gr. laganna. Þar segir einnig að um þessar ákvæðanir sem og aðrar kærnanlegar ákvæðanir, sbr. 47. gr., gildi ákvæði stjórnsýslulaga. Í grunnskólum ber því að gæta ákvæða stjórnsýslulaga við töku slíkra ákvæðana. Ef vísa á nemanda úr skóla verður því til að mynda að gæta að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og andmælarétti nemandans samkvæmt 13. gr. laganna. Gæta þarf að jafnræðisreglu 11. gr. laganna við inntöku nemenda og ákvörðun um einkunn nemanda telst bindandi þegar hún hefur verið birt og verður því ekki leiðrétt eða breytt nema ákvæði 23. gr. eigi við eða skilyrðum afturköllunar samkvæmt 25. gr. stjórnsýslulaga fullnægt.¹⁶ Allt eru

10 Þ.e.a.s. verkefni sem eru opinber í þeim skilningi að þau snúa að störfum sem stjórnvöld skulu rækja samkvæmt ákvæðum stjórnarskrár eða annarra laga, sbr. Alþt. 116. lp., þskj. 505, 313. mál, athugasemd við 1. gr. frumvarpsins.

11 Sjá stjórnendavefur fjármálaráðuneytisins: <http://www.stjornendavefur.is/stjornun/thjonustusamningar/>

12 Sjá t.d. Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, bls. 163, Gammeltoft- Hansen, Hans, *Forvaltningsret*, Kaupmannahöfn 2002, bls. 33-36, Graver, Hans Petter, o.fl. *Alminnelig forvaltningsrett*, Ósló 2007, bls. 398-402. Carsten Henrichsen, „Udlicitering af myndighedsopgaver— er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, bls. 428 og Revsbech,

Karsten, *Aktuel dansk forvaltningsret – Karakteristiske træk og udviklingstændenser*, Kaupmannahöfn 2008, bls. 111-112.

13 Sjá nánar Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, bls. 164, og Carsten Henrichsen, „Udlicitering af myndighedsopgaver,“ bls. 427.

14 UA 1852/1996 og 5649/2009. Sjá einnig neðanmálsgrein nr. 7.

15 Alþt. 135. lp., þskj. 319, 28. mál, athugasemd við 4. gr. frumvarpsins.

16 UA 5649/2009.

þetta ákvarðanir sem taka þarf í skólastarfi, hvort sem um einkaskóla er að ræða eða skóla á vegum ríkis eða sveitarfélaga og um þær gilda ákvæði stjórnýslulaga, sbr. 1. mgr. 43. gr. laganna.¹⁷

Umfjöllun hér um gildissvið reglna stjórnýsluréttar beinist fyrst og fremst ákvörðunum sem teljast stjórnvaldsákvarðanir þegar þær eru teknar í opinberum skólum. Sú staðreynd að um sömu eða sambærilegar ákvarðanir er að ræða hefur ekki sjálfkrafa í för með sér að reglur stjórnýsluréttar eigi við um þær.¹⁸ Þetta kemur skýrlega fram í álitni umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2830/1999 en þar kemst umboðsmaður að þeirri niðurstöðu að Listaháskóli Íslands sé ekki stjórnvald og reglur stjórnýsluréttar eigi ekki við um ákvarðanir er varða ráðningu starfsfólks til einkaskóla. Slík ákvörðun í málinu hafi ekki falið í sér beitingu opinbers valds til töku ákvörðunar um réttindi og skyldur manna.¹⁹ Þótt slíkar ákvarðanir opinberu skólanna teldust stjórnvaldsákvarðanir og féllu þar með undir gildissvið stjórnýslulaga ætti það ekki við um sömu ákvarðanir skóla sem starfræktir væru á einkaréttarlegum grundvelli. Þetta álit umboðsmanns svarar því hins vegar ekki hvort ákvarðanir sem snerta aðra þætti skólastarfsins geti lotið reglum stjórnýsluréttar þrátt fyrir að það sé í höndum einkaréttarlegs aðila.

Með vísan til þess sem að framan er rakið þarfnast skólastarf á vegum ríkis og sveitarfélaga ekki frekari skoðunar. Þar fer saman stjórnýsla í formlegri og efnislegri merkingu. Opinberir skólar eru stjórnvöld

og þeir sinna skólastarfi samkvæmt þeim lögum sem gilda um hin mismunandi skólastig. Staða þeirra gagnvart reglum stjórnýsluréttar er því skýr, stjórnýslulögin gilda um stjórnvaldsákvarðanir og meginreglur stjórnýsluréttar geta átt við um starfsemina að öðru leyti. Staða annarra skóla en þeirra opinberu er líka skýr að því leyti að þeir eru ekki stjórnvöld²⁰ og lúta því ekki framangreindum reglum nema lög kveði á um annað, sbr. t.d. fyrrnefnd ákvæði laga um grunnskóla. Eftir stendur þá að svara hvort lög um önnur skólastig en grunnskólastigið taka afstöðu að þessu leyti, og hvort gildissvið reglna stjórnýsluréttar ræðst e.t.v. af öðrum lögum en lögum um skólastarf. Fjallað verður um fyrri spurninguna í kafla 2.2 hér á eftir en þá síðari í köflum 3 og 4.

2.2. Hvað segja lög og reglur um framhalds- og háskóla um gildissvið reglna stjórnýsluréttar?

Lög um framhaldsskóla nr. 92/2008 taka til opinberra framhaldsskóla og annarra skóla á framhaldsskólastigi sem hlotið hafa viðurkenningu ráðherra. Samkvæmt lögnum og reglugerð nr. 426/2010 um viðurkenningu einkaskóla á framhaldsskólastigi er það forsenda viðurkenningar að reglur einkaskóla um réttindi og skyldur nemenda uppfylli ákveðnar efnislegar kröfur og þær kröfur eru þær sömu og gerðar eru til opinberu framhaldsskólanna.²¹ Að því er snertir meðferð mála er varða réttindi og skyldur nemenda er þess krafist að skóli sem hlotið

17 Slíkt ákvæði var ekki í eldri lögum um grunnskóla.

18 Sjá nánar Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 126.

19 UA 2530/1999.

20 Rétt er að taka fram hér að það getur þurft að leysa úr því hvort lita beri á einstaka skóla sem stjórnvöld í skilningi stjórnýslulaga, t.d. þegar þeir eru reknir í formi sjálfseignarstofnunar. Við mat á því hefur verið litið til þess hvernig sjálfseignarstofnun hefur verið komið á fót hvort hún hefur aðallega á hendi stjórnýslu, er við framkvæmd hennar bundin af opinberum réttareglum, er háð virku eftirlit annarra

stjórnvalda, hvort hún er rekin fyrir framlög frá ríkinu, áhrif stjórnvalda á daglegan rekstur og hvort stjórn hennar er tilefnd af stjórnvöldum. Í UA 2830/1999 leit umboðsmaður Alþingis til þessara sjónarmiða við athugun á því hvort Listaháskóli Íslands gæti talist stjórnvald. Niðurstaða umboðsmanns var sú að svo væri ekki og réði þar mestu að skólinn var settur á fót með einkaréttarlegum gerningi. Sjá einnig Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 121-122.

21 Sjá nánar 12. gr. laganna og 2., sbr. h-lið 5. gr. reglugerðarinnar.

hefur viðurkenningu leitist við að leysa úr slíkum málum í samræmi við lög og góða stjórnásluhætti, sbr. 4. mgr. 12. gr. laga um framhaldsskóla. Lögini mæla því ekki með beinum hætti fyrir um að stjórnáslulög gildi um ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda, sbr. hins vegar lögini um grunnskóla.²² Þar sem stjórnáslulögini eru þau lög sem gilda um ákvarðanir um réttindi og skyldur borgaranna og þó nærtækt að álykta að framangreind fyrirmæli 12. gr. um að fara skuli að lögum, eigi annars vegar við stjórnáslulög og hins vegar við lög um framhaldsskóla að því leyti sem þau hafa að geyma reglur um málsmeðferð. Vandséð er hvaða lög önnur koma þar til greina. Af lögskýringargögnum er jafnframt ljóst að með þessu ákvæði var leitast við að tryggja nemendum við framhaldsskóla sem starfræktir eru á einkaréttarlegum grundvelli sambærileg réttindi og gilda um nemendur opinberra framhaldsskóla.²³ Af framansögðu verður dregin sú ályktun að lög um framhaldsskóla uppfylli kröfur lögmætisreglunnar að þessu leyti. Verður því ekki frekar fjallað um einkaskóla á framhaldsskólastigi í grein þessari. Í dæmaskyni er þó er vert að geta þess að í skólareglum Verzlunarskóla Íslands, sem er sjálfseignarstofnun,²⁴ undirgengst skólinn málsmeðferðarreglur stjórnáslulaga við meðferð ágreiningsmála.²⁵

Almennur lagarammi um starfsemi háskóla er ákvarðaður með lögum um háskóla nr. 63/2006. Samkvæmt 1. gr. laganna taka þau til allra skóla sem veita æðri menntun er leiðir til prófgráðu á háskólastigi og hafa hlotið viðurkenningu menntamálaráðuneytisins. Í viðurkenningu ráðuneytisins felst staðfesting á því

að starfsemi viðkomandi háskóla sé í samræmi við lög um háskóla og reglur settar á grundvelli þeirra. Eins og í lögum um framhaldsskóla lúta skilyrði fyrir viðurkenningu m.a. að inntökuskilyrðum og réttindum og skyldum nemenda, sbr. e-lið 3. mgr. 3. gr. laga um háskóla. Háskólalögini gera því ráð fyrir að háskólar setji sér reglur um réttindi og skyldur nemenda. Sú krafa er ítrekuð í reglum um viðurkenningu háskóla nr. 1067/2006 og einnig, að því er varðar ríkisháskóla, í 1. mgr. 19. gr. laga nr. 85/2008 um opinbera háskóla.²⁶ Í reglunum um viðurkenningu háskóla segir að reglur háskólanna um réttindi og skyldur nemenda skuli taka mið af málsmeðferðarreglu 20. gr. laga um háskóla, en hún kveður á um málskot til áfrýjunarnefndar í kærumálum háskólanema og meðferð kærumála. Síðan segir í reglunum um viðurkenningu háskóla að reglur ríkisrekinnna háskóla skuli vera í samræmi við stjórnáslulög nr. 37/1993. Reglur annarra háskóla eigi hins vegar að vera í samræmi við málefnalega stjórnáslu og meginreglur stjórnásluréttar eftir því sem við geti átt.

Í lögum um háskóla er hvorki vísað til stjórnáslulaga, eins og gert er í lögum um grunnskóla, né hafa þau sambærilega tilvísun og lög um framhaldsskóla um meðferð mála um réttindi og skyldur nemenda. Tilvísun til reglna stjórnásluréttarins er, eins og áður hefur komið fram, í reglum um viðurkenningu háskóla. Þótt reglurnar vísi ekki til laga um háskóla að þessu leyti og skýri ekki nánar hvað í þeim felst virðast þær í raun hafa haft áhrif á reglur einstakra skóla sem sumir hverjir hafa tekið slíkar skuldbindingar upp í reglur sínar um réttindi og skyldur nemenda. Í 5. kafla

22 Hvorki lögini né lögskýringargögn skýra fyllilega muninn á skólastigunum að þessu leyti þótt vísað sé til ábyrgðar sveitarfélaga á að börn sinni skólaskyldu og eigi þess kost að ganga í grunnskóla í lögskýringargögnum með grunnskólalögum, sjá athugasemd við 43. gr. frumvarps þess er varð að grunnskólalögum, Alþt. 135. lþ., þskj. 319, 285. mál.

23 Alþt. 135. lþ., þskj. 319, 285. mál.

24 Sjá skipulagsskrá fyrir sjálfseignarstofnun Verzlunarráðs Íslands um viðskiptamenntun. Aðgengileg á heimasíðu Verzlunarskóla Íslands: <http://www.verslo.is/skolinn/skipulagsskra/>

25 Sjá skólareglur Verzlunarskóla Íslands, grein 10.5. Aðgengilegt á: <http://www.verslo.is/skolinn/skolareglur/>

26 Sjá 51. gr. reglna fyrir Háskóla Íslands nr. 569/2009.

reglugerðar fyrir Háskólann í Reykjavík, sem er hlutafélag, segir t.d. að háskólinn hafi málefnalega stjórnýslyu að leiðarljósi í samskiptum við nemendur. Jafnframt, að við ákvarðanir sem varða réttindi og skyldur nemenda skuli, eftir því sem við eigi, gæta meginreglna stjórnýsluréttar og góðra stjórnýsluhátta við ákvarðanir sem varða réttindi og skyldur nemenda.²⁷ Þetta er ítrekað í almennum náms- og prófareglum skólans.²⁸ Reglur Háskólans í Reykjavík endurspeglar því ákvæði reglna menntamálaráðuneytisins um viðurkenningu háskóla.²⁹

Áfrýjunarnefnd kærumála háskólanema hefur vísað til skuldbindinga sem felast í eigin reglum skóla tekið afstöðu til málsmeðferðar á grundvelli þeirra.³⁰ Hér vaknar hins vegar sú spurning hvort einkaskólar á háskólastigi séu bundnir af þessum reglum án sérstakrar skuldbindingar af þeirra hálfu. Yrði Háskólinn í Reykjavík t.d. óbundinn af þeim ef framangreind ákvæði í reglum skólans yrðu felld niður? Í næsta kafla verður vikið að því hvernig áfrýjunarnefnd í kærumálum háskólanema hefur leyst úr slíkum málum og á hvaða grundvelli.

2.3. Úrlausnir áfrýjunarnefndar kærumála háskólanema

Í máli áfrýjunarnefndar í kærumálum háskólanema nr. 1/2010,³¹ var m.a. fjallað um

það hvort málsmeðferð tiltekinnar deildar Háskólans í Reykjavík hafi verið í samræmi við lög og góða stjórnýsluhætti. Í niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar er vísað til þess að bera megi undir nefndina hvort málsmeðferð háskóla hafi verið í samræmi við lög og góða stjórnýsluhætti, sbr. síðari málslið 20. gr. laga nr. 63/2006. Jafnframt er vísað til fyrrnefndra fyrimæla reglna nr. 1067/2006 um viðurkenningu háskóla, um það að reglur háskóla sem ekki eru ríkisreknir, skuli vera í samræmi við málefnalega stjórnýslyu og meginreglur stjórnýsluréttar, eftir því sem við eigi.³² Á þeim grundvelli taldi áfrýjunarnefndin „ljóst að Háskólinn í Reykjavík [væri] bundinn af meginreglum stjórnýsluréttar við ákvarðanatöku er varðar réttindi og skyldur nemenda skólans.“³³ Í niðurstöðu nefndarinnar segir jafnframt að við mat á því hvort kærandi hafi notið málsmeðferðar í samræmi við góða stjórnýsluhætti sé rétt að taka mið af meginreglum stjórnýsluréttarins, m.a. eins og þær birtast í stjórnýslulögum nr. 37/1993. Af úrskurði áfrýjunarnefndarinnar verður ráðið að einkaskólar á háskólastigi séu bundnir af meginreglum stjórnýsluréttar á grundvelli reglna menntamálaráðuneytisins um viðurkenningu háskóla.³⁴

Áfrýjunarnefnd í kærumálum háskólanema hefur í raun ekki fjallað um mörg mál nemenda í einkareknum háskólum. Athygli vekur að í máli frá árinu 2004³⁵ taldi nefndin,

²⁷ <http://www.hr.is/haskolinn/reglugerd-hr/>

²⁸ <http://www.hr.is/haskolinn/nams--og-profareglur/>, sjá grein 7 um málsmeðferð og kæruleiðir.

²⁹ Sambærilegt ákvæði er ekki í reglugerð Háskólans á Bifröst, sem er sjálfseignarstofnun. (Sjá samþykktir á heimasíðu Háskólans á Bifröst: <http://bifrost.is/isenska/um-haskolann/stjornsysla-og-skipulag/samthykktir/>) Í 51. gr. reglugerðar Háskólans á Bifröst kemur þó fram að háskólaráð setji reglur um réttindi og skyldur nemenda, þar á meðal um málskotsrétt þeirra innan háskólans (<http://bifrost.is/isenska/um-haskolann/stjornsysla-og-skipulag/reglugerd/>) Ekki er frekar kveðið á um efni slíkra reglna. Í dæmaskyni má einnig benda á 26. gr. reglna Listaháskóla Íslands, sem er sjálfseignarstofnun (sjá <http://lhi.is/skolinn/skipulag-og-stjornsysla/skipulagsskra/>) þar sem fjallað er um meðferð agabrota (sjá <http://lhi.is/skolinn/log-og-reglur/reglur-lhi-2010-2011/>).

³⁰ Hér má nefna úrskurð áfrýjunarnefndar í kærumálum

háskólanema, í máli nr. 3/2010, dags. 14. september 2010. Nefndin vísar til reglugerðar fyrir Háskólann í Reykjavík þar sem fram komi að háskólinn hafi málefnalega stjórnýslyu að leiðarljósi í samskiptum við nemendur og að við ákvarðanir sem varði réttindi og skyldur nemenda skuli eftir því sem við eigi gæta meginreglna stjórnýsluréttar og góðra stjórnýsluhátta. Síðan er skoðar nefndin hvort tiltekin atriði í meðferð málsins hafi verið í samræmi við þessar reglur.

³¹ Mál nr. 1/2010, dags. 12. júlí 2010.

³² Sjá 2-lið 2. gr. reglna nr. 1076/2006 um viðurkenningu háskóla.

³³ Mál nr. 1/2010, dags. 12. júlí 2010.

³⁴ Sjá einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í kærumálum háskólanema í máli nr. 3/2008, dags. 23. júní 2008.

³⁵ Úrskurður áfrýjunarnefndar í kærumálum háskólanema í máli nr. 1/2004. Úrskurðurinn var kveðinn upp í tíð eldri laga um háskóla nr. 136/1997 og fyrir tíð reglna nr. 1076/2006 um viðurkenningu háskóla.

án frekari skýringa, að stjórnáskóla giltu um ákvarðanir í slíkum málum þrátt fyrir að engin ákvæði væru í þágildandi lögum um háskóla þar að lútandi. Úrskurðirnir tveir frá árinu 2010 sem vísað eru til hér að framan eru kveðnir upp eftir gildistöku laga nr. 63/2006 um háskóla og reglna nr. 1067/2006 um viðurkenningu háskóla. Í þeim er fjallað um málsmeðferð viðkomandi skóla á grundvelli meginreglna stjórnáskóla og vísað til 20. gr. laganna og aðarnefnds ákvæðis viðurkenningarreglnanna. Gefur það tilefni til að skoða nánar lagagrundvöll meintrar skyldu skólanna að þessu leyti, þ.e.a.s. hvort hún verði dregin af 20. gr. háskólaaganna.

Í 2. mgr. 20. gr. laga um háskóla er tekið fram að um málskot til áfrýjunarnefndarinnar gildi ákvæði VII. kafla stjórnáskóla, auk þess sem nemandi sé heimilt að bera undir nefndina hvort málsmeðferð háskóla á skriflegu erindi hans hafi verið í samræmi við lög og góða stjórnáskólahætti, sbr. lokamálslið 2. mgr. 20. gr. Að öðru leyti er ekki vísað til reglna stjórnáskóla í lögnum. Verður áskilnaður um að einkareknir háskólar hagi málsmeðferð og ákvörðunum í málum um réttindi og skyldur nemenda í samræmi við reglur stjórnáskóla byggðar á tilvísun í viðurkenningarreglunum til laga og góðra stjórnáskólahátta annars vegar og hins vegar fyrirmælum um að málskot til áfrýjunarnefndarinnar skuli fara eftir VII. kafla stjórnáskóla.³⁶

Í fyrsta lagi byggir 20. gr. laga um háskóla á kröfu 19. gr. laganna um að háskólar setji sér reglur, án frekari fyrirmæla um efni þeirra. Í öðru lagi snýr þetta ákvæði að kærueimild til áfrýjunarnefndarinnar. Reglur sem háskólar setja sér um réttindi og skyldur nemenda eiga því að mæla fyrir um að

ákvarðanir þar að lútandi séu kærnanlegar og að reglur um málskot samræmist ákvæðum VII. kafla stjórnáskóla. Í því sambandi er sérstaklega tekið fram að málskotsrétturinn sé háður því að endanleg ákvörðun háskóla um réttindi og skyldur liggja fyrir. Ekki verður séð að ákvæði 2. mgr. 20. gr. feli í sér fyrirmæli um að reglur einkaháskóla um réttindi og skyldur eigi að vera í samræmi við önnur ákvæði stjórnáskóla en þau sem lúta að málskoti til æðra setts stjórnvalds. Af athugasemd við 20. gr. frumvarps þess er varð að háskóla lögum er tekið fram að ákvæðinu sé ætlað að styrkja réttarstöðu nemenda frá gildandi lögum á þann veg háskóla ráðum beri að setja reglur um réttindi og skyldur nemenda, þ.m.t. um málskotsrétt þeirra innan háskóla.³⁷ Þetta þýðir að þeim beri að setja reglur, en efnislega eru aðeins fyrirmæli að því er snertir málskotsréttinn. Tilvísun ákvæðisins til laga og góðra stjórnáskólahátta snúa einnig að málskotsréttinum. Þar segir „þó er nemandi heimilt að bera undir nefndina hvort málsmeðferð háskóla á skriflegu erindi hans hafi verið í samræmi við lög og góða stjórnáskólahætti, og skal nefndin þá veita álit sitt um það efni.“ Hér má velja því upp hvort þessi almenna tilvísun til laga eigi við stjórnáskóla, þ.e.a.s. að áfrýjunarnefndin eigi að skoða hvort meðferð háskóla hafi verið í samræmi við þau lög og góða stjórnáskólahætti. Segja má á að það skjóti skökku við að nefndin eigi að taka afstöðu til þess hvort málsmeðferð samræmist umræddum reglum ef viðkomandi skóla er ekki bundinn af slíkum reglum. Hins vegar verður að telja að ákvæðið sé tæplega nægilega skýrt til að sá skilningur verði lagður í ákvæðið. Lögmætisreglan krefjist skýrari afstöðu í lögum til þessa. Það verður

36 Rún Knútsdóttir, *Gildissvið stjórnáskóla reglna gagnvart einkaáskólum sem falið er að veita lögbundna þjónustumenntun og öldrunarþjónusta*. Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði. Háskóli Íslands, júní 2010. Í ritgerðinni segir að þessar tilvísanir megi skilja þannig að vísað sé til stjórnáskóla enda hafi lögin sjálf ekki að geyma málsmeðferðarreglur um

töku slíkra ákvarðana, bls. 60.

37 Alþt. 132. Íþ. þskj. 654, 433. mál.

heldur ekki fram hjá því lítið að orðalag ákvæðisins, „þó er nemandi heimilt að bera undir nefndina“, og samhengi þess við næsta málslið á undan, um að endanleg ákvörðun verði að liggja fyrir, bendir til þess að um sé að ræða undantekningu frá því að endanleg ákvörðun um rétt og skyldu nemandi liggja fyrir áður en máli verði vísað til áfrýjunarnefndarinnar. Nefndin geti fjallað um hvort meðferð máls, áður en endanleg ákvörðun liggur fyrir, samræmist lögum og góðum stjórnsýsluháttum.

Samkvæmt framansögðu er hæpið að ákvæði 20. gr. krefjist þess að aðrir háskólar en opinberir háskólar setji sér reglur sem samræmist ákvæðum stjórnsýslulaga umfram málskotsreglurnar. Enn síður verður ákvæðið skilið svo að það mæli fyrir um að meðferð mála um réttindi og skyldur lúti ákvæðum stjórnsýslulaga. Samkvæmt framansögðu verður ekki séð að fyrirmæli í reglum menntamálaráðuneytisins um viðurkenningu háskóla eigi stöð í ákvæði 2. mgr. 20. gr. laga um háskóla nema að því er snertir reglur um málskot til æðra setts stjórnvalds. Þau skapa því ekki skyldur umfram það. Þótt úrskurðir áfrýjunarnefndar kunni að endurspeglar skuldbindingar sem háskólar kunna að hafa tekist á hendur í eigin reglum og/eda í þjónustusamningum við menntamálaráðuneytið svara þeir því ekki spurningum um skyldur háskóla gagnvart reglum stjórnsýsluréttar. Ef um slíkar skyldur er að ræða er grundvöllur þeirra einhver annar. Kemur þá til skoðunar hvort hann er að finna í heimild 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997 til að fela einkaréttarlegum aðilum verkefni með þjónustusamningi.

3. ÞJÓNUSTUSAMNINGAR OG REGLUR STJÓRNSÝSLURÉTTAR

3.1. Ákvæði 2. mgr. 30. gr. laga nr. 88/1997

Í 1. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997 er, eins og áður hefur komið fram, kveðið á um heimild til að framselja opinber verkefni á grundvelli þjónustusamnings. Í 2. mgr. 30. laganna er settur sá fyrirvari við samningsheimild 1. mgr., að einkaaðilum verði ekki með þjónustusamningi falið opinbert vald til að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur manna nema sérstök heimild sé til þess í lögum. Þetta er ítrekað í 1. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 343/2006 um samninga um rekstrarverkefni sem ráðuneyti og ríkisstofnanir gera til lengri tíma en eins árs. Aðgreining á milli stjórnvaldsákvæðana og þjónustustarfsemi hefur því þýðingu að því er snertir gerð þjónustusamninga við einkaaðila að því leyti að almenna heimildin til samningsgerðar dugar ekki til þess að fela samningsaðila stjórnvalds að taka stjórnvaldsákvæðanir. Slík heimild þarf að koma fram í viðkomandi lögum. Lögmætisreglan gerir væntanlega sömu kröfur til þess þegar stjórnsýsluréttarlegar skyldur eru lagðar á slíkan aðila.

Þessi aðgreining hefur einnig þýðingu að því er snertir gildissvið reglna stjórnsýsluréttar en í 2. málslið 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga segir að: „séu slíkir samningar gerðir skulu ákvæði stjórnsýslulaga og upplýsingalaga, sem og almennar meginreglur stjórnsýsluréttar, gilda um þá stjórnsýslu sem verktaki tekur að sér að annast.“ Ákvæðið er óljóst að því leyti að ekki kemur skýrt fram hvort orðalagið „séu slíkir samningar gerðir“ vísar almennt til samninga samkvæmt 30. gr., eða eingöngu til þeirrar tegundar samninga sem fela einkaaðila að taka stjórnvaldsákvörðun.³⁸

38 Sjá einnig Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, bls. 294.

Ef seinni skýringarkosturinn er réttur er ljóst að einkaaðilar eru ekki bundnir af umræddum reglum nema ef lagaheimild til töku stjórnvaldsákvæðana er fyrir að fara. Í ritinu Hæfisreglur stjórnvæðingalaga færir Páll Hreinsson rök fyrir því, með vísan til lögskýringargagna og orðalags ákvæðisins, að fyrri skýringarkosturinn eigi við. Orðalagið bendi til þess að það takmarkist ekki við stjórnvaldsákvæðanir heldur eigi við um þá stjórnvæðingalaga sem verktaki taki að sér að annast.³⁹ Þá bendir Páll á að lögð hafi verið áhersla á það við umfjöllun um þetta ákvæði frumvarps til fjárreiðulaga á Alþingi að gerð þjónustusamnings hefði ekki áhrif á réttarstöðu notenda þeirrar þjónustu sem slíkir samningar kunni að taka til. Staða þeirra verði að vera sú sama hvort sem þjónusta sé veitt af hálfu ríkisstofnunar eða einkaaðila sem tekur að sér að veita hana.⁴⁰ Framangreindur málsliður 2. mgr. 30. gr. taki því almennt til stjórnvæðingalaga og því gildi almennar meginreglur stjórnvæðingalaga um þjónustustarfsemi og aðra stjórnvæðingalaga sem verktaki tekur að sér að annast.⁴¹ Sé þessi skýringarkostur lagður til grundvallar, á tilvísun til meginreglnanna við um alla stjórnvæðingalaga sem felst í verkefni einkaaðila. Tilvísunin til stjórnvæðingalaganna á hins vegar við þegar honum hefur með lögum verið falið að taka stjórnvaldsákvæðanir, enda takmarkast gildissvið þeirra við þá tegund stjórnvæðingalaga. Tulkun þessa ákvæðis fjárreiðulaganna gegnir því lykilhlutverki í athugun á hvort og að hvaða marki reglur stjórnvæðingalaga geta átt við um framkvæmd þeirra verkefna sem þjónustusamningur lýtur að þegar svo háttar að lög kveða ekki sérstaklega á um heimild til töku stjórnvaldsákvæðana.

3.2. Ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 343/2006

Þegar þjónustusamningar samkvæmt 30. gr. laga nr. 88/1997 eru gerðir þarf að fylgja öðrum ákvæðum 30. gr. um undirbúning, gerð og framkvæmd samningsins. Þar er ekki sérstaklega vikið að skyldum einkaaðilans samkvæmt reglum stjórnvæðingalaga.⁴² Það er hins vegar gert í reglugerð nr. 343/2006 um samninga um rekstraverkefni sem ráðuneyti og ríkisstofnanir gera til lengri tíma en eins árs. Í 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar segir, að ef verkkaupi ætlast til að verksali taki að sér stjórnvæðingalaga þá skuli taka fram í samningi að ákvæði stjórnvæðingalaga og upplýsingalaga sem og almennar reglur stjórnvæðingalaga gildi um stjórnvæðingalagaþátt verkefnisins. Þetta ákvæði reglugerðarinnar virðist taka af skarið um að reglur stjórnvæðingalaga gildi þegar verkefni samkvæmt þjónustusamningi telst til stjórnvæðingalaga. Ekki verður séð að það takmarkist við stjórnvaldsákvæðanir. Reglugerðarákvæðið er að þessu leyti í samræmi við fyrri skýringarkostinn á 2. mgr. 30. gr. sem vikið var að hér að framan. Ef sá skýringarkostur er lagður til grundvallar ber einkaaðilanum að virða þessa skyldu við framkvæmd allra stjórnvæðingalagaþátta samningnum og því eðlilegt að hnykkt sé á henni í samningi aðila enda stuðla slík vinnubrögð að því að honum og notendum viðkomandi þjónustu séu ávallt ljósar skyldur hans að þessu leyti. Ef hinn skýringarkosturinn er lagður til grundvallar, þ.e.a.s. að tilvísun til „slíkra samninga“ vísi aðeins til samninga á grundvelli lagaheimildar til töku stjórnvaldsákvæðana, verður ekki séð að einkaaðila sé, þrátt fyrir ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar, skilyrðislaust skylt að gangast undir og virða

39 Sama heimild, bls. 294.

40 Sama heimild, bls. 294. Sjá einnig Alþt. 121. lþ., þskj. 103 og 1102, 100. mál.

41 Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnvæðingalaga*, bls. 294-295.

42 Í samningi skal m.a. skilgreina umfang og gæði þeirrar

þjónustu sem ríkissjóður kaupir, samningstíma, greiðslur úr ríkissjóði, eftirlit með þjónustu og meðferð ágreiningsmála, sbr. 5. mgr. 30. gr. fjárreiðulaganna.

umræddar reglur nema lög kveði sérstaklega á um slíka skyldu. Reglugerðarákvæðið, sem hefur víðara gildissvið, skortir þá viðhlitandi lagagrundvöll. Ákvæðið getur engu að síður haft þau áhrif að ákvæði um að samningsaðili stjórnvaldsins skuli gæta málsmeðferðar- og efnisreglna stjórnvæðisráttarins rati inn í efnis samningsins og skapi honum skyldur á þeim grundvelli. Vanræki stjórnvaldið skyldu sína samkvæmt reglugerðarákvæðinu að koma slíkum skuldbindingum til leiðar verður hann hins vegar ekki bundinn.

3.3. Meginreglur stjórnvæðisráttar gilda um stjórnvæðisráttarverkefni

Samkvæmt framansögðu hefur ákvæði 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga vakið nokkrar spurningar m.t.t. gildissviðs reglna stjórnvæðisráttar gagnvart einkaaðilum sem starfa á grundvelli þjónustusamnings. Skýring þessa ákvæðis hefur verulega þýðingu fyrir afmörkun gildissviðs reglna stjórnvæðisráttar við framkvæmd verkefna einkaaðila samkvæmt þjónustusamningi. Ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 343/2006 hefur ekki þýðingu nema lagaákvæðið verði skýrt á þann veg sem gefur reglugerðarákvæðinu lagastoð. Áður er víkið að rökum sem færð hafa verið fyrir því að ákvæðið taki til allrar stjórnvæðisráttar sem í verkefninu kunna að felast.⁴³ Einnig virðist eðlilegt að lesa orðin „séu slíkir samningar gerðir“ í samhengi við tilvísun seinni málsliðar. 2. mgr. til samnings samkvæmt 1. mgr. 30. gr., sem veitir heimildina til gera þjónustusamninga. Fyrri málsliðurinn virðist fyrst og fremst takmarka samningsheimildina að því er snertir heimild til að fela einkaaðila að taka stjórnvæðisráttarverðun vegna lögmætis-

reglunnar. Ef seinni málslið. 2. mgr. væri ætlað að takmarkast við slíka samninga væri eðlilegt að þar væri kveðið á um að tilvitnuð lög og meginreglur giltu um samninga sem byggðu á slíkri heimild. Í því tilviki væri reyndar óþarfi að vísa til meginreglna stjórnvæðisráttarins vegna þess að stjórnvæðisráttarinn myndu gilda um lögheimilar stjórnvæðisráttarinnar. Jafnframt er vandséð að fyrirmæli um að þessar reglur giltu um stjórnvæðisráttar sem verktaki tæki að sér að annast, hefðu nokkra þýðingu enda tæki skyldan til að hlíta þeim aðeins til stjórnvæðisráttarinnar. Niðurstaðan hlýtur því að vera sú að orðalagið „þegar slíkir samningar eru gerðir“ eigi við þjónustusamninga samkvæmt 1. mgr. 30. gr. en takmarkist ekki við samninga sem fyrirvarinn í fyrri málslið 2. mgr. tekur til. Slík skýring er einnig í samræmi við ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar og veitir henni þá lagastoð. Samkvæmt framangreindu gilda stjórnvæðisráttarverkefni um stjórnvæðisráttarinn einkaaðila sem er falið að taka samkvæmt þjónustusamningi og lagaheimild en meginreglur stjórnvæðisráttar um aðra stjórnvæðisráttarverkefni viðkomandi verkefnis á grundvelli 2. mgr. 30. fjárreiðulaga.⁴⁴ Hér má nefna að í nýju frumvarpi til upplýsingalaga er tekið af skarið í þessum efnunum og gildissvið laganna rýmkað þannig að þau taki til þjónustu sem einkaaðilum er falið að veita á grundvelli þjónustusamninga og takmarkist því ekki við sérstakar heimildir til töku stjórnvæðisráttarinnar.⁴⁵ Í athugasemd við 3. gr. frumvarpsins er tekið fram að þar sé í reynd fylgt þeirri reglu sem telja megi felast í 2. mgr. 30. gr. laga nr. 88/1997 um fjárreiður ríkisins.⁴⁶

⁴³ Sbr. Páll Hreinsson, *Hæfisesreglur stjórnvæðisráttar*, bls. 294.

⁴⁴ Sjá einnig Karsten Naundrup Olesen, „Væretagelse af offentligtretlige interesser ved udlicitering“, bls. 407. Þar er sama niðurstaða um gildissvið meginreglna stjórnvæðisráttar gagnvart opinberri þjónustustarfssemi einkaaðila. Er sú ályktun dregin af dómaframkvæmd og álitum umboðsmanns danska þjóðþingsins. Er hún að því leyti frábrugðin umfjölluninni

hér að ekki virðist gerð krafa um að stjórnvæðisráttarlegar skyldur einkaaðila byggi á lagaheimild. Hins vegar er á það bent að tryggja megi réttindi notanda þjónustu gagnvart einkaaðilanum með lögum.

⁴⁵ Alþt. 139. þ., þskj. 502, 381. mál, sjá 3. gr. frumvarpsins.

⁴⁶ Sama heimild. Almennar athugasemdir og athugasemdir við 3. gr. frumvarpsins.

4. SKÓLASTARF ER STJÓRNSÝSLA

Samkvæmt niðurstöðu kafla 3 geta meginreglur stjórnsýsluréttar átt við um stjórnsýsluþætti verkefna einkaaðila samkvæmt þjónustusamningi. Er þá komið að því að skoða hvernig þessi niðurstaða horfir við skólastarfi.⁴⁷ Að því er meginreglurnar snertir þarf að taka afstöðu til þess hvort skólastarf á háskólastigi sé stjórnsýsluverkefni í skilningi 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga. Í kafla 5 snýst umfjöllunin um það hvort einkaskólar á háskólastigi séu jafnvel bundnir af stjórnsýslulögum þótt lög um háskóla feli þeim ekki berum orðum að taka stjórnvaldsáskvarðanir.

Eins og áður hefur komið fram er gildissvið meginreglna stjórnsýsluréttarins víðtækara en gildissvið stjórnsýslulaga. Jafnvel þótt háskóla lög mæli ekki fyrir um heimild einkaskóla til tóku stjórnvaldsáskvarða útilokar það ekki að reglur stjórnsýsluréttarins eigi við um stöðu nemenda í einkaskólum.⁴⁸ Af ríkri áherslu á kröfur lögmætisreglunnar þegar lagðar eru skyldur á einkaaðila verður ráðið, að stjórnsýsluréttarlegar kröfur verði aðeins lagðar á einkaaðila að fyrir því sé lagaheimild. Á þeim grundvelli lýtur umfjöllunin hér m.t.t. gildissviðs meginreglna stjórnsýsluréttar að hvort skólastarf telst stjórnsýsla, sbr. 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga.

Það er alveg ljóst að starfsemi háskóla

sem starfræktir eru á einkaréttarlegum grundvelli telst ekki stjórnsýsla í formmerkingu þess hugtaks.⁴⁹ Það sem hér er til skoðunar er hvort hún er stjórnsýsla í efnismerkingu. Stjórnsýsla í efnismerkingu hefur verið skilgreind sem meðferð stjórnvalda á framkvæmdarvaldi,⁵⁰ þ.e.a.s. valdi „til þess að sjá um framkvæmd á þeim störfum og verkefnum sem stjórnarskrá og lög mæla fyrir um eða byggja á að stjórnvöld skuli rækja.“⁵¹ Hér er því um að ræða spurninguna um hvort skólastarfsemi einkaskóla fari fram á grundvelli slíks valds eða á grundvelli einkaréttar.

Í 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, nr. 44/19933, sbr. 2. mgr. 14. gr. stjórnarskipunarlaganna nr. 97/1995, eru fyrir mæli um að öllum skuli í lögum tryggður réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi. Ákvæðið leggur þá skyldur á íslenska ríkið að tryggja réttinn til menntunar í löggjöf og að sú löggjöf tryggi þennan rétt í reynd.⁵² Þessari skyldu hefur verið fullnægt með löggjöf um grunn- og framhaldsskóla og einnig um háskóla. Þótt ákvæði 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar taki ekki til háskólamenntunar⁵³ hefur löggjafinn sett lög sem tryggir öllum rétt til aðgangs að slíkri menntun. Lögin um grunn- og framhaldsskóla gera ráð fyrir að skólastarf fari fram á vegum ríkis og sveitarfélaga en heimila, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, að öðrum skólum

⁴⁷ Eins og fram kemur í kafla 2.3 hefur áfrýjunarnefnd í kærumálum háskólanema beitt meginreglum stjórnsýsluréttar með vísan til reglugerðar nr. 343/2006 og til skuldbindinga viðkomandi háskóla í eigin reglum. Þótt það komi ekki sérstaklega fram verður af þeirri niðurstöðu ráðið að nefndin byggji á því að ákvæði 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997 veiti reglugerðinni lagastöð.

⁴⁸ Woxholth, Geir, *Forvalningsloven med kommentarer*, Ósló 2009, bls. 58.

⁴⁹ Sjá nánar Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, bls. 109.

⁵⁰ Sama heimild, bls. 109.

⁵¹ Sama heimild, bls. 110.

⁵² Sjá nánar H. 125/2000. Einnig vísast til umfjöllunar um 76. gr. stjórnarskrárinnar í Rún Knútsdóttir, *Gildissvið stjórnsýslureglna gagnvart einkaaðilum sem falið er að veita lögbundna þjónustu – menntun og öldrunarþjónusta*, bls. 37-

44.

⁵³ Sbr. athugasemd við 14. gr. frumvarps þess er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Þar er almennt menntun skilgreind þannig að um sé að ræða aðra menntun en sérnáam, s.s. háskólanám og annað sérhæft framhaldsnám. Alþt. 119. lþ., þskj. 119, 142. mál. Í þessu sambandi má benda á að ákvæði 2. gr. 1. Samningsviðauka Mannréttindasáttmála Evrópu tekur einnig til háskólanáms innan gildissviðs réttarins til menntunar samkvæmt sáttmálanum. Sjá nánar Ragnheiður Elfa Þorsteinsdóttir, „Réttur til menntunar og frjálsra kosninga“ í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.) *Mannréttindasáttmáli Evrópu*. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt, Reykjavík 2005, bls. 511.

verði veitt viðurkenning til kennslu. Lög um háskóla eru ekki frábrugðin að þessu leyti. Skólastarfsemi er því opinbert verkefni „sem lög mæla fyrir um eða byggja á að stjórnvöld skuli rækja“ og því stjórnýssla í efnislegri merkingu hugtaksins.⁵⁴

Þegar þessi starfsemi er í höndum ríkis og sveitarfélaga fara báðir höfuðþættir stjórnýsluhugtaksins saman og lýtur því reglum stjórnýsluréttar. Samkvæmt lögum um grunnskóla, nr. 91/2998 eru ákvarðanir um réttindi og skyldur grunnskólanema stjórnvaldsákvarðanir og lúta ákvæðum stjórnýslulaga. Rekstrarformið skiptir ekki máli í því sambandi. Sömu sjónarmið liggja að baki lögum um framhaldsskóla nr. 92/2008. Hér hefur löggjafinn því ekki aðeins tryggt réttinn til menntunar, heldur einnig að reglur stjórnýsluréttar skuli gilda um skólastarfið. Lög um háskóla eru frábrugðin lögum um grunnskóla og lögum um framhaldsskóla að þessu leyti. Þótt nám á háskólastigi sé ekki skyldunám og lög um háskóla mæli ekki sérstaklega fyrir um gildissvið reglna stjórnýsluréttar við töku ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda einkaskóla verður ekki fram hjá því litið að enginn eðlismunur er á þessum ákvörðunum á milli skólastiga eða eftir því hvaða rekstrarform er á þeim skóla sem þær tekur. Einnig verður að hafa í huga að háskólar eru hluti af opinberu skólakerfi landsins⁵⁵ og það kerfi gerir ráð fyrir bæði opinberum skólum og einkaskólum. Þótt sérstök lög gildi um opinbera háskóla, lög nr. 85/2008, eru allar reglur um faglegan grundvöll háskólastarfs í lögum um háskóla nr. 63/2006, sem gilda um alla skóla sem veita æðri menntun er leiðir til prófgráðu á háskólastigi og hlotið hafa

viðurkenningu menntamálaráðuneytis, eins og segir í 1. gr. laganna. Verður því ekki séð að eðli skólastarfs í einkaskólum sé annað en í opinberum háskólum. Það lýtur sömu lögum, hlutverk allra háskóla er það sama, allir háskólar eiga að setja sér reglur um réttindi og skyldur nemenda og efnislegar kröfur til þess eru óháðar rekstrarformi. Lög um háskóla nr. 63/2006 setja ramma um starfið og gera kröfur um gæði og mæla fyrir um eftirlit með því að þeim sé fullnægt. Þau mæla einnig fyrir um fjárframlög ríkisins⁵⁶ til starfseminnar og um kæruleiðir.⁵⁷ Háskólastarf lýtur því í verulegum mæli opinberum réttarreglum hvert sem rekstrarformið er. Sá hluti starfseminnar sem snýr að nemendum og réttindum þeirra og skyldu hlýtur því að vera stjórnýssla. Það er rekstrarformið sem er einkaréttarlegt, ekki sjálf starfsemin.

Í þessu sambandi má benda á umfjöllun Páls Hreinssonar um ákvarðanir um inntöku í Flugskóla Íslands hf. í ritinu Hæfisreglur stjórnýslulaga. Þrátt fyrir að löngum hafi verið litið svo á að ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda í opinberum háskólum séu stjórnvaldsákvarðanir en ekki þegar sambærilegar ákvarðanir eru teknar í einkaskóla,⁵⁸ útilokar Páll ekki að ákvarðanir Flugskóla Íslands hf. um innritun nemenda verði taldar til stjórnvaldsákvarðana, eins og þegar slíkar ákvarðanir séu teknar af hálfu opinberra skóla. Visar hann í því sambandi til þess að inntökuskilyrði í skólann séu lögbundin, skólanum sé með lögum falið hlutverk sitt,⁵⁹ starf hans og námsefni sé að verulegu leyti bundið af opinberum réttarreglum og ríkissjóður greiði hluta rekstrarkostnaðar.⁶⁰ Það er alveg ljóst að

54 Í þessu sambandi má minna á að kennsla hefur íðulega verið notuð sem dæmi um hvernig greint hefur verið á milli tveggja tegunda stjórnýslnu, stjórnvaldsákvæða og þjónustustarfsemi, eins og lýst er í kafla 2.1 hér að framan.

55 Geir Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 57. Sjá einnig ársskýrslu umboðsmanns norska þjóðþingsins, Ombudsmannens Årsmelding 2005, bls. 152. Aðgengilegt á <http://www.sivilombudsmannen.no/getfile.php/Filer/%C3%85rsmelding/arsmelding2005.pdf>.

56 Munurinn hér liggur aðeins í því að opinberir háskólar

hafa fjárveitingu á fjárlögum, sbr. 24. gr. laga nr. 85/2008, en einkaskólarnir á grundvelli samnings við menntamálaráðherra.

57 Fyrirmæli um stjórnskipulag og málsmeðferð eru hins vegar mismunandi eftir rekstrarformi. Þessi atriði eru ákveðin í lögnum fyrir ríkisskólana en grundvöllur þeirra lagður fyrir einkaskóla til nánari útfærslu af þeirra hálfu.

58 Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 144.

59 Flugskóla Íslands var komið á fót á grundvelli heimildar í lögum nr. 17/1997 til að stofna hlutafélag um rekstur flugskóla.

60 Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnýslulaga*, bls. 127.

hlutafélagið Flugskóli Íslands var ekki stjórnvald í skilningi stjórnslulaga og að í umfjölluninni var ekki leitast við að skilgreina hann sem slíkan. Athyglin beindist í raun að opinberu eðli starfseminnar sem þar fór fram. Hlutafélagiform hennar breytti því ekki. Svipuð sjónarmið koma fram í álitni umboðsmanns norska þjóðþingsins⁶¹ þar sem ákvörðun einkarekins lýðháskóla um brottvísun nemanda var talin stjórnvaldsákvörðun.⁶² Auk þeirra lagði umboðsmaðurinn m.a. til grundvallar að slíkir skólur væru hluti af opinberu skólakerfi og færu með opinbera stjórnslu í meðferð agamála nemenda.⁶³ Samkvæmt framansögðu er sú starfsemi sem hér er til umfjöllunar stjórnslu í efnismerkingu og því gilda meginreglur stjórnsluréttar um ákvarðanir einkaskóla um réttindi og skyldur nemenda sinna. Sú niðurstaða er í samræmi við þær forsendur sem lágu að baki heimild stjórnvalda til að gera þjónustusamninga við einkaaðila um stjórnsluverkefni, að hún hafi ekki áhrif á réttarstöðu þeirra sem nýta sér þjónustu þeirra í stað opinberra aðila⁶⁴ og réttaröryggissjónarmið að baki kærurheimildar 4. mgr. 20. gr. laga nr. 63/2006 til opinberrar áfrýjunarnefndar í kærumálum allra háskólanema.

5. ÁKVARÐANIR EINKASKÓLA UM RÉTTINDI OG SKYLDUR NEMENDA ERU STJÓRNVALDS- ÁKVARÐANIR

Það er alveg ljóst að einkaaðilum ber að fara að stjórnslulögum þegar þeim hefur verið falið að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur þeirra sem njóta þjónustu þeirra

samkvæmt þjónustusamningi ef lagaheimild þar að lútandi er til staðar.⁶⁵ Það getur hins vegar þurft að leysa úr því hvort slíkri heimild sé fyrir að fara í einstökum tilvikum. Í þessum kafla verður skoðað hvort skyldan til að fara að stjórnslulögum getur verið fyrir hendi ef lög mæla ekki berum orðum fyrir um heimild til tóku stjórnvaldsákvörðana, en verkefni samkvæmt þjónustusamningi eru engu að síður þess eðlis að við framkvæmd þeirra verður að taka slíkar ákvarðanir. Þótt meginreglurnar eigi við um slíkar ákvarðanir, sbr. kafli 4, þá eru stjórnslulögin skýrari og tryggja réttaröryggi nemenda betur.

Hér kemur því til skoðunar hvort lagaheimild til starfrækslu háskóla annarra en opinberra háskóla, sbr. 3. gr. laga nr. 63/2006, sem fengið hafa viðurkenningu menntamálaráðuneytisins og heimild til að gera samning um fjárframlög, sbr. 21. gr. sömu laga, felist heimild til að taka stjórnvaldsákvörðun í skilningi 30. gr. fjárreiðulaga, á þeim grundvelli að ákvarðanir um réttindi og skyldur séu örjúfanlegur þáttur í starfi þeirra.

Í UA 2830/1999, þar sem fjallað var um ráðningu í starf hjá Listaháskólanum var því hafnað að í heimild skólans, sem er sjálfseignarfélag, til að ráða til sín starfsmenn fælist opinbert vald til tóku ákvarðana um réttindi og skyldu manna. Eins og áður hefur komið fram var til úrlausnar í málinu hvort Listaháskólinn gæti talist stjórnvald í skilningi stjórnslulaga og væri þar með bundinn af málsmeðferðarreglum þeirra laga. Með vísan til niðurstöðu umboðsmanns Alþingis í málinu er ljóst að háskólur sem settir hafa verið á fót með einkaréttarlegum gerningum verða ekki taldir stjórnvöld og lúta því ekki reglum

⁶¹ Sjá ársskýrslu umboðsmanns norska þjóðþingsins, Ombudsmannens Arsmelding 2005, bls. 152.

⁶² Þar var m.a. byggt á því að einkaskólur væru að verulegu leyti fjármagnaðir með opinberu fé, réttaröryggissjónarmið hefðu legið að baki lögbundinni kærurheimild vegna ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda, ákvörðun um brottvísun væri

slík ákvörðun og verulega íþyngjandi fyrir nemanda sem fengið hefði inngöngu í skólann og greitt skólagjöld.

⁶³ Sama heimild, bls. 152.

⁶⁴ Alþt. 121. lþ., þskj. 103, 100. mál.

⁶⁵ Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnslulaga*, bls. 126.

stjórnsýslulaga nema fyrir sé að fara lagaheimild til tóku stjórnvaldsákvæðana. Slík heimild er ekki orðuð í lögum um háskóla. Staðreyndin er hins vegar sú að sá þáttur skólastarfs sem felst í tóku ákvarðana um réttindi og skyldur nemenda verður varla skilinn frá öðrum þáttum þess. Spurningin er hvort horfa verði á kröfuna til lagaheimildar í því ljósi.

Eins og áður hefur komið fram svarar málið um Listaháskólann þessari spurningu neitandi að því er snertir starfsmenn og ráðningu þeirra til skóla sem rekinn er á einkaréttarlegum grundvelli. Reglur stjórnsýslulaga eiga ekki við um það réttarsamband, jafnvel þótt ljóst sé að skólinn þurfi að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur starfsmanna við framkvæmd þeirra starfa sem þjónustusamningur kveður á um, þ. á m. ráðningu starfsmanna. Þar gilda einkaréttarlegar reglur vinnuréttarins. Í áliti umboðsmanns Alþingis er hins vegar ekki fjallað um ákvarðanir sem beinast að annars konar réttarsamböndum, t.d. nemenda og skólans. Þótt álitið útiloki að skólar sem starfa á einkaréttarlegum grundvelli geti talist stjórnvald í skilning stjórnsýslulaga útilokar það ekki að stjórnsýslulögum verði beitt í málum sem varða nauðsynlegar ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda.

Í dómi Hæstaréttar í Vesturbyggðarmálinu svokallaða, H. 19/2008, kunna að vera vísbendingar um hvernig túlka beri lagaheimildir sem heimila einkaaðilum að inna af hendi tiltekin verkefni sem annars væru í höndum stjórnvalda. Þar, eins og í málinu um Listaháskólann, reyndi á ákvarðanir einkaréttarlegs aðila um ráðningu starfsmanns. Í dóminum var fjallað um heimild sveitarfélaga, samkvæmt lögum nr. 44/1998 um húsnæðismál, til að stofna einkaréttarlegt félag til að annast útleigu íbúða í eigu sveitarfélagsins. Samkvæmt

4., sbr. 3. gr. reglugerðar nr. 873/2001 um lánveitingar til leiguíbúða, fólust verkefni slíkra félaga í því að annast umsjón og eftirlit með framkvæmdum og kaup á leiguíbúðum, milligöngu um tóku lána og ráðstöfun leiguíbúða. Í lögnum er ekki sérstaklega mælt fyrir um heimildir einkaréttarlegs félags sem stofnað er á grundvelli þessarar heimildar til tóku stjórnvaldsákvæðana við framkvæmd þessara starfa. Í niðurstöðu sinni í málinu tók Hæstiréttur fram, að ákvæði stjórnsýslulaga giltu um tóku ákvarðana af hálfu félagsins um rétt eða skyldu manna innan þess verksviðs sem heimildin tæki til. Í því sambandi vísaði dómurinn til þess að fyrir lægi lagaheimild til handa einkaréttarlegu félagi til að framkvæma þessi verk og þess að sveitarfélagið hefði val um hvort það framkvæmdi þau sjálf eða fæli það þessu félagi. Tekið var fram að lögin giltu hins vegar ekki um aðra þætti í starfsemi hins einkaréttarlega félags. Hér virðist Hæstiréttur ganga út frá því að reglur stjórnsýsluréttar eigi við um tóku ákvarðana sem taka þarf við framkvæmd verkefna sem einkaaðila hafa verið falin samkvæmt lagaheimild, jafnvel þótt lögin kveði ekki sérstaklega á um tóku stjórnvaldsákvæðana í því sambandi. Jafnframt, að einkaaðilinn sé bundinn af stjórnsýslulögum vegna þess að stjórnvaldið hefði þurft að gera það ef það hefði sjálft tekið ákvarðanirnar. Í málinu reyndi hins vegar ekki á ákvarðanir samkvæmt umræddri lagaheimild heldur um ráðningu starfsmanns. Slíkar ákvarðanir féllu utan þess verksviðs sem um var að ræða. Þessi dómur svarar því ekki endanlega þeirri spurningu sem hér er til umfjöllunar. Dómurinn gefur hins vegar vísbendingu um að svara megi henni játandi þegar lög heimila stjórnvaldi að fela einkaaðilum tiltekin verkefni, þau hafa val um það hvort þau nýta sér þá heimild eða inna það sjálf af hendi og viðkomandi ákvarðanir eru innan

þess verksviðs sem heimildin tekur til.⁶⁶

Lög nr. 63/2006 um háskóla segja ekki berum orðum að einkaréttarlegir aðilar sem veita þjónustu samkvæmt lögnum hafi heimild til þess að taka stjórnvaldsákvæðanir. Eins og áður hefur komið fram ber háskólum að setja reglur um réttindi og skyldur nemenda til að öðlast viðurkenningu, sbr. 3. mgr. 3. gr. laganna, þótt löginn kveði ekki nánar á um efni slíkra reglna. Það er því greinilegt að skólunum er ætlað að taka ákvæðanir í slíkum málum enda verður varla hjá því komist í því starfi sem þar fer fram. Slíkar ákvæðanir eru stjórnvaldsákvæðanir og líta ákvæðum stjórnsýslulaga þegar um opinbera háskóla er að ræða. Þau gilda hins vegar ekki um nemendur annarra háskóla nema ákvæðanataka um réttindi þeirra og skyldur teljist hluti starfsemi þeirra í þeim skilningi sem dómur Hæstaréttar í Vesturbyggðarmálinu virðist leggja til grundvallar.

Samkvæmt lögum um háskóla er heimilt að reka háskóla sem sjálfseignarstofnun, hlutafélag eða samkvæmt öðru viðurkenndu rekstrarformi, sbr. 3. gr. laganna. Löginn heimila því menntamálaráðherra að viðurkenna starfrækslu háskóla á einkaréttarlegum grunni auk þess sem þau heimila ráðherra að gera samning við slíka háskóla um fjárframlög til kennslu og rannsókna, sbr. 21. gr. laganna. Auk fjárframlaga skal, sbr. 2. mgr. 21. gr., m.a. kveðið á um skilgreiningu á þeirri kennslu og rannsóknarstarfsemi sem ríkissjóður greiðir fyrir. Samningur um kennslu og rannsóknir er jafnframt þjónustusamningur á grundvelli 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997.⁶⁷ Lagaheimild

til samnings um háskólastarfsemi er því ótvíræð og takmarkast ekki við einstaka þætti slíkrar starfsemi. Áður hefur verið bent á það að taka ákvæðana um réttindi og skyldur nemenda sé óhjákvæmilega hluti af kennslu á háskólastigi. Standa því rök til þess að taka slíkra ákvæðana séu innan þess verksviðs sem framangreindar lagaheimildir taka til, sbr. ummæli Hæstaréttar í áður nefndum Vesturbyggðardómi.

Slíkar ákvæðanir verða, edli málsins samkvæmt, ekki teknar af öðrum en viðkomandi skóla. Þær eru að vísu kæranglegar til opinbers aðila, áfrýjunarnefndar í kærumálum háskólanema, sbr. 20. gr. laga nr. 63/2006, enda hafi kæruleiðir innan skólans verið tæmdar, sbr. 2. mgr. 20. gr. laganna. Opinbert eftirlit með háskólastarfi að þessu leyti er því hið sama hvort sem um ákvæðanir einkarekinna eða opinberra háskóla er að ræða. Ekki verður því séð að munur sé á réttarstöðu nemenda opinberra og einkaskóla á háskólastigi að því er snertir endurskoðun ákvæðana um réttindi þeirra. Það sama á við um grundvallarþætti háskólastarfsins, eins og nánar var fjallað um í kafla 4.

Samkvæmt framansögðu eru ákvæðanir um réttindi og skyldur nemenda einkaskóla á háskólastigi sem starfræktir eru á grundvelli framangreindra heimilda laga um háskóla innan þess verksviðs sem þessar heimildir taka til. Er því eðlilegt að líta svo á að í þeim felist heimild til að taka ákvæðanir um réttindi og skyldur í skilningi 30. gr. fjárreiðulaganna þótt hún sé ekki sérstaklega orðuð í lögum um háskóla.⁶⁸ Kröfum ákvæðisins og lögmatísreglunnar um lagaheimild er þá fullnægt. Einkaskólum

⁶⁶ Sjá einnig UA 5544/2008 þar sem fjallað er um réttarstöðu notenda þjónustu einkaréttarlegs aðila sem veitir þjónustu á grundvelli laga nr. 44/1998 um húsnæðismál.

⁶⁷ Í gildandi samningi menntamálaráðuneytisins og Háskólans í Reykjavík ehf. frá júlí 2005 er vísað til samningsheimildar 2. mgr. 19. gr. þágildandi laga um háskóla nr. 136/1997. Þá segir að samningurinn og framkvæmd hans skuli vera í samræmi við ákvæði laga um háskóla, reglugerðir og önnur stjórnvaldsfyrirmæli sem sett eru á grundvelli þeirra laga.

Einnig er vísað til 30. gr. fjárreiðulaga og þágildandi reglugerðar um framkvæmd þeirra laga, sbr. 1. gr. samningsins. Í samningnum er ekki sérstaklega fjallað um ákvæðanir um réttindi og skyldur nemenda.

⁶⁸ Sjá einnig GeirWoxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, bls. 57. Þar segir að ekki verði gerðar kröfur til þess að framsalsheimild til einkaaðila sé sérstaklega orðuð þegar framkvæmd stjórnsýsluvalds er í raun í þeirra höndum.

á háskólastigi er því falið með lögum að taka stjórnvaldsákvæðanir. Það þýðir að reglur stjórnýslulaga nr. 37/1993 gilda í raun um slíkar ákvæðanir.

6. RÉTTARÖRYGGI OG ÁBYRGÐ

6.1. Löggjöf

Hér að framan hafa verið færð rök fyrir því að háskólum sem starfræktir eru á einkaréttarlegum grundvelli beri að fara að reglum stjórnýsluréttar við töku ákvæðana um réttindi og skyldur nemenda sinna. Meginreglur stjórnýsluréttar gilda um þá stjórnýsluþætti sem kunna að felast í verkefni einkaaðila samkvæmt þjónustusamningi við stjórnvöld á grundvelli túlkunar á 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga sem jafnframt veitir 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 1076/2006 lagastoð. Í kafla 5 er gengið lengra og leidd að því rök að heimild í háskóalögum til starfrækslu háskóla í einkaréttarlegu rekstrarformi felist til töku ákvæðana um réttindi og skyldur nemenda enda séu slíkar ákvæðanir nauðsynlegur þáttur í skólastarfinu. Á þessum grundvelli njóta háskólanemar réttaröryggis á grundvelli stjórnýslulaga óháð rekstrarformi háskóla.

Framangreindar niðurstöður um gildissvið reglna stjórnýsluréttarins byggja á ákveðnum forsendum sem lúta að túlkun laga, eðli viðkomandi ákvæðana og ályktunum sem dregnar verða af ummælum í hæstaréttardómi. Sú staðreynd að nálgast þurfti svör við spurningum um gildi

umræddra reglna gagnvart einkaréttarlegum háskólum á grundvelli flókinna lögskýringa, vísbendinga og rökfræði gefur til kynna að lög og reglur um háskóla séu ekki nægilega skýr að þessu leyti.⁶⁹

Þótt það sé niðurstaða í þessari grein að reglur stjórnýsluréttarins gildi þótt ekki sé skýrlega kveðið á um það í lögum er það skoðun höfundar að þessi óskýrleiki sé til þess fallinn að draga úr meðvitund starfsfólks og nemenda um gildi efnis- og málmeðferðarreglna stjórnýsluréttarins við töku ákvæðana um réttindi og skyldur nemenda. Réttaröryggissjónarmið mæla því með því að tekin verði skýrari afstaða til þess í lögum hvort og þá að hvaða marki þessar reglur skuli gilda í samskiptum skóla og nemenda. Í því sambandi eru fleiri leiðir færar en ein. Má þar nefna fyrirmyndir í bæði lögum um grunnskóla og lögum um framhaldsskóla, þótt sú fyrri sé mun skýrari en hin síðari.⁷⁰ Einnig má benda á skólalöggjöf í Noregi þar sem mælt er fyrir um að ákvæði stjórnýslulaga gildi um ákvæðanir um réttindi og skyldur nemenda. Á það bæði við um einkarekna grunn- og framhaldsskóla,⁷¹ og háskóla.⁷²

Sömu niðurstöðu má fá með því að taka fram í lögum um háskóla að heimild til að starfrækja skóla í öðru formi en ríkisstofnun fylgi heimild til að taka ákvæðanir um réttindi og skyldur nemenda⁷³ eða fyrirsmáli um að slíkar ákvæðanir teljist stjórnvaldsákvæðanir í skilningi stjórnýslulaga. Báðar leiðirnar tækju af öll

69 Í þessu sambandi má einnig benda á óskýrleika í reglum menntamálaráðherra um viðurkenningu háskóla nr. 1076/2006. Þar eru fyrirsmáli um að reglur háskóla um réttindi og skyldur nemenda skuli vera í samræmi við meginreglur stjórnýsluréttar eftir því sem við eigi. Þótt ekki sé vísað til reglna stjórnýsluréttar í lögum um háskóla virðist ráðuneytið í reynd hafa litið svo á við setningu framangreindra reglna að þær giltu um réttarsamband skóla og nemenda í slíkum málum að einhverju leyti. Ráðuneytið gerir hins vegar hvorki grein fyrir lagagrundvelli þeirra né tekur afstöðu til þess í reglunum hversu langt sú skylda nær, sbr. orðalagid „eftir því sem við á.“

70 Hér má velta því fyrir sér hvort lög um háskóla væru skýrari að þessu leyti ef þau hefðu sett verið tveimur áður síðar, samtiða lögum um grunnskóla og lögum um framhaldsskóla.

71 Lov 2003-07-04 nr. 84: Lov om private skolar med rett til

statstilskot. (privatskolelova), sjá greinar 3-4 um innritun og 3-10 um brottvisun úr skóla og aðrar ákvæðanir sem snerta réttindi nemenda.

72 Lov 2005-04-01 nr. 15: Lov om universiteter og højskoler (universitets- og højskolelova) sjá grein 7-6 sem mælir fyrir um að stjórnýslulög gildi um ákvæðanir samkvæmt lögnum sem lúta að réttindum og skyldum nemenda. Einkaskólar eru þar ekki undanskildir.

73 Sem dæmi um slíkt ákvæði má nefna 3. mgr. 53. gr. laga nr. 161/2000, um fjármálafyrirtæki þar sem prófnefnd verðbrefaviðskipta er heimilt að fela óháðum aðilum að gefa einkunn fyrir prófúrlausn. Sjá nánar UA 5084/2007.

tvímæli um að skilyrði 1. másl. 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga um lagaheimild væri uppfyllt.

Skýr fyrirmæli um að meginreglur stjórnsýsluréttar gildi um slíkar ákvarðanir myndu einnig uppfylla réttaröryggiskröfur. Vegna álítaefna sem uppi hafa verið um efni 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga er lagt til að gerðar verði viðeigandi breytingar á orðalagi hennar þannig að ekki leiki vafi á um efni hennar og lagastöð gagnvart ákvæði 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 363/2006. Með því yrði jafnframt tryggt að aðilar þjónustusamnings og notendur viðkomandi þjónustu gerðu sér grein fyrir því að skyldur einkaaðilans gagnvart reglum stjórnsýsluréttar eru ekki háðar því að hann hafi sérstaklega skuldbundið sig í samningnum til að virða þær.

Í þessu sambandi má þó einnig benda á að heimild fjárreiðulaganna til að gera samninga um opinber verkefni er ætlað að tryggja að þjónustusamningar hafi heimild í fjárlögum. Hún leggur því fyrst og fremst áherslu á kröfur sem snúa að ríkisútgjöldum. Hún byggir því ekki á réttaröryggissjónarmiðum, þótt lögð væri áhersla á að hún mætti ekki hafa í för með sér skerðingu á réttaröryggi.⁷⁴ Í þessu ljósi ætti umræddur annmarki á 30. gr. fjárreiðulaganna e.t.v. ekki að koma á óvart. Það kann að vera ástæða til þess að skoða hvort fara þurfi aðrar leiðir til að tryggja með almennum hætti réttaröryggi borgaranna í samskiptum við einkaaðila sem veita þeim þjónustu á grundvelli þjónustusamnings við stjórnvöld. Í þessu sambandi má benda á dönsk lög um réttaröryggi og stjórnsýslu á sviði félagsþjónustu sem mæla fyrir um það að ákvæði stjórnsýslu- og upplýsingalaga eigi við um verkefni einkaaðila samkvæmt þjónustusamningum á þessu málefnaviði.⁷⁵

Að lokum er rétt að minnast á einfalda

leið til að leysa þau álítaefni sem fjallað hefur verið um í grein þessari, þ.e.a.s. að breyta gildissviði 1. gr. stjórnsýslulaga þannig að þau taki til stjórnsýslu einkaaðila samkvæmt þjónustusamningum. Í því sambandi má benda á 3. gr. frumvarps til upplýsingalaga þar sem lagt er til að lögin taki til einkaaðila sem sinna þjónustu sem kveðið er á um í lögum að stjórnvald skuli sinna eða telst að öðru leyti liður í opinberu hlutverki stjórnvalds. Í athugasemd við framangreinda grein frumvarpsins er tekið fram að með þessari breytingu „muni upplýsingalög ekki aðeins taka til þeirra tilvika þegar einkaaðilum hefur verið falið vald til þess að taka stjórnvaldsákvarðanir heldur einnig til þjónustu sem einkaaðilum er falið að veita á grundvelli lagaheimilda.“⁷⁶

6.2. Ábyrgð samningsaðila- stjórnvöld og einkaaðilar

Þótt réttaröryggi notenda þjónustu samkvæmt þjónustusamningum sé best tryggt með skýrum lögum má ekki vanmeta skyldur og ábyrgð stjórnvalda á gerð og framkvæmd þjónustusamninga. Ábyrgð þeirra snýr bæði að rétti notenda til þeirrar þjónustu og hvernig staðið er að framkvæmd hennar. Samkvæmt 20. gr. reglugerðar nr. 343/2006 bera stjórnvöld einnig ábyrgð á því að efni samnings sé í samræmi við gildandi lög og reglur, þ. á m. um skyldur verksala samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Ekki verður heldur litið framhjá skyldum einkaaðila sem starfar á grundvelli þjónustusamnings. Samkvæmt 19. gr. reglugerðar nr. 343/2006 ber hann ábyrgð á því að veita hlutaðeigandi stjórnvaldi þá þjónustu, í því magni, þeim gæðum og samkvæmt þeim skilyrðum sem mælt er fyrir um í samningnum. Einkaaðili sem

⁷⁴ Athugasemd við 30. gr. frumvarpsins, Alþt. 121. Íb., þskj. 100. mál.

⁷⁵ Sjá Lov om retssikkerhed og administration paa det sociale omraade, 2. mgr. 43. gr. laganna. Í þessu sambandi má einnig nefnda svokölluð réttaröryggislog, lov om

retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvansindgreb og oplysningspligter.

⁷⁶ Alþt. 139. Íb., þskj. 502, 381. mál.

tekur að sér að veita 3ja aðila þjónustu fyrir hönd stjórnvalds ber því ábyrgð gagnvart viðkomandi stjórnvaldi á því að framkvæmd hennar sé í samræmi við efni samnings, þ.m.t. stjórnsýsluréttarlegum skilyrðum.

Hvorki í fjárreiðulögum né í reglugerð nr. 343/2006 er kveðið sérstaklega á um skyldur einkaaðila sem starfar á grundvelli lagaheimildar eða þjónustusamnings gagnvart notanda þjónustunnar og ábyrgð gagnvart honum ef hann uppfyllir ekki efnislegar samningsskyldur sínar. Verður að líta svo á að almennar framsalsreglur⁷⁷ gildi um þau atriði sem snúa að þjónustunni. Einkaaðilinn er því rétt eins og stjórnvaldið sem felur honum viðkomandi verkefni, bundinn af öllum efnisreglum sem um það gilda.⁷⁸ Hann hefur því sömu heimildir og skyldur gagnvart borgurinum.⁷⁹ Honum ber því að veita þjónustuna og fylgja þeim reglum sem um hana gilda og kemur að því leyti fram í eigin nafni⁸⁰ gagnvart notandanum á grundvelli samningsins.

Þegar um stjórnsýsluverkefni er að ræða sem felur í sér stjórnsýsluvald er framkvæmdin hins vegar einnig á ábyrgð viðkomandi stjórnvalds.⁸¹ Í þeirri ábyrgð felst m.a. eftirlitsskylda með því að samningsaðili þess inni verkefni sitt af hendi í samræmi við lög og reglur og efni þjónustusamningsins, sbr. 15. og 18. gr. reglugerðar nr. 363/2006.⁸² Þótt þar sé ekki vikið sérstaklega að stjórnsýsluþáttum verkefna verður að gera ráð fyrir að eftirlitsskyldan taki einnig til þeirra. Stjórnvöldum ber því að fylgjast með því að notendur njóti þjónustu samkvæmt samningnum og verndar samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar að því leyti sem við á. Slíkt

eftirlit felst m.a. í því að tryggja notanda rétt til þess að fá skorid úr ágreiningsefnum sem upp kunna að koma í samskiptum hans við þann aðila sem hefur verkefni með höndum. Á það við um bæði efni ákvörðunar sem tekin hefur verið í máli hans og hvernig að henni var staðið.⁸³

6.3. Önnur málefnasvið

Samkvæmt framansögðu er það á ábyrgð löggjafans að tryggja að lög um háskóla séu nægilega skýr um stjórnsýsluréttarlegar skyldur einkaskóla gagnvart nemendum sínum og á ábyrgð stjórnvalda að samningar við slíka skóla standist kröfur um efni og eftirlit með þjónustusamningum. Hið sama á við um önnur málefnasvið. Óskýr fyrirmæli í lögum og óvandaðir samningar geta haft þau áhrif sem að framan er lýst á réttarstöðu notenda þjónustu sem veitt er af einkaréttarlegum aðilum á grundvelli þjónustusamnings við stjórnvöld á öllum málefnasviðum. Í dæmaskyni má nefna samninga um þjónustu sem veitt er utan heilbrigðisstofnana sem ríkið rekur. Í reglugerð nr. 510/2010 um slíka samninga eru fyrirmæli um að taka skuli fram samningi að ákvæði stjórnsýslulaga og upplýsingalaga sem og almennar reglur stjórnsýsluréttar gildi um stjórnsýsluþátt verkefnisins. Hvorki lögum nr. 40/2007 um heilbrigðisþjónustu í lögum 112/2008 um sjúkratryggingar er sérstaklega vikið að stjórnvaldsákvörðunum sem samningsaðilar samkvæmt þjónustusamningum kunna að þurfa að taka eða annars konar stjórnsýsluþáttum slíkra verkefna. Í báðum tilvikum er vísað til fjárreiðulaga.

⁷⁷ Sjá t.d. Loiborg, Karsten, í Gammeltoft- Hansen o.fl., *Forvaltningsret*, bls. 131-157, Garde, Jens, o.fl. *Forvaltningsret, sagsbehandling*, 6.útg., Kaupmannahöfn 2007, bls. 64-71, Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 8. útg., Ósló 2006, bls. 146-157, Páll Hreinsson, „Valdmörk stjórnvalda“, *Timarit lögfræðinga*, 4. hefti 2005, bls. 466-478.

⁷⁸ Carsten Henriksen, „Udlicitering af myndighedsopgaver— er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, bls. 448.

⁷⁹ Páll Hreinsson, „Valdmörk stjórnvalda“, bls. 463.

⁸⁰ Sama heimild, bls. 448.

⁸¹ Sama heimild, bls. 448, þar sem fram kemur að hér sé um frávik frá almennum reglum um framsal þjónustuverfna að ræða og leiði af réttaröryggissjónarmiðum.

⁸² Ábyrgð getur einnig verið í formi skaðabótaábyrgðar. Það er hins vegar ekki efni greinar þessarar að fjalla um þá birtingarmynd ábyrgðarinnar.

⁸³ Sjá nánar Carsten Henriksen, „Udlicitering af myndighedsopgaver— er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, bls. 453 og 455.

Hér reynir því á sömu álitafni og í umfjölluninni um háskólana. Niðurstaða um gildissvið stjórnsýslulaga er háð skýringu á 30. gr. fjárreiðulaganna eða skýringu á lagaákvæði sem heimilar aðilum utan heilbrigðisstofnana að veita þjónustuna, þ.e.a.s. hvort ákvarðanir um rétt og skyldur þeirra sem heilbrigðisþjónustu njóta teljist til þeirra verkefna sem heimildin tekur til. Þetta undirstrikar bæði mikilvægi þess að kveðið sé á um gildissvið umræddra reglna í sérlögum sem gera ráð fyrir aðkomu einkaaðila að stjórnsýsluverkefnum og að umrætt ákvæði fjárreiðulaga verði fært í viðunandi horf.

7. NIÐURSTÖÐUR

Að baki umfjöllun í grein þessari um gildissvið reglna stjórnsýsluréttarins liggur sú spurning hvort tryggt sé að framsal stjórnsýsluverkefna hafi ekki áhrif á réttarstöðu notenda opinberrar þjónustu. Þegar stjórnvöld gera þjónustusamning við einkaaðila færast framkvæmd verkefnis úr höndum opinberra til einkaréttarlegra aðila. Það ætti hins vegar ekki að þýða að hagsmunir þeirra sem þjónustunnar njóta í sambandi við framkvæmd þjónustunnar breytist. Það eina sem hefur breyst er að framkvæmdin er hjá öðrum en stjórnvöldum. Sjónarmið að baki hinum ýmsu reglum stjórnsýsluréttarins hafa hins vegar ekki breyst. Til dæmis hverfa sjónarmið að baki andmælarétti ekki við það eitt að framkvæmd verkefnisins flyst frá opinberum til einkaaðila.⁸⁴ Hagsmunir háskólanema af því að ákveðnar lágmarksreglur gildi um réttindi þeirra breytast ekki þótt menntamálaráðherra heimili að háskóli sé rekinn í öðru formi en sem stjórnsýslustofnun og geri samning við slíka skóla um kennslu og rannsóknir.

Sá þáttur háskólastarfsemi sem hér hefur verið til umfjöllunar er ekki einkaréttarlegur. Hann fer fram á sömu forsendum, á grundvelli sömu laga og lýtur sama eftirliti og opinberir háskólar. Það er niðurstaða í greininni að það eigi einnig við um reglur stjórnsýsluréttar. Í kafla 5 eru færð rök fyrir því að kröfu 30. gr. fjárreiðulaga um lagaheimild til töku stjórnvaldsákvarðana sé fullnægt. Slík heimild verði ekki skilyrðislaust að vera orðuð í viðkomandi lagatexta, hún geti verið þáttur í heimildinni til að fela einkaaðila verkefni þegar augljóst er að taka slíkra ákvarðana sé nauðsynlegur þáttur við framkvæmd viðkomandi verkefnis. Þess vegna gilda stjórnsýslulög um ákvarðanir einkaskóla á háskólastigi um réttindi og skyldur nemenda sinna. Heimild til töku slíkra ákvarðana felst í heimild þeirra til að starfrækja háskóla með öðru rekstrarformi en ríkisstofnun enda eru slíkar ákvarðanir óhjákvæmilega þáttur í skólastarfinu. Á þessum grundvelli njóta háskólanemar réttaröryggis á grundvelli stjórnsýslulaga, óháð rekstrarformi háskóla.

Það er einnig niðurstaða að meginreglur stjórnsýsluréttar gildi um þá stjórnsýsluþætti sem kunna að felast í verkefni einkaaðila samkvæmt þjónustusamningi við stjórnvöld. Sú niðurstaða er alveg óháð því hvort litið verði svo á að heimild til töku stjórnvaldsákvarðana sé innbyggð í viðkomandi verkefni. Í kafla 4 er á því byggt að skýra beri ákvæði 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga⁸⁵ svo, að meginreglur stjórnsýsluréttar eigi við, að því leyti sem skólastarf telst stjórnsýsla í skilningi ákvæðisins.

Óskráðar meginreglur stjórnsýsluréttarins njóta hins vegar ekki skýrleika skráðra réttarheimilda auk þess sem það kann að vera óljóst hvort og hvenær þær eiga við.⁸⁶ Sem dæmi um slíkan vafa má nefna

⁸⁴ Karsten Naundrup Olesen, „Varetagelse af offentligretlige interesser ved udlicitering“, bls. 411.

⁸⁵ Þar sem segir að „séu slíkir samningar gerðir [skuli] ákvæði stjórnsýslulaga og upplýsingalaga, sem og almennar

meginreglur stjórnsýsluréttar gilda um þá stjórnsýslu sem verktaki tekur að sér að annast“.

⁸⁶ Sjá nánar Karsten Naundrup Olesen, „Varetagelse af offentligretlige interesser ved udlicitering“, bls. 407.

óljosa afstöðu menntamálaráðuneytisins til gildissviðs meginreglna stjórnsluréttarins í reglum nr. 1076/2006 um viðurkenningu háskóla, þar sem segir að þessar reglur eigi við um ákvarðanir einkaskóla „eftir því sem við á.“ Þótt færð hafi verið rök fyrir því að meginreglurnar eigi við, hefur ekki verið fjallað um það hverjar þeirra geti átt við, inntak þeirra, né hvort þeim verði beitt um allar ákvarðanir um réttindi og skyldur nemenda. Þótt komast megi að almennri niðurstöðu um að meginreglur stjórnsluréttar gildi um töku slíkra ákvarðana kann ýmsum spurningum að vera ósvarað þegar kemur að því að beita þeim í einstökum málum. Beiting þeirra kann því þegar á reynir að reynast vandkvæðum bundin.⁸⁷

Þeirri óvissu sem kann að fylgja óskráðum meginreglum má eyða með því að festa í lög hvort og þá hvaða reglur stjórnslulaga eða stjórnsluréttar skuli gilda í samskiptum einkaréttarlegra aðila sem falin hafa verið stjórnsluverkefni. Í kafla 6 eru settar fram tillögur um hvernig gera má bragarbót á lögum um háskóla að þessu leyti. Einnig er mælt með því að ákvæði 2. málsl. 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga verði fært í viðunandi búning. Ófært er að fara þurfi í gegnum hvernig túlka beri ummæli ákvæðisins um meginreglur stjórnsluréttar í hvert sinn sem verkefni einkaaðila samkvæmt þjónustusamningi er til úrlausnar. Framangreindar breytingar munu tvímælalaust skýra réttarstöðu nemenda í einkaskólum þótt eitthvað kunni að tapast af hinu víða gildissviði meginreglnanna.⁸⁸ Breyting á gildissviði stjórnslulaga myndi þjóna sama tilgangi.

Einnig má bregðast við óvissu í tengslum við beitingu meginreglna stjórnsluréttar með skýrum lagafyrirmælum um að

slíkar skuldbindingar skuli koma fram í samningum stjórnvalda við einkaaðila um framkvæmd opinberra verkefna.⁸⁹ Einkaaðilar geta að sjálfsögðu gengið að kröfum stjórnvalda og skuldbundið sig til að virða slíkar reglur gagnvart notendum viðkomandi þjónustu. Samningurinn er þá grundvöllur skyldu einkaaðilans í þessum efnum. Í 30. gr. fjárreiðulaga nr. 88/1997 er lögð áhersla á að vandað sé til gerðar þjónustusamninga.⁹⁰ Þar er hins vegar ekki mælt fyrir um að taka skuli fram í samningi að reglur stjórnsluréttar gildi við framkvæmd samnings, sbr. hins vegar 2. gr. reglugerðar nr. 363/2006. Þótt 2. mgr. 30. gr. sé skýrð svo að hún leggi stjórnslulegar skyldur á herðar einkaaðilum við framkvæmd stjórnsluverkefna samkvæmt þjónustusamningum, væru skýr fyrirmæli í lögum um að taka það fram í samningum og um ábyrgð stjórnvalda í þeim efnum til mikilla bóta.

Í greininni er leitast við að sýna fram á að heimild til töku stjórnvaldsákvæðana sé til staðar í gildandi lögum og að sú starfsemi sem um er að ræða sé stjórnslu í skilningi fjárreiðulaga. Þannig hefur verið lögð áhersla á heimfærslu til gildandi lagaákvæða og tillögur um breytingar á lögum. Umfjöllunin um eðli starfseminnar getur einnig gefið tilefni til rannsóknar á því hvort einkaaðilar verði á þeim grundvelli bundnir af reglum stjórnsluréttar án þess að nálgast viðfangsefnið í gegnum lagaákvæði. Slík binding felur í sér skyldur sem almennt eiga ekki við um einkaréttarlegra aðila og eru í þeim skilningi íþyngjandi fyrir þá. Framangreind nálgun viðfangsefnisins var valin vegna strangra krafna lögmatisreglunnar í slíkum tilvikum annars vegar og réttaröryggissjónarmiðum hins vegar. Hún útilokar ekki aðra nálgun.

⁸⁷ Sama heimild, bls. 408.

⁸⁸ Sama heimild, bls. 408.

⁸⁹ Sjá nánar Carsten Henrichsen, „Udlicitering af myndighedsopgaver— er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“, bls. 434.

⁹⁰ Sbr. t.d. 5. mgr. greinarinnar, þar sem mælt er fyrir um að skilgreina skuli umfang og gæði þjónustu, samningstíma, greiðslu úr ríkissjóði, eftirlit með þjónustu og meðferð ágreiningsmála

Eins og dæmi sanna er ekki tryggt að lög samræmist yfirlýstri stefnu löggjafans að þjónustusamningar hafi ekki neikvæð áhrif á réttarstöðu borgaranna. Það sama á við um samningsgerðina, þótt slíkar skyldur eigi að koma fram í samningum stjórnvalda og einkaaðila tryggir það hvorki að slík ákvæði rati inn í samning aðila⁹¹ né að handhafi þjónustusamnings virði samningsbundnar skyldur sínar gagnvart notanda viðkomandi þjónustu. Réttarstaða borgaranna getur ekki ráðist af því hvort löggjafinn og stjórnvöld hafi tekið afstöðu til stjórnsýslulegra skuldbindinga einkaaðila í sérlögum og samningum. Þess vegna hefur niðurstaðan um gildissvið meginreglna stjórnsýsluréttar sérstakt gildi. Hún er í raun meginniðurstaða greinarinnar. Þrátt fyrir ýmsa óvissuþætti sem þeim fylgja eiga meginreglur stjórnsýsluréttar alltaf við um framkvæmd stjórnsýsluverkefna.

Eftirmáli

Eins og áður hefur komið fram virðist forseti lagadeildar HR í fljótu bragði hafa nokkuð til síns máls þegar hann segir að stjórnsýslulög gildi ekki um þá ákvörðun sem lýst er í formála. Skólinn er ekki stjórnvald og fellur utan gildissvið stjórnsýslulaga. Hins vegar verður ekki fram hjá því litið að einkaskólar á háskólastigi þurfa að taka sömu ákvarðanir um réttindi nemenda sinna og skyldur. Þeir verða t.d. að taka ákvarðanir um hvernig bregðast skuli við brotum nemenda sinna vegna óheiðarlegra vinnubragða og ákveða viðurlög. Ef lög um háskóla fela í sér heimild til töku slíkra ákvarðana gilda ákvæði stjórnsýslulaga um þær. Hvað sem því líður er forseti lagadeildar bundinn af óskræðum meginreglum stjórnsýsluréttarins við töku slíka ákvarðana enda um stjórnsýsluverkefni í skilningi 2. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga að ræða. Forseta

lagadeildar HR bar því að veita nemandanum andmælarétt áður en hann tók ákvörðun um að brottvísun nemandans. Honum bar einnig að gæta meðalhófs og gæta að því að ákvörðun um viðurlög væri í samræmi við áðrar ákvarðanir vegna sambærilegra brota. Hér verður þó ekki fullyrt að allar meginreglur stjórnsýsluréttarins eigi við eða að þær eigi við um allar ákvarðanir um taka þarf í samskiptum við nemendum. Gefur það tilefni til að kalla eftir nánari skýringu á orðalaginu „eftir því sem við á“ í reglum menntamálaráðuneytisins um viðurkenningu háskóla.

⁹¹ Í þessu sambandi má minna á athugasemd í skýrslu umboðsmanns Alþingis frá árinu 2006, þar sem hann segir frá því að hann hafi orðið var við það að þjónustusamningar séu ekki nægilega skýrir um þau atriði sem ákvæði 5. mgr. 30. gr. fjárreiðulaga mælir fyrir um.

HEIMILDASKRÁ

- Bernt, Jan Fridthjóf, Hög- og universitetsloven med kommentar, Bergen 2006.
- Christensen, Bent, *Forvaltningsret- Opgaver, Hjemmel, Organistation*, Kaupmannahöfn 1997.
- Eckhoff, Torstein, Smith Eivind, *Forvaltningsrett*, 8. útg., Ósló 2006.
- Gammeltoft-Hansen, Hans, *Forvaltningsret*, 2. útg., Kaupmannahöfn 2002.
- Garde, Jens, Nörgaard, Carl Aage og Revsbech, Karsten, *Forvaltningsret, sagsbehandling*, 6.útg., Kaupmannahöfn 2007.
- Graver, Hans Petter, *Allminnelig forvaltningsrett*, 3. útg., Ósló 2007.
- Graver, Hans Petter, „Markedsstaten som begrep og utfordring til forvaltningsretten“ í Henrichsen Karsten og Blume, Peter (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, Kaupmannahöfn 2008.
- Henrichsen, Carsten, „Udlicitering af myndighedsopgaver – er det foreneligt med retssikkerhedsmæssige hensyn?“ í Henrichsen Karsten og Blume, Peter (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, Kaupmannahöfn 2008.
- Loiborg, Karsten, í Gammeltoft, Hansen o.fl., *Forvaltningsret*, Kaupmannahöfn 2002.
- Olesen, Karsten Naundrup, „Varetagelse af offentligtretlige interesser ved udlicitering“ í Henrichsen Karsten og Blume, Peter (ritstj.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, Kaupmannahöfn 2008.
- Páll Hreinsson, *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*, Reykjavík 2005
- Páll Hreinsson, „Valdmörk stjórnvalda“, *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 2005, bls. 466-478.
- Raghnheiður Elfa Þorsteinsdóttir, „Réttur til menntunar og frjálsra kosninga,“ í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.) *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Reykjavík 2005.
- Rán Knútsdóttir, *Gildissvið stjórnarsýslureglna gagnvart einkaaðilum sem falið er að veita lögbundna þjónustu- menntun og öldrunarþjónusta*. Óbirt meistararitgerð til Mag. jur prófs í lögfræði, 2010.
- Revsbech, Karsten, *Aktuel danks forvaltningsret – karakteristiske træk og udviklingstændelser*, Kaupmannahöfn 2008.
- Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, Ósló 2009.
- Stefna um nýskipan í ríkisrekstri. Fjármálaráðuneytið. Reykjavík 1997. Sótt 13. júlí 2009 á slóðina http://www.fjarmalaraduneyti.is/media/Utgefin_rit/Stefna_um_nyskipan_i_rikisrekstri_1996.
- Umboðsmaður Alþingis, Ársskýrsla fyrir árið 2006.
- Útvistunarstefna ríkisins, ríkið sem upplýstur kaupandi þjónustu. Fjármálaráðuneytið 2006. Sótt 21. febrúar 2011 á slóðina: http://www.fjarmalaraduneyti.is/media/Utgefin_rit/Utvistunarstefna-rikisins.pdf
- Umboðsmaður Alþingis, Ársskýrsla fyrir árið 2006.
- Þjónustusamningar - handbók. Fjármálaráðuneytið 2005. Sótt 21. febrúar 2011 á slóðina: http://www.stjornendavefur.is/media/Utgefin_rit/Thjonustusamningar_Handbok_jan2005.pdf

Alþingistiðindi

- Frumvarp til stjórnarsýslulaga, 116. lþ., þskj. 505, 313. mál. Vefútgáfa Alþingistiðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/116/s/0505.html>. [Sótt á vefinn 21.2.2011].
- Frumvarp til laga um fjárreiður ríkisins, 121. lþ., þskj. 103 og 1102, 100. mál Vefútgáfa

Alþingistiðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/121/s/0103.html> og <http://www.althingi.is/altext/121/s/1102.html> [Sótt á vefinn 21.2.2011]

Frumvarp til laga um háskóla, 132. lþ., þskj. 654, 433. mál. Vefútgáfa Alþingistiðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/132/s/0654.html> [Sótt á vefinn 21.2.2011]

Frumvarp til laga um grunnskóla, 135. lþ., þskj. 319, 285. mál. Vefútgáfa Alþingisriðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/132/s/0654.html> [Sótt á vefinn 21.2.2011]

Frumvarp til upplýsingalaga, 139. lþ., þskj. 502, 381. mál. Vefútgáfa Alþingistiðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/139/s/0502.html> [Sótt á vefinn 21.2.2011]

Hæstaréttardómar

H. 125/2000

H. 19/2008

Álit umboðsmanns Alþingis, aðgengileg á umbodsmaduralthingis.is

UA 1852/1996

UA 2530/1999

UA 4552/2005

UA 5084/2007

UA 4904/2007

UA 5455/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007

UA 5544/2008

UA 5649/2009

Óbirtir úrskurðir áfryjunnarnefndar í kærumálum háskólanema

Mál nr. 1/2004

Mál nr. 3/2998

Mál nr. 1/2010

Mál nr. 3/2010

Ársskýrsla umboðsmanns norska Þjóðþingsins,

Ombudsmannens Arsmelding 2005, bls. 152. Aðgengileg á: <http://www.sivilombudsmannen.no/getfile.php/Filer/%C3%85rsmelding/armelding2005.pdf>

Vefsíður

<http://bifrost.is/islenska/um-haskolann/stjornsysla-og-skipulag/samthykkir/>

<http://bifrost.is/islenska/um-haskolann/stjornsysla-og-skipulag/reglugerd/>

<http://www.hr.is/haskolinn/reglugerd-hr/>

<http://www.hr.is/haskolinn/nams-og-profareglur/>

<http://lhi.is/skolinn/skipulag-og-stjornsysla/skipulagsskra/>

<http://lhi.is/skolinn/log-og-reglur/reglur-lhi-2010-2011/>

<http://www.stjornendavefur.is/stjornun/thjonustusamningar/>

<http://www.verslo.is/skolinn/skipulagsskra/>

<http://www.verslo.is/skolinn/skolareglur/>



Hafsteinn Dan Kristjánsson

Mag. jur. og lögfræðingur hjá umboðsmanni Alþingis.

HEIMILDIR STJÓRNVALDA TIL AÐ TAKA AFSTÖÐU TIL ÞESS HVORT LÖG SAMRÝMIST STJÓRNARSKRÁNNI

1. INNGANGUR	80
2. HLOTVERK STJÓRNVALDA ER AÐ FRAMKVÆMA LÖG	82
3. STJÓRNVÖLD ERU BUNDIN AF STJÓRNARSKRÁNNI RÉTT EINS OG AÐRIR HANDHAFAR RÍKISVALDS	84
4. STJÓRNVÖLD VERÐA AÐ VIRÐA HLOTVERK LÖGGJAFANS OG DÓMENDA Í STJÓRNSKIPUNINNI	88
4.1 <i>Hvað felst í því að dómstólar virða lög að vettugi?</i>	88
4.2 <i>Svigrúm stjórnvalda til að láta hjá líða að beita lögum o.fl.</i>	90
5. ÁLYKTANIR OG NIÐURSTÖÐUR	93

1. INNGANGUR¹

Stjórnvöld leysa í síauknum mæli úr réttarágreiðingum sem varðar líf og hagsmuni borgaranna. Sum þessara mála enda á borðum dómstóla. Mál sem tilheyra sumum málaflokkum virðast þó af einhverjum ástæðum lítt koma til kasta þeirra, t.d. þeir er varða löggjöf um almannatryggingar og félagsþjónustu. Borgararnir bera stundum fyrir sig að eitthvert ákvæði stjórnarskrárinnar hafi verið brotið og jafnvel að lög Alþingis samrýmist ekki stjórnarskránni. Sú spurning vaknar þá hvort úrlausnaráðilar innan stjórnkerfis framkvæmdarvaldsins hafi heimildir til að taka afstöðu til þess álítaefnis og eftir atvikum ákveðið að láta hjá líða að leggja lög til grundvallar úrlausn sinni, þ.e. að beita ekki lögum, á þeirri forsendu að þau samrýmist ekki stjórnarskránni. Hér er gengið út frá því að þessi heimild, þ.e. heimild stjórnvalda til að beita ekki lögum sem samrýmast ekki stjórnarskránni, sé ólík endurskoðunar- og úrlausnarvaldi dómstóla, þ.e. heimild dómstóla til að kveða á um það endanlega og með bindandi hætti hvort lög samrýmist stjórnarskránni.²

Ef stjórnvöld hafa ekki slíka heimild komast málsástæður og lagarök borgaranna um þetta efni ekki að og fá þar af leiðandi ekki efnisúrlausn. Í þessu sambandi má

vekja athygli á eftirfarandi forsendum yfirsattaneðndar í máli nr. 366/2003 en þar segir:

Vegna athugasemda kæranda í kæru til yfirsattaneðndar varðandi jafnræðisreglu stjórnskipunarlaganna í þessu sambandi, sbr. 65. gr. stjórnskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, skal tekið fram að yfirsattaneðnd á ekki úrskurðarvald um það hvort lagareglur kunni að fara í bága við einstök ákvæði stjórnskrárinnar og er því ekki bær til umfjöllunar um málsástæður sem á slíku eru byggðar. Samkvæmt stjórnskipunarvenju er það regla íslensks réttar að dómstólar eiga úrlausn þess hvort lög verði samþýdd stjórnskránni. Yfirsattaneðnd er stjórnvald og hefur samkvæmt því ekki hliðstætt hlutverk hvorki samkvæmt réttarframkvæmd né á öðrum grundvelli. Með vísan til þess og fyrrgreinds ákvæðis 2. mgr. 1. tölul. 74. gr. laga nr. 75/1981 verður að hafna aðalkröfu kæranda.³

Við slíkar aðstæður verður borgarinn að sæta því að leyst sé úr máli hans af hálfu framkvæmdarvaldsins án tillits til þessa efnisatriðis og í framhaldinu að freista þess að hnekkja úrskurði stjórnvaldsins fyrir almennum dómstólum. Á þetta viðhorf hefur verið fallist í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 12. júní 2002.⁴ Dómurinn var ekki staðfestur með vísan til forsendna í Hrd. 2003, bls. 2329 (mál nr. 499/2002) (afturvirk skattlagning).

¹ Ég færi þeim Berglinni Báru Sigurjónsdóttur, skrifstofustjóra hjá umboðsmanni Alþingis, Elísabetu Gísladóttur, lögræðingi hjá umboðsmanni barna, Friðriki Árna Friðriksyni Hirst, lögræðingi, Gunnari Páli Baldvínssyni, aðstoðarmanni hæstaréttardómara, Hafsteini Þór Hauksyni, lektor við lagadeild Háskóla Íslands, Kjartani Bjarna Björgvínssyni, aðstoðarmanni dómara við EFTA-dómstólinn og Særúnu Maríu Gunnarsdóttur, lögræðingi hjá umboðsmanni Alþingis, bestu þakkir fyrir að hafa lesið yfir ymis drög að ritgerðinni og komið með athugasemdir og ábendingar um það sem betur mætti fara. Ég ber þó að sjálfsgöðu einn ábyrgð á efni ritgerðarinnar.

² Í skrifum fræðimanna er ekki alltaf ljóst hvort þeir geri þennan greinarmun, sbr. t.d. Poul Andersen: *Dansk forfatningsret*, bls. 475, Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 418 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 446-447.

³ Sjá einnig úrskurði yfirsattaneðndar í málum nr. 787/1998, 213/2001 og 181/2006. Sjá sambærilegar forsendur hjá úrskurðarnefnd fæðingar- og foreldraorlofsmála í máli nr.

37/2010 en þar segir: „Af hálfu kæranda er því haldið fram að sú regla [laga nr. 95/2000 um fæðingar- og foreldraorlof], sem gerir lögheimili á Íslandi að skilyrði fæðingarstyrks foreldris utan vinnumarkaðar, fari gegn jafnræðisreglu stjórnskrárinnar. Af þessu tilefni skal tekið fram að úrskurðarnefndin á ekki úrskurðarvald um það hvort lagareglur kunni að fara í bága við einstök ákvæði stjórnskrárinnar og er því ekki bær til umfjöllunar um málsástæður sem á slíku eru byggðar. Samkvæmt stjórnskipunarvenju er það regla íslensks réttar að dómstólar eigi úrlausn þess hvort lög teljist samþýðanleg ákvæðum stjórnskrárinnar. Úrskurðarnefnd fæðingar- og foreldraorlofsmála er stjórnvald og hefur samkvæmt því ekki hliðstætt hlutverk hvorki samkvæmt réttarframkvæmd né á öðrum grundvelli.“

⁴ Í forsendum héraðsdómsins er gerð grein fyrir sambærilegum röksemdum yfirsattaneðndar en síðan segir: „Dómurinn fellst á ályktun yfirsattaneðndar um valdsvið sitt.“

Ef stjórnvöldum er játuð slík heimild kann sú sérstaka staða að vera fyrir hendi að handhafi framkvæmdarvalds lætur hjá líða að beita lögum Alþingis og það þrátt fyrir að hann sé að öllu jöfnu bundinn af lögum í störfum sínum.⁵ Því er ekki úr vegi að velta fyrir sér hvort og þá hvaða svigrúm stjórnvöld hafa til að láta hjá líða að beita tilteknum lögum við úrlausn sína um réttarágreining borgaranna á þeirri forsendu að þau samrýmist ekki stjórnarskránni.⁶

Í eftirfarandi umfjöllun verður aðallega horft til þeirrar stöðu þegar því er haldið fram að lög Alþingis brjóti í bága við mannréttindaákvæði stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjskr.) og bent á þá togstreitu sem er á milli þess að stjórnvöldum ber að fylgja lögum sem Alþingi samþykkir en jafnframt að virða stjórnarskrána.

Þessi togstreita endurspeglar t.d. í c-lið 8. gr. og b-lið 9. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð. Samkvæmt fyrrnefnda ákvæðinu verður ráðherra ábyrgur samkvæmt lögnum ef hann framkvæmir sjálfur, fyrirskipar framkvæmd á eða lætur viðgangast að framkvæmt sé nokkuð það, er fer í bága við stjórnarskrána, eða lætur farast fyrir að framkvæma nokkuð það, sem þar er fyrirskipað eða veldur því, að framkvæmd þess farist fyrir. Ákvæði þetta er almennt og tekur til allra stjórnarskrárbrota.⁷ Af texta ákvæðisins virðist mega ráða að það sé túlkunarkostur að það geti varðað ráðherra refsíabyrgð að framfylgja lögum sem brjóta í bága við stjórnarskrána, sbr. orðalagið „að framkvæmt sé nokkuð það, er fer í bága við stjórnarskrána“. Því er ekki haldið fram að túlka beri ákvæðið með þessum hætti en í 4.

kafla verður vikið nánar að þessu álitaefni. Aðalatriðið er að ákvæðið er til marks um að handhöfum framkvæmdarvalds ber að virða stjórnarskrána í störfum sínum.

Samkvæmt b-lið 9. gr. laga nr. 4/1963 varðar það ráðherra ábyrgð samkvæmt lögnum, ef hann veldur því, að brotið sé gegn öðrum lögum landsins en stjórnskipunarlögum með því að framkvæma eða valda því, að framkvæmt sé nokkuð það, er fer í bága við fyrirmæli laganna, eða með því að láta nokkuð ógert, sem heimitað er í lögum, eða verða þess valdur, að slík framkvæmd farist fyrir. Ákvæði þetta kveður á um að það geti meðal annars varðað ráðherra refsíabyrgð að brjóta í bága við formreglu stjórnskipulegrar lögmætisreglu. Ákvæðið byggist á því að það sé hlutverk ráðherra sem æðsta handhafa framkvæmdarvalds að sjá um að þau lög sem Alþingi samþykkir séu framkvæmd. Á það hefur jafnframt verið bent að 9. gr. taki til allra annarra réttarheimilda en stjórnarskrárinnar.⁸

Í 2. kafla verður gerð grein fyrir þeim rökum sem mæla gegn því að stjórnvöldum sé játuð sú heimild sem er hér er fjallað um en í 3. kafla verður gerð grein fyrir þeim rökum sem mæla með því. Rökstutt verður að stjórnvöldum sé stætt á því við vissar aðstæður að láta hjá líða að framkvæma lög sem fara í bága við mannréttindareglur stjórnarskrárinnar en um það álitaefni ríkir þó réttaróvissa. Í 4. kafla verður síðan fjallað um hvaða svigrúm stjórnvöld hafa í þessu efni ef á annað borð er fallist á að þau hafi slíka heimild og getið þeirra afleiðinga sem það getur haft í för með sér að nýta hana. Að lokum verða í 5. kafla dregnar saman helstu ályktanir og niðurstöður.

⁵ Í þessari umfjöllun verður orðasambandið „lög Alþingis“ notað yfir lög í stjórnlagafræðilegri merkingu, sbr. 44. gr. stjskr., þ.e. lög sem Alþingi setur og forseti Íslands staðfestir með undirskrift sinni, sbr. 26. gr. stjskr.

⁶ Ekki verður séð að um auðugan garð sé að gresja í yngri fræðiskrifum í íslenskum og dönskum stjórnskipunar- og stjórnsýslurétti um álitaefnið. Í kafla 2 verður þó getið viðhorfa Poul Andersen, Ólafs Jóhannessonar og Gunnars G. Schram. Þá

er höfundur ekki kunnugt um neina dóma Hæstaréttar Íslands þar sem tekin er bein afstaða til álitaefnisins.

⁷ Alþt. 1962, A-deild, bls. 168.

⁸ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, I. hluti*, bls. 165-166 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 173.

2. HLUTVERK STJÓRNVALDA ER AÐ FRAMKVÆMA LÖG

Í íslenskum rétti er byggt á þeirri stjórnskipunarvenju⁹ að dómstólar hafi úrskurðar- og endurskoðunarvald um stjórnskipulegt gildi laga, þ.e. geti fjallað um hvort lög hafa verið sett á stjórnskipulega réttan hátt og hvort þau séu að efni til í samræmi við ákvæði stjórnarskrárinnar, sbr. t.d. *Hrd. 1943, bls. 237 (Hröfnkatla)*.¹⁰ Dómstólar byggja ekki á lagaákvæðum í dómum sínum sem þeir telja brjóta í bága við stjórnarskrána heldur virða þau að vettugi,¹¹ sbr. *Hrd. 2003, bls. 3411 (mál nr. 549/2002) (Öryrkjadómur II)*. Það er hins vegar ekki á færi dómstóla að afnema lög heldur er löggjafinn einn bær til þess.¹²

Þessi stjórnskipunarvenja tekur samkvæmt efni sínu ekki til stjórnvalda enda fara þau ekki með dómvaldið. Þau fara með framkvæmdarvaldið, sbr. 2. gr. stjkskr. Íslensk stjórnskipun er jafnframt byggð á þeirri grundvallarreglu að stjórnýslan er bundin af lögum. Regla þessi hefur verið nefnd lögmætisreglan og er ein af grundvallarreglum réttarríkisins. Í henni felst að ákvarðanir og athafnir stjórnvalda verða að vera í samræmi við lög og ákvarðanir og athafnir þeirra sem eru mikilvægar og/eða þýðingarmiklar fyrir borgarann, almenning eða samfélagið verða að eiga sér viðhlitandi stoð í lögum.

Lögmætisregla þessi á sér stoð í 2. gr. stjkskr.¹³ Það er því engum vafa undirorpið að hlutverk stjórnvalda er að framkvæma lög Alþingis. Í því felst meðal annars að stjórnvöld verða að byggja úrlausnir sínar á lögum Alþingis hvort sem þeim líkar þau betur eða verr. Ef úrlausn samþýðist ekki lögum telst það almennt vera verulegur anmarki sem getur leitt til ógildingar hennar.¹⁴ Þá getur það varðað starfsmenn stjórnvalda starfsmannaréttarlegum viðurlögum, bóta- og refsiviðurlögum að gæta ekki að lögum við framkvæmd starfa sinna.¹⁵

Stjórnvöldum er að jafnaði komið á fót með lögum Alþingis þar sem starfssvið þeirra og verkefni eru afmörkuð. Í slíkum lögum er stundum kveðið á um það að hlutverk tiltekkinnar úrskurðarnefndar sé að kveða upp úrskurði um ágreiningsefni sem kunna að rísa á grundvelli hlutaðeigandi laga. Starfssvið nefndar er þá afmarkað við ágreiningsefni sem varða tiltekin lög. Í slíkum lögum og öðrum sem kveða á um starfssvið stjórnvalda er þó almennt ekki kveðið á um að stjórnvöld geti tekið afstöðu til þess hvort lög samrýmist stjórnarskránni og þá með þeim afleiðingum að þeim sem sé heimilt að láta hjá líða að leggja þau til grundvallar úrlausn sinni ef þau gera það ekki.

Poul Andersen hefur í tengslum við valdsvið stjórnvalda bent á röksemdir gegn því að

9 Velta má því fyrir sér hvort umrædd venja teljist til réttarvenju eða venju við tulkun á hugtakinu „dómvald“ í 2. gr. stjkskr.

10 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 410-413 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarrettur*, bls. 434.

11 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 412-413, Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarrettur*, bls. 442, Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, bls. 487 og 493-497, Ragnhildur Helgadóttir og Þór Vilhjálmsson: „Hæstiréttur og stjórnarskráin“, bls. 83-85, Sigurður Lindal: *Um lög og lögræði*, bls. 86, Hafsteinn Þór Hauksson: „Stjórnarskráhyggja og stjórnarskrárgildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála“, bls. 524-529 og Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, bls. 8.

12 Um rök að baki endurskoðunarvaldi dómstóla sjá t.d. Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarrettur. Mannréttindi*, bls. 59-60 og Ragnhildi Helgadóttur: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“ *Úlfliótur*,

2002 (1), bls. 106.

13 Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnskipuleg lögmætisregla“ *Úlfliótur*, 2009 (4) bls. 423, 428-431, 438 og 442-444. Sjá einnig Ólaf Jóhannesson: *Stjórnarfararsrettur*, bls. 232-238, Pál Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“, bls. 401-402 og 420, *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 18-19 og Gauk Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 9.

14 *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 112 og Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðanna“, bls. 264-265.

15 Um viðurlög við réttarbrotum starfsmanna stjórnvalda sjá: *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 118-130, Róbert R. Spanó: „Lagareglur um refsíabýrgð opinberra starfsmanna“, bls. 511-531 og Róbert R. Spanó: „Verknaðarlýsingar XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi“ *Timarit lögræðinga*, 2002 (4) bls. 357-385. Sjá til hliðsjónar 1. mgr. 132. og 141. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Um skaðbótaábyrgð starfsmanna sjá *Hrd. frá 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 (skipun heraðsdómara)*.

stjórnvöld geti vikið til hliðar lögum.¹⁶ Hann telur að löggjafinn geti sett lög þar sem úrskurðarvald stjórnvalda er takmarkað að þessu leytnu til en það gæti löggjafinn ekki gert varðandi endurskoðunarvald dómstóla. Síðan tekur hann fram að fyrst löggjafinn getur afnumið úrskurðarvald stjórnvalda verði að ganga út frá því að í öðrum tilvikum geti stjórnvöld ekki heldur vikið til hliðar lögum. Hann bendir einnig á að heimildir stjórnvalda væru að öðrum kosti viðtækari en dómstóla því stjórnvöld eru ekki bundin við kröfugerð borgaranna líkt og dómstólar og að dómstólar séu betur til þess fallnir að taka afstöðu til slíkra álítaefna en stjórnvöld.¹⁷

Ólafur Jóhannesson og Gunnar G. Schram fjalla um hvort framkvæmdarvaldið geti úrskurðað um það hvort í lögum séu ákvæði andstæð stjórnarskrá og hvort stjórnvöld geti án undangengis dómsúrskurðar vikið til hliðar lagaákvæðum, sem slíkum annmarka eru haldin að þeirra dómi. Í umfjöllun þeirra er álítaefnið endurorðað á þann hátt að það snúist um það hvort stjórnvöldum sé vítalaut að láta vera að framkvæma slík lög. Svar þeirra við spurningunni er nei. Þeir benda á að lög um ráðherraábyrgð séu það rúm að þau gætu eftir orðum sínum tekið til þess tilviks þegar ráðherra framkvæmir eða fyrirskipar framkvæmd á almennum lögum sem brjóta í bága við stjórnarskrána. Þó sé það ekki meðal brota ráðherra að útvega staðfestingu á almennum lögum sem brjóta kunna í bága við stjórnarskrána. Sú athöfn

virðist því vera refsilaus. Með hliðsjón af því draga þeir í efa að ráðherra yrði refsað fyrir framkvæmd samkvæmt lagabóði þótt þau lög reyndust svo andstæð stjórnarskrá. Þeir taka þó fram að sennilega yrði ráðherra ekki refsað fyrir vanrækslu þótt hann léti framkvæmd slíkra laga farast fyrir. Aðalreglan sé þó sú að stjórnvöld hafi ekki sjálfstætt úrskurðarvald.¹⁸

Við þessar röksemdir má bæta því við að þrátt fyrir að löggjafinn hafi ekki sjálfðæmi um mat á því hvort lög hans samrýmast stjórnarskránni í íslenskum rétti er það mat í fyrstu atrennu hjá honum.¹⁹ Þegar Alþingi hefur framkvæmt það mat og samþykkt lög sem forsetinn hefur staðfest með undirritun sinni er það hlutverk framkvæmdarvaldsins að birta þau og framfylgja þeim. Það er síðan verkefni dómstóla, sbr. áðurnefnda stjórnskipunarvenju og 2. gr. stjskr., að taka afstöðu til þess, ef á reynir, með endanlegum hætti hvort lögín samrýmist stjórnarskránni. Réttaröryggi borgaranna er nægjanlega tryggt á þann hátt. Það leiði af lögmatísreglunni og lagaáskilnaðarreglum VII. kafla stjórnarskrárinnar að stjórnarskrárgjafinn hafi falið handhöfum löggjafarvalds þetta mat en ekki framkvæmdarvaldinu. Það væri ankannaleg staða ef stjórnvöld gætu komið sér undan því að beita lögum með því einu að staðhæfa að þau samrýmist ekki stjórnarskránni. Það er ekki þeirra hlutverk að taka afstöðu til þess og raunar er engin réttarheimild í íslenskum rétti sambærileg við fyrrnefnda

16 Það athugast að í umfjölluninni notar hann orðið „tilsidesætt“, sbr. Poul Andersen: *Dansk forfatningsret*, bls. 475, en það kann að benda til þess að umfjöllun hans er miðuð við það álítaefni hvort heimildir stjórnvalda séu hliðstæðar dómstóla að þessu leytnu til, þ.e. heimild til að kveða á um það með endanlegum og bindandi hætti hvort lög standist stjórnarskrá. Eins og komið verður inn á í 3. kafla er því ekki haldið fram hér að heimildir handhafa dómsvalds og framkvæmdarvalds séu hliðstæðar.

17 Poul Andersen: *Dansk forfatningsret*, bls. 476-477. Hann nefnir jafnframt áðrar röksemdir, s.s. að dönsku grunnlögin geti dómstólanna en ekki stjórnvalda.

18 Sjá Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 418 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarrettur*, bls. 446-447. Af umfjöllun þeirra verður ekki ljóslega ráðið hvort þeir

geri skýran greinarmun á heimild til að beita ekki lögum og heimild til að kveða á um það með endanlegum og bindandi hætti hvort lög standist stjórnarskrá. Niðurstæða þeirra er sú að „aðalreglan“ er sú að stjórnvöld hafi ekki „sjálfstætt úrskurðarvald“ en þó yrði ráðherrum sennilega ekki refsað ef þeir framkvæmdu ekki lög sem brytu í bága við stjórnarskrána. **19** Sjá til hliðsjónar 47. gr. stjskr. en samkvæmt því ákvæði skal sérhver nýr þingmaður vinna drengskaparheit að stjórnarskránni, þegar kosning hans hefur verið tekin gild.

stjórnskipunarvenju sem ljáir stjórnvöldum slíka heimild.²⁰

Þau rök sem hér hafa verið tíunduð mæla gegn því að stjórnvöld hafi eða sé játuð heimild til að láta hjá líða að beita lögum í úrlausnum sínum á þeirri forsendu að þau samrýmist ekki stjórnarskránni.²¹

3. STJÓRNVÖLD ERU BUNDIN AF STJÓRNARSKRÁNNI RÉTT EINS OG AÐRIR HANDHAFAR RÍKIS- VALDS

Ótvírætt er að í íslenskum rétti er stjórnarskráin réttþæsta réttarheimildin og þar með æðri lögum Alþingis. Allir handhafar ríkisvalds eru bundnir af fyrirmælum stjórnarskrárinnar og takmarkar hún þá í störfum þeirra.²² Af þessu leiðir að handhafar framkvæmdarvalds þurfa að gæta að ákvæðum stjórnarskrárinnar í störfum sínum.²³ Stjórnvöld verða því að taka tillit til stjórnarskrárinnar þegar þau túlka lög, taka stjórnvaldsákvæðanir, setja almenn stjórnvaldsfyrirmæli eða sinna öðrum verkefnum. Ef það reynir á lagaheimild í störfum stjórnvalda þar sem fleiri túlkunarkostir en einn eru fyrir hendi og þar sem a.m.k. einn túlkunarkostur leiðir til þess að lög séu stjórnarskránni ósamþýðanleg en a.m.k. einn til þess að lög samrýmist stjórnarskránni ber að velja þann síðari.²⁴ Það eru hins vegar takmörk fyrir því að hvaða marki lög verða *túlkuð* svo að þau samrýmist stjórnarskránni.

20 Sjá í þessu sambandi megin röksemdina í fyrrnefndum úrskurðum yfirskattanefndar nr. 787/1998, 213/2001, 366/2003 og 181/2006 og úrskurði fæðingar- og foreldraorlofsmála nr. 37/2010.

21 Um önnur rök má benda á Einar Arnórsson: *Ágrip af íslenzkri stjórnlagafraði*, bls. 49, en þar segir: „Ekki kemur til mála að yfirvöldin sje her úrskurðarber, því að þau standa að sumu leyti undir dómsvaldinu og að flestu leyti undir löggjafarþinginu.“ Það athugast þó að þessi texti er settur fram í tengslum við það hvaða handhafi ríkisvalds eigi að hafa úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga en ekki hvort stjórnvöldum sé heimilt að beita ekki lögum sem samrýmast ekki stjórnarskránni.

22 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 402 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 433.

Hver er þá staða stjórnvalds þegar lög verða ekki túlkuð til samræmis við stjórnarskrána og áhöld eru um hvort þau standist hana? Eins og áður hefur verið vikið að kristallast vandamálið í þessu: Stjórnvöld eru bundin af lögum en jafnframt af stjórnarskránni. Tökum dæmi um öfgakennd tilvik. Alþingi setur lög sem forsetinn staðfestir með undirskrift sinni um að:

- a) séu tilteknir einstaklingar grunaðir um alvarleg refsilagabrot og mannlíf eða verulegir hagsmunir eru í húfi sé heimilt að beita þá líkamlegu valdi, sem ella væri refsivert samkvæmt 217. og 218. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, til að ná fram mikilvægum upplýsingum;
- b) óheimilt sé að veita samkynhneigðum einstaklingum örorkulífeyri þótt þeir fullnægi að öðru leyti sömu skilyrðum og aðrir;
- c) konur skulu að jafnaði borga helmingi hærrí sektir vegna skattalagabrota en karlmenn;
- d) hámarksgreiðsla til asískra mæðra úr fæðingar- og foreldraorlofssjóði sé fimmtungi lægri en hámarksgreiðsla til annarra mæðra;
- e) heimilt sé að birta sjúkraskrár almannaþeróna á netinu.

Þótt þessi dæmi séu gróf og bersýnileg brot á ákvæðum stjórnarskrárinnar²⁵ og ólíklegt að slík ákvæði verði sett í íslensk lög

23 Samkvæmt 1. málsl. 10. gr. stjkskr. skal forsetinn vinna eið eða drengskaparheit að stjórnarskránni, er hann tekur við störfum. Samkvæmt 2. máls. 2. mgr. 20. gr. stjkskr. skulu embættismenn, þ. á m. ráðherrar, gera slíkt hið sama. Samkvæmt 1. og 2. másl. 14. gr. stjkskr. bera ráðherrar ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum. Ráðherraábyrgð er ákveðin með lögum, sbr. nú lög nr. 4/1963. Í þeim lögum, þ.e. 8. gr., er kveðið á um stjórnarskrárbrot ráðherra.

24 Sjá t.d. Röbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða* bls. 246-248, Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, bls. 418-426 og Max Sørsenson: *Statsforfatningen*, bls. 302-303.

25 Það er ákvæðum 1. mgr. 68. gr. 1. og 2. mgr. 65. gr. og 1. mgr. 71. gr. stjkskr.

er engu að síður hagnýtt að velta því fyrir sér hver staða handhafa framkvæmdarvaldsins væri í slíkum tilvikum. Bæri stjórnvöldum að fylgja lögnum í þessum tilvikum á þeirri forsendu að það sé dómstólanna að skera úr um það hvort lög standist stjórnarskrána?

Hér verða færð rök fyrir því að svara beri spurningunni neitandi.²⁶ Í fyrsta lagi er þess að geta, eins og nú þegar hefur komið fram, að handhafar framkvæmdarvalds eru bundnir af stjórnarskránni og hún er réttthæsta réttarheimildin í íslenskum rétti. Því má færa fram þau rök að handhöfum framkvæmdarvaldsins beri að leggja mat á stjórnskipulegt gildi laga rétt eins og löggjafanum enda er mat löggjafans ekki endanlegt í íslenskum rétti. Í þessum tilvikum eru stjórnvöld ekki viljalaust verkfæri löggjafans. Þótt stjórnvöld séu bundin af lögum í störfum sínum, sbr. lögmætisreglu 2. gr. stjksr., er það *forsenda* fyrir því að lög hafi réttaráhrif samkvæmt efni sínu að þau brjóti ekki í bága við stjórnarskrána.²⁷ Lög sem brjóta í bága við stjórnarskrána geta því ekki bundið handhafa framkvæmdarvalds. Ef stjórnvöld létu hjá líða að framfylgja lögum sem væru bersýnilegt brot á stjórnarskránni myndi það ekki fela í sér brot á stjórnskipulegri lögmætisreglu. Enn fremur bæri að sýkna ráðherra fyrir brot á b-líð 9. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð.²⁸

Þessa forsendu má nálgast með öðrum hætti. Af henni leiðir að það er ekki svo að lög Alþingis séu skuldbindandi fyrir stjórnvöld þar til dómstóll hefur skorið úr um að þau brjóti í bága við stjórnarskrána. Lög Alþingis eru ekki skuldbindandi fyrir stjórnvöld ef og þá að því marki sem þau brjóta í bága

við stjórnarskrána *óháð* því hvort dómstóll hefur úrskurðað um stjórnskipulegt gildi þeirra. Til þess að þetta gangi upp er það önnur mikilvæg forsenda að einhver aðili, t.d. dómstóll, hafi á síðari stígum vald til að kveða á um stjórnskipulegt gildi laga með endanlegum hætti. Hafi aðili sem hefur vald til að skera úr um stjórnskipulegt gildi laga með endanlegum hætti nú þegar gert það eru stjórnvöld bundin af þeirri niðurstöðu.²⁹

Á þessum grundvelli er hægt að svara þeim rökum sem bæði *Poul Andersen* og yfirskattanefnd og úrskurðarnefnd fæðingar- og foreldraorlofsmála hafa haldið á lofti og gerð var grein fyrir í 2. kafla, þ.e. að löggjafinn gæti afnumið heimildir stjórnvalda að þessu leytnu til og engin réttarheimild sambærileg þeirri stjórnskipunarvenju sem endurskoðunarvald dómstóla byggist á gildi um stjórnvöld. Það þarf enga sérstaka réttarheimild til þess að stjórnvöld láti hjá líða að beita lögum sem ganga í berhögg við stjórnarskrána enda eru slík lög ekki skuldbindandi. Réttthæð réttarheimildanna og afleiðingar af árekstri réttarheimilda nægir í þessu sambandi. Ef réttlægri réttarheimild gengur í berhögg við réttthærra réttarheimild verður hin fyrrnefnda ekki lögð til grundvallar að því marki sem hún er ósamrýmanleg þeirri síðarnefndu. Sömuleiðis væru lög, sem kvæðu á um að stjórnvöldum bæri að hunsu að lög brytu í bága við stjórnarskrána, markleysa ef þessar forsendur eru lagðar til grundvallar.

Við þetta má bæta að þrátt fyrir að starfssvið úrskurðarnefnda og ráðuneyta sé oft bundið við tiltekin lög getur úrskurðarvald þeirra náð til fleiri atriða, t.d. hvort gætt hafi verið að ákvæðum stjórnvöldum

26 Rétt þykir að áréttað að ekki er um auðgan garð að gresja í fræðiskrifum um þetta álitaefni. Röksemdafærslan er því hugarsmið höfundar.

27 Sjá í þessu sambandi forgangsregluna *Lex superior derogat legi inferiori* en af henni leiðir að réttlægri réttarheimild sem gengur í berhögg við réttthærra réttarheimild verður ekki lögð til grundvallar. Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaakvæða*, bls. 77-78, Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 224 og til hliðsjónar Sigurð Lindal: *Um lög og lögfræði*, bls.

132.

28 Sjá til hliðsjónar Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 418, en þar segir: „... [ráðherra] yrði sennilega ekki refsað fyrir vanrækslu, þótt hann léti framkvæmd þvillkra laga [þ.e. þeirra sem brjóta í bága við stjórnarskrána] farast fyrir.“

29 Sjá til hliðsjónar Johs. Andenæs: *Statsforfatningen i Norge*, bls. 228, en þar tekur hann fram að norskur grunnlögin takmarki handhafa ríkisvalds. Það er hins vegar önnur spurning hver hafi vald til að leysa úr úr slíkum álitaefnum.

nr. 37/1993 og óskráðum meginreglum stjórnssýsluréttar. Úrskurðarvald æðra settra stjórnvalda nær því almennt til þess hvort stjórnvöld hafi gætt að réttum málsmeðferðarreglum og að öðru leyti hegðað sér í samræmi við þau tilteknu lög sem starfssvið þeirra nær til. Jafnframt geta æðra sett stjórnvöld tekið afstöðu til tiltekinna almennra atriða, t.d. hvort reglugerð hafi verið birt með fullnægjandi hætti.³⁰ Þótt valdsvið stjórnvalda sé afmarkað við að skera úr um hvort gætt hafi verið að tilteknum lögum útilokar það ekki að stjórnvöld geti látið hjá líða að beita þeim tilteknu lögum. Ofangreind forsenda myndi teljast til eins af þeim almennu atriðum sem stjórnvöld geta tekið afstöðu til.

Í öðru lagi er til þess að líta að í íslenskum rétti hefur löggjafinn ekki sjálfðæmi um það hvort lög samrýmist stjórnarskránni. Endanlegt úrskurðarvald er hjá dómstólunum. Þegar stjórnvöld beita lögum, sem dómstólar hafa ekki tekið afstöðu til, liggur því ekki fyrir með endanlegum hætti hvort þau samrýmist stjórnarskránni. Sá möguleiki er því fyrir hendi að borgararnir geti freistað þess fyrir almennum dómstólum að fá viðurkenningu á því að tilteknum lögum verði ekki beitt, gert kröfu um að stjórnvaldsathöfn verði ógilt eða um skaðabætur fyrir tjón sem þeir hafa orðið fyrir. Það er óeðlilegt að framkvæmdarvaldinu væri skylt við

þessar aðstæður að taka ákvarðanir og framfylgja lögum sem fela í sér gróft og bersýnilegt brot á stjórnarskránni einvörðungu vegna þess að dómstólar hafa ekki nú þegar kveðið á um stjórnskipulegt gildi þeirra. Það liggur í augum uppi að borgararnir myndu höfða dómsmál í beinu framhaldi af slíkri stjórnvaldsathöfn og getað fengið henni hnekk.³¹ Sömuleiðis væru stjórnvöld í sérstakri stöðu. Þau væru neydd til að úrskurða á tiltekinn hátt þótt fyrir lægi að úrskurðurinn væri haldinn ógildingarannmarka. Þessi staða kom upp í fyrrnefndum dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 12. júní 2002. Í forsendum dómsins segir:

Dómurinn fellst á ályktun yfirskattanefndar um valdsvið sitt. Úrskurðurinn er engum annmörkum haldin, sé gengið út frá því að lög nr. 137/1996 taki til tilviks stefnanda.

Dómurinn hefur á hinn bóginn komist að þeirri niðurstöðu að lögum nr. 137/1996 verði ekki beitt gagnvart stefnanda. Sú niðurstaða leiðir til þess að fallast ber á kröfu stefnanda og ógilda úrskurð yfirskattanefndar. [Leturbr: höf]

Hér verður að hafa í huga að endanlegt úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga hvílir hjá dómstólum en ekki löggjafanum. Því er ekki sjálfgefið að stjórnvöldum beri að ganga út frá því að lög standist stjórnarskrána í öllum tilvikum. Staðan er önnur í þeim þjóðríkjum þar sem endanlegt

³⁰ Um úrskurðarvald stjórnvalda og almenn atriði sjá Jens Gardie: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, bls. 338-339 og Bent Christensen: *Forvaltningsret. Prøvelse*, bls. 257.

³¹ Til upplýsingar má benda á að stuðst hefur verið við þessa tegund af röksemdafærslu þegar tekin er afstaða til þess hvort sýslumaður geti við aðför endurskoðað úrlausn stjórnvalds. Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Aðfarargerðir*, bls. 171-172, en þar segir: „Fyrst dómstólar hafa þetta vald [á grundvelli 60. gr. stjkskr.] í dómsmáli um aðfarargerð til að leggja mat á gerðir stjórnvalda, sem kunna að tengjast tilurð aðfararheimildar, væri óeðlilegt að viðurkenna ekki að sýslumenn geti gert það sama við framkvæmd gerðar, enda hefði gagnstæð niðurstaða að mörgu leyti óviðunandi afleiðingar. Ef sýslumaður hefði ekki þessa heimild, þá gæti hann til dæmis ekki synjað um

aðför samkvæmt yfirvaldsúrskurði til fullnustu á skyldu, sem yfirvaldinu brast bersýnilega vald til að kveða á um, og yrði hann því að láta gerðina ná fram að ganga. Þetta hefði lítið annað í för með sér en að rakleitt í kjölfarið gæti aðili að gerðinni krafist ógildingar á henni fyrir héraðsdómi í máli samkvæmt 15. kafla [laga nr. 90/1989 um aðför] og náð þannig fram á skömmum tíma þeim málalokum, sem sýslumann mundi skorta formlegt vald til að kveða á um. ... Er þó rétt að hafa í huga að gagnstætt því, sem á við um dómstóla, fer sýslumaður ekki með vald til að kveða á um ógildingu á gerðum yfirvalds undir þessum kringumstæðum, heldur aðeins til að neita að fylgja eftir skyldum samkvæmt yfirvaldsúrlausn eða sátt um aðför.“

mat á stjórnskipulegu gildi laga liggur hjá löggjafanum sjálfum enda verður þeirri niðurstöðu þá almennt ekki haggáð.³² Sú staða líkist því í okkar réttarkerfi þegar dómstóll hefur þegar komist að þeirri niðurstöðu að lög standist stjórnarskrána. Slík niðurstaða myndi binda stjórnvöld.³³

Jafnframt verður að hafa í huga að dómsúrlausn varðar tiltekinn réttarágreining og er aðeins bindandi um úrslit sakarefnis milli aðila máls, sem og fyrir dómara sem kváðu upp dóminn og aðra dómendur við hliðsetta dómstóla, sbr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Kröfugerð, dómsforsendur og dómsniðurstaða skipta miklu máli þegar dómur er túlkaður og tekin er afstaða til þess hvað sé bindandi með vísan til 116. gr. Hvað með aðra en aðila máls og þau tilvik sem falla fyrir utan það sem hefur verið tekin bein afstaða til í dómi? Tilvik þar sem reynir á löginn með lítillaga öðrum hætti. Einnig gætu önnur lagaákvæði sem eru fullkomlega sambærileg við það lagaákvæði sem dómstóll hefur komist að niðurstöðu um að brjóti í bága við stjórnarskrána verið til athugunar. Um er að ræða tilvik sem gætu fallið undir fordæmisáhrif dóms ef þau eru nægjanlega sambærileg. Hvað eiga stjórnvöld að gera í slíkum tilvikum? Ber stjórnvöldum að hafna því að fjalla um málsástæðu með vísan til þess að dómur sem hefur fallið taki ekki til þessara aðila eða til nákvæmlega þessa tilviks eða lagaákvæðis?

Í þriðja lagi, eins og komið hefur verið inn á hér að framan, er heimild

stjórnvalda til að láta hjá líða að beita lögum Alþingis allt annars eðlis en úrskurðar- og endurskoðunarvald dómstóla á stjórnskipulegu gildi laga. Í úrskurðar- og endurskoðunarvaldi dómstóla felst að skoríð er *endanlega* og með *bindandi* hætti úr um stjórnskipulegt gildi laga í tilteknu tilviki. Í því felst að lög verða ekki lögð til grundvallar þeirri dómsniðurstöðu, þ.e. þau hafa ekki réttaráhrif samkvæmt efni sínu. Þar sem niðurstaða dómstóla er *endanleg* hefur hún þau áhrif að aðrir handhafar ríkisvalds verða að virða hana. Þá verður að telja að á grundvelli fordæmisáhrifa dóms, einkum frá æðsta handhafa dómsvalds, geti slík niðurstaða haft viðtækari áhrif en aðeins gagnvart aðilum máls. Stjórnvöld hafa ekki slíkt vald. Láti þau hjá líða að beita lögum er enn óleyst úr því með endanlegum hætti hvort löginn brjóti í bága við stjórnarskrána eða hvort þau eiga að hafa réttaráhrif samkvæmt efni sínu. Þeirra staða er að þessu leytnu til ekki ólík því þegar borgari lætur hjá líða að hlýða lögum.³⁴ Sú ákvörðun að láta hjá líða að framfylgja lögum gæti jafnframt haft afleiðingar fyrir viðkomandi ráðherra og starfsmenn stjórnvalda ef hún reynist óforsvaranleg. Af þessari ástæðu er því ekki sama þörf á sérstakri réttarheimild til að kveða á um þessa heimild stjórnvalda enda er hún allt annars eðlis, hefur önnur áhrif og leiðir auk þess af réttthæð réttarheimildanna og þeirri stöðu að dómstólar kveða *endanlega* á um stjórnskipulegt gildi laga.³⁵

Sé fallist á framangreind rök er ekki þar með sagt að kiptt sé grundvellingum undan

32 Sjá í þessu sambandi Einar Arnórsson: *Ágrif af íslenskri stjórnlagafraeði*, bls. 49-50, en þar segir: „Annaðhvort er því, að dómstólar landsins þeir, sem nú eru, eru bærir að dæma þessi mál eða almenna löggjafarvaldið, þar á meðal vald það, er setur bráðabirgðalög, unz þau koma fyrir á þingið, á sjálfðæmi á þessum málum, úrskurðar sjálfst um valdsvið sitt til fullnaðar, svo að dómsvald og framkvæmdarvald yrði að beita almennum lögum, þar á meðal bráðabirgðalögum, þótt þau bryti í bág við stjórnarskrána.“

33 Takmörk eru þó fyrir því að hvaða leyti stjórnvöld eru bundin af fordæmum Hæstaréttar. Sem dæmi mætti nefna að um það væru sett lög að refsing við sérstaklega ógeðfelldu manndrápi samkvæmt 211. gr. almennra hegningarlaga nr.

19/1940 væri dauðarefsing í blóra við 2. mgr. 69. gr. stjkskr. Álitæfnið kæmi inn á borð Hæstaréttar sem myndi dæma að löginn stæðust stjórnarskrána. Slíkt lagaákvæði væri augljóst brot á stjórnarskránni og dómurinn því bersýnilega rangur. Slíkur dómur myndi því ekki hafa neitt fordæmisgildi.

34 Sjá í þessu sambandi þó 2. málsl. 60. gr. stjkskr. en þar kemur fram að enginn geti komið sér hjá að hlýða yfirvaldsboði í bráð með því að skjóta máli til dóms.

35 Af umfjöllun áðurgreindra fræðimanna um efnið er hins vegar, eins og áður hefur verið víkið að, ekki ljóst hvort þeir geri skýran greinarmun á ólíkum heimildum dómstóla og framkvæmarvalds en þeir styðjast við hugtakanotkunina að vikja til hliðar lögum (d. tilsidesætte).

stjórnskipuninni. Fyrst ber nefna að þau tilvik sem eru til umfjöllunar hér heyra til algerra undantekninga. Í annað stað er það ekki óþekkt að lögum sé ekki framfylgt eftir efni þeirra í stjórnsýslunni. Það getur gerst ýmist vegna þess að stjórnvald hefur túlkað lög of þröngt eða of rúmt. Þá eru einnig til lagaheimildir sem aldrei hefur verið beitt.

Að framangreindum röksemdum virtum verður að telja að stjórnvöld geti látið hjá líða að beita lögum þegar um *gróf og bersýnileg* brot á stjórnarskránni er að ræða enda er það forsenda þess að lög hafi réttaráhrif samkvæmt efni sínu að þau samrýmist henni. Álitafnið snýst því ekki um *hvort* stjórnvöld hafi þessa heimild heldur að *hvaða marki* þau hafa hana. Það er allt önnur spurning og verður vikið að henni núna.

4. STJÓRNVÖLD VERÐA AÐ VIRÐA HLOTVERK LÖGGJAFANS OG DÓMENDA Í STJÓRNSKIPUN- INNI

Að framan var rökstutt að stjórnvöld hafi heimild til að láta hjá líða að beita lögum sem samrýmast ekki stjórnarskránni, a.m.k. við vissar aðstæður. Ef fallist er á þá niðurstöðu er spurningin sem þarf að svara sú, sem fyrr greinir, að hvaða marki geta stjórnvöld tekið afstöðu til stjórnskipulegs gildis laga í starfsemi sinni. Þegar leitast er við að svara þeirri spurningu verður að hafa í huga þau þungvægu rök sem mæla gegn því að játa stjórnvöldum slíka heimild, sbr. kafla 4.2 hér að aftan. Áður en vikið verður að því þykir rétt að gera nánari grein fyrir því hvað felst í því að dómstólar virða lög að vettugi sem stangast á við stjórnarskrána en það sé hins

vegar aðeins á færi löggjafans að afnema þau.³⁶

4.1 Hvað felst í því að dómstólar virða lög að vettugi?

Hvaða gildi hafa lög sem dómstólar hafa komist að niðurstöðu um að samrýmist ekki stjórnarskránni? Í þessu sambandi er hagnýtt að hafa í huga að álitafni um stjórnskipulegt gildi laga lúta að tvennu. Annars vegar hvort þau hafi verið sett á stjórnskipulega réttan hátt og hins vegar hvort efni þeirra samrýmist stjórnarskránni.³⁷ Hafi lög verið sett á stjórnskipulega réttan hátt eru þau gild. Það hvort þau verði lögð til grundvallar í tilteknu máli, þ.e. hvort þau hafi réttaráhrif samkvæmt efni sínu í málinu,³⁸ ræðst af því hvort þau brjóta að efni til í bága við stjórnarskrána. Þessi ályktun á sér að nokkru stoð í forsendum Hæstaréttar í Hrd. 2003, bls. 3411 (*mál nr. 549/2002*) (*Öryrkjadómur II*) en þar segir:

Eftir uppsögu dómsins [þ.e. Hrd. 2000, bls. 4480 (mál nr. 125/2000) (Öryrkjadómur I)] áttu örorkulífeyrisþegar þannig kröfu til að fá tekjutryggingu greidda eftir meginreglunni, sem fram kom í 4. mgr. 17. gr., án skerðingar vegna tekna maka allt fram til þess, er lög nr. 3/2001 tóku gildi.

Af forsendum dómsins virðist mega álykta að þau lög sem reyndi á í málinu hafi ekki haft réttaráhrif samkvæmt efni sínu eftir að Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu í Hrd. 2000, bls. 4480 (*mál nr. 125/2000*) (*Öryrkjadómur I*) að þau brytu í bága við stjórnarskrána.

36 Þessu kann að vera ódúruvísi farið í öðrum þjóðríkjum. Þannig kann stjórnlagadómstóll að hafa völd til að ómerkja lög, t.d. í Austurríki. Sjá Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 413.

37 Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 58-59, greinir þessi álitafni í þrjá til fjóra flokka: lög sett með stjórnskipulega réttum hætti, lög sett af valdbærum aðila, lög að efni til andstæð stjórnarskrá og gæði laga, þ.e. of viðtækt framsal lagasetningarvalds.

38 Í Hrd. 1958, bls. 609 (*lausn itaka*) er komist svo að orði að lagaákvæði hafi „ekki lagagildi“ og í Hrd. 1986, bls. 706 og 714 (*hlunnindi utansveitarmanna*) er komist svo að orði að lagaákvæði sé „eigi gild lagaheimild“. Í Hrd. 1996, bls. 2956 (*Samherji hf.*) er talað um „ólögæmta réttarheimild“. Sigurður Lindal: *Um lög og lögfræði*, bls. 128, talar um „ónýtar réttarheimildir“. Hér er stuðst við það orðalag að tiltekin lagaákvæði hafi ekki réttaráhrif samkvæmt efni sínu.

Þótt dómstóll komist að þeirri niðurstöðu í tilteknu máli að lagaákvæði X, sem nær til tilviks A, sem á reynir í málinu, brjótí í bága við stjórnarskrána er ekki þar með sagt að lagaákvæðið geri það í öðru tilviki sem það nær til, þ.e. tilviki B. Það getur verið að lagaákvæði brjótí aðeins að hluta til í bága við stjórnarskrána, þ.e. að tiltekin tilvik sem falla undir það brjótá í bága við stjórnarskrána en önnur ekki. Sem dæmi um þetta má nefna *Hrd. 2006, bls. 1689 (mál nr. 220/2005) (Tóbaksverslunin Björk)* þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að algert bann 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 um tóbaksvarnir við að sýna tóbak á sölustöðum hefði farið út fyrir þau mörk sem 73. og 75. gr. stjkskr. settu, enda hefði ekki verið sýnt fram á nauðsyn þess að láta bannið ná til verslana þar sem helst þeir, sem vildu kynna sér tóbak og kaupa það, ættu erindi. Því var fallist á kröfu S um að heimilt væri að hafa tóbaksvörur frá tilteknum aðila sýnilegar viðskiptavinum verslunarinnar.³⁹ Eins og dæmi þetta ber með sér á þessi staða einna helst við þegar lagaákvæði nær til tilviks þannig að gengið er lengra en nauðsynlegt er og brýtur þar með í bága við skilyrði um meðalhóf sem ákvæði stjórnarskrárinnar setja fyrir takmörkun á mannréttindum. Þessi staða hentar vel til að skýra muninn á því að lög hafi ekki réttaráhrif samkvæmt efni sínu og að þau séu enn formlega í gildi. Í dæminu hér að ofan hafði 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 um tóbaksvarnir ekki réttaráhrif samkvæmt efni sínu í því tilviki sem reyndi á í dómsmálinu. Lagaákvæðið var þó enn formlega í gildi og gat hugsanlega haft réttaráhrif varðandi *önnur tilvik* sem féllu innan gildissviðs þess og brutu ekki í bága

við stjórnarskrána. Það ræðst hins vegar af túlkun á dómnum hvort og þá hvaða tilvik hafa réttaráhrif samkvæmt efni sínu eftir uppkvaðningu dómsins.

Annað dæmi um að lagaákvæði geti brotið í bága við stjórnarskrána að hluta til, þ.e. að einhver tilvik sem falla undir gildissvið lagaákvæðisins brjótá í bága við stjórnarskrána en önnur ekki, er að finna í *Hrd. 2002, bls. 3686 (mál nr. 167/2002) (ASÍ)*. Í málinu krafðist A þess að viðurkennt yrði að stéttarfélögum innan raða þess væri, þrátt fyrir tiltekin ákvæði laga nr. 34/2001 um kjaramál fiskimanna og fleira, heimilt að efna til verkfalls og að ákvörðun gerðardóms samkvæmt lögnum réði ekki kjörum fiskimanna í þessum félögum. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var með vísan til forsendna í Hæstarétti, var talið að lögin færu í bága við félagafrelsisákvæði 74. gr. stjkskr. að því leyti sem þau næðu til þriggja félaga á svæðum þar sem vinnustöðvun var ekki í gangi. Að öðru leyti voru lagaákvæðin talin standast félagafrelsisákvæðið.

Það hvort lagaákvæði geti mögulega haft réttaráhrif samkvæmt efni sínu í öðrum tilvikum en fjallað er um í dómi ræðst eðli málsins samkvæmt af efni lagaákvæðisins og í hverju stjórnarskrárbrotið felst. Ef *reglan sem slík* felur í sér brot á stjórnarskránni falla engin tilvik innan gildissviðs lagaákvæðisins þar sem reglan getur haft réttaráhrif samkvæmt efni sínu. Dæmi um það er lagaákvæði sem brýtur í bága við óskerðanlega mannréttindareglu, sbr. t.d. 1. mgr. 68. gr. stjkskr. um bann við pyndingum. Annað dæmi er ef lagaákvæði stefnir að ólögætum markmiðum. Lagaákvæði getur hins vegar haft réttaráhrif samkvæmt efni

39 Í forsendum dómsins segir m.a. svo: „Við úrlausn um það hvort meðalhófs hafi verið gætt með setningu 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 verður að meta hvort það hafi verið virt við beitingu úrræða miðað við þá hagsmuni, sem í húfi voru, og hvort beitt hafi verið vægasta úrræðinu, sem að gagni kæmi. Þótt fallist sé á að viss hvatning til að kaupa tóbak geti falist í því að stilla vörunni upp á sölustað, hefur ekki verið sýnt fram á nauðsyn þess að ganga svo langt, sem gert var, með því að leggja að jöfnu alla sölustaði tóbaksvöru að þessu leyti. Þó

að heimilt geti verið að setja skórður við því að tóbak sé haft sýnilegt þar sem aðrar vörur eru aðallega til sölu, gildir ekki hið sama um verslanir, þar sem helst eiga erindi þeir, sem vilja kynna sér tóbak og kaupa það. Hefur áður verið vikið að því að um er að ræða löglega starfsemi aðaláfrýjenda og hverrar verndar hún nýtur. Verður að leggja til grundvallar niðurstöðu að með algjöru banni 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 við að sýna tóbak á sölustöðum hafi löggjafinn farið út fyrir þau mörk, sem 75. gr. og 73. gr. stjórnarskrár setja.“

sínu að hluta til í þeim tilvikum þegar reglan sem slík stenst stjórnarskrána en gildissvið reglunnar nær til tilvika þar sem skilyrðum stjórnarskrárinnar er ekki fullnægt, sbr. fyrrnefndan *Hrd.* 2002, bls. 3686 (*mál nr. 167/2002*) (*ASÍ*). Munurinn á þessum aðstæðum er meðal annars sá að lagaákvæðið getur staðið sjálfstætt í einhverjum tilvikum í síðarnefnda dæminu.⁴⁰

4.2 Svigrúm stjórnvalda til að láta hjá líða að beita lögum o.fl.

Með þetta í huga er rétt að víkja að svigrúmi stjórnvalda til að láta hjá líða að leggja lög til grundvallar úrlausn sinni á þeirri forsendu að þau samrýmist ekki stjórnarskránni. Hafi dómur þegar fallið um að lög samrýmist ekki stjórnarskránni en löggjafinn ekki formlega numið þau úr gildi og um er að ræða sama tilvik og sömu aðila og fjallað var um í dómnum er stjórnvaldi skylt að láta hjá líða að beita lögnum í úrlausn sinni. Þetta leiðir einfaldlega af dómnum og stjórnskipunarvenjunni um endurskoðunar- og úrlausnarvald dómstóla, sbr. og 2. gr. stjkskr. Jafnframt verður að játa stjórnvöldum heimild til að láta hjá líða að beita lögnum í tilvikum annarra en aðila að dómsmálinu ef um fullkomlega sambærileg tilvik er að ræða.⁴¹ Ef um er að ræða önnur tilvik en bein afstaða var tekin til í dómnum þar sem reynir á sama lagaákvæði verður enn fremur að játa stjórnvöldum heimild til að taka afstöðu til þess hvort lagaákvæðið eigi að hafa réttaráhrif samkvæmt efni sínu

með hliðsjón af dómnum. Í þessum tilvikum kemur það í hlut stjórnvalda að meta hve viðtækt fordæmi Hæstaréttar er.

Hvað með tilvik þar sem reynir á lagaákvæði sem dómstóll hefur ekki tekið afstöðu til? Stjórnvöld verða að virða hlutverk sitt, löggjafans og dómenda í stjórnskipuninni.⁴² Í því felst í fyrsta lagi að stjórnvöld verða að styðjast við þá líkindareglu í störfum sínum að mat löggjafans á því hvort lög standist stjórnarskrána standist, þ.e. í vafa ber að álykta fremur svo að lögin standist stjórnarskrána. Í öðru lagi að það er dómenda að skera úr um hvort lög samþýðist stjórnarskránni. Þeir geta bæði gengið mun lengra í mati sínu en stjórnvöld og með öðrum réttaráhrifum. Hér verður í þriðja lagi að hafa í huga að stjórnvöldum ber að fylgja lögum, sbr. kafla 2 hér að framan. Svigrúm stjórnvalda til að taka afstöðu til slíkra álitaeftna og þá í framhaldinu að láta hjá líða að beita lögnum ef þau standast ekki stjórnarskrána er takmarkaðra en heimildir dómstóla. Af þessu leiðir að stjórnvöld verða að ganga út frá þeirri líkindareglu í störfum sínum að lög Alþingis standist stjórnarskrána nema annað komi ótvírætt í ljós. Það er undir dómendum komið að skera úr um vafatilvik. Samkvæmt þessu eru það fyrst og fremst gróf eða bersýnileg brot á stjórnarskránni sem koma til greina eða þegar fyrir liggja fordæmi sem mögulegt er að draga haldbærar og traustar ályktanir af um fyrirbyggjandi álitaeftni. Ef vafi er fyrir hendi ber stjórnvaldi að leggja lögin til

⁴⁰ Munurinn á þessum tveimur aðstæðum er ekki alltaf skýr eins og sjá má af *Hrd.* 2003, bls. 3411 (*mál nr. 549/2002*) (*Öryrkjádómur II*). Af ofantilvitnuðum dómforsendum virðist mega ráða að rétturinn hafi talið að sú skerðingaregla sem á reyni í fyrri málinu færi sem slík í bága við 1. mgr. 76. gr. stjkskr., sbr. almennt og fortaklaust orðalagið „örorkulífeyrisþegar“, og það þótt ekki væri óheimilt að líta til tekna maka við skerðingu á tekjutryggingu. Þessar hugrenningar byggjast á þeirri forsendu að skerðingareglan hafi ekki í öllum tilvikum leitt til þess að lágmarkskröfum 1. mgr. 76. gr. stjkskr. væri ekki fullnægt. Þrátt fyrir það virðist mega draga þá ályktun af forsendunum að reglan hafi ekki getað haft réttaráhrif samkvæmt efni sínu í þeim tilvikum. Af þeim sökum virðist mega álykta að reglan sem slík hafi brotið í bága við ákvæðið.

⁴¹ Til hliðsjónar má benda á að í *Hrd.* 2000, bls. 4480 (*mál nr. 125/2000*) (*Öryrkjádómur I*) var dómorðið orðað með almennum hætti en ekki bundið við tiltekna aðila eða tilvik. Málið var þó höfðað af félagi, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og einnig var um að ræða viðurkenningardóm, sbr. 3. mgr. 25. gr. sömu laga.

⁴² Sjá til hliðsjónar Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, bls. 326-334.

grundvallar úrlausn sinni. Í slíkum tilvikum geta hins vegar aðrar skyldur orðið virkar.

Í ljósi þess að það er hlutverk framkvæmdarvaldsins að framfylgja lögum verður að ganga út frá því að slík ákvörðun verði aðeins tekin við aðstæður þar sem hægt er að leggja gaumgæfilegt mat á álitaeftnið nema stjórnarskrárbotið sé því mun grófara. Jafnframt verður að ganga út frá því að starfsmenn stjórnvalds verða að upplýsa ráðherra á viðkomandi málefnasviði um þá ákvörðun eða að til standi að taka slíka ákvörðun, sbr. til hliðsjónar 6. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð.⁴³ Ráðherra getur þá gengið í málið ef hann er ósammála mati lægra setts stjórnvalds nema lög mæla um annað. Ef það er hins vegar vafi um hvort lögin standast stjórnarskrána ber að framfylgja þeim en vekja athygli viðkomandi ráðherra á álitaeftinu sem getur eftir atvikum nýtt frumkvæðisheimildir sínar, sbr. 38. og 55. gr. stjkskr.⁴⁴ Í slíkum tilvikum ber stjórnvöldum að beita þeim heimildum sem felast í lögnum af varfærni.⁴⁵

Eins og vikið var að í inngangnum virðist sá túlkunarkostur koma til greina að það sé

refsivert fyrir ráðherra á grundvelli c-liðar 8. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð að framkvæma lög sem ganga í berhogg við stjórnarskrána. Orðalag ákvæðisins virðist styðja þann túlkunarkost en það er almennt og fortakslaust, sbr. „að framkvæmt sé nokkuð það, er fer í bága við stjórnarskrána“. Á hitt er hins vegar að líta að um refsiheimplild er að ræða. Þegar tekið er tillit til þess, þeirra ályktana sem má draga af öðrum staflíðum 8. gr.,⁴⁶ b-lið 9. gr., og athugasemda við það ákvæði er sú túlkun á ákvæðinu umdeilanleg.⁴⁷ Af þessum lagaákvæðum og athugasemdum er mögulegt að draga þá ályktun að ákvæði c-liðar 8. gr. nái aðeins til þeirra tilvika sem fela í sér sjálfstæðar athafnir ráðherra, þ.e. þau brot sem sérstök ástæða er til að óttast af hálfu hans.⁴⁸ Sú staða er ekki fyrir hendi þegar sett hafa verið lög og ráðherra er aðeins að framkvæma þau en það er hlutverk hans sem hann rækir að viðlagðri refsiaþbyrgð, sbr. b-lið 9. gr.⁴⁹ Hins vegar er mögulegt að draga þá ályktun af orðalagi c-liðar 8. gr. og athugasemdum við ákvæðið að það nái til allra athafna ráðherra þar sem hann framkvæmir eitthvað sem fer

43 Í 6. gr. laga nr. 4/1963 segir: „Hver ráðherra ber ábyrgð á stjórnarierindum þeim, sem út er gefin í hans nafni, nema ákvörðun sé án hans atbeina tekin af undirmanni, sem til þess hefur heimild samkvæmt venju, eða eðli máls, eða starfsmaður hafi vanrækt að leggja erindi fyrir ráðherra. Ráðherra verður þó einnig söttur til ábyrgðar fyrir þvilikar ákvarðanir, ef honum hefur verið um þær kunnugt og hann hefur látið þær viðgangast án þess að gera viðeigandi ráðstafanir til að koma í veg fyrir þær.“ Hér er gengið út frá þeirri fylgiskyldu eða afmörkun á starfsskyldum starfsmanna stjórnvöldunar að þegar aðstæður eru með þeim hætti að reynir á tilvik sem kann að vera refsivert samkvæmt þeim lögum, hafi ráðherra vitneskju um þau, beri starfsmönnum að tilkynna ráðherra um álitaeftnið, sbr. ráðgjafar- og tilkynningarskylda þeirra.

44 Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ekki batnar allt, þó biði. Yfirstjórnunar- og eftirlitshemildir ráðherra, einkum athafnaskylda hans“, bls. 76-77. Í slíku tilvikum kann ábyrgð ráðherra að virkjust, sbr. 6. gr. laga nr. 4/1963.

45 Sjá Röbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 354 og *álit umboðsmanns Alþingis frá 25. september 2001 í málum nr. 3064/2000 og 3108/2000 (sérfræðilefji)*. Sjá einnig til hliðsjónar *álit umboðsmanns Alþingis frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2309/1997 (endurákvörðun opinberra gjalda)*.

46 Í a- og b-lið 8. gr. er kveðið á um ábyrgð ráðherra ef hann sjálfur gefur út fyriræli eða veitir atbeina sinn til, að út séu gefin fyriræli forseta um málefni, sem eftir stjórnarskránni verður aðeins skipað með lögum eða heyrir undir dómstóla og ef hann leitar eigi samþykkis Alþingis, þegar skylt er

samkvæmt stjórnarskránni. Í d-lið 8. gr. er síðan kveðið á um ábyrgð ráðherra ef hann verður þess valdandi, að nokkuð það sé ráðið eða framkvæmt er skert getur frelsi eða sjálfsforæði landsins.

47 Í athugasemdum við 8. gr. laga nr. 4/1963 kemur fram að í ákvæðinu: „eru nefnd fáein tiltekin stjórnarskrárbot, sem sérstaklega er ástæða til að óttast af hálfu ráðherra. Í c-lið greinarinnar er svo bætt við almennu ákvæði, sem út af fyrir sig tekur til allra stjórnarskrárbrota.“ Síðan er í athugasemdunum vikið að því að það sé álitamál hversu langt eigi að fara í upptalningu „einstakra dæma“ en slík upptalning verði óhjákvæmilega „handhófskennd“. Sjá Alþt. 1962, A-deild, bls. 168.

48 Í tengslum við þetta ákvæði má benda á eftirfarandi texta hjá Einari Arnórssyni: *Ágrip af ízlenskrí stjórnlagafraði*, bls. 50, en þar segir: „Ráðherra sem veitti atbeina sinn til að staðfesta stjórnarskrárbotin og framkvæma þau mundi eigi verða dæmdur fyrir það, en aftur fyrir það, ef hann framkvæmdi ekki lögin.“ Þótt þessi texti bendi til þess að ekki beri að túlka c-lið 8. gr. svo að ákvæðið taki til þeirra tilvika þegar ráðherra framkvæmir lög sem brjóta í bága við stjórnarskrána verður að hafa í huga að hann er settur fram í tengslum við þá fræðilegu stöðu ef Alþingi hefði úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga en ekki dómstólar.

49 Því má bæta við að framkvæmd laga fellur ótvírætt undir „stjórnarframkvæmdir“ í skilningi 14. gr. stjkskr en lög nr. 4/1963 eru útfærsla á ábyrgð ráðherra sem kveðið er á um í því ákvæði.

í bága við stjórnarskrána óháð því hvort það sé fyrirskipað í lögum enda eru slík lög ekki skuldbindandi fyrir hann.⁵⁰ Því er ekki haldið fram hér að það beri túlka ákvæðið með siðarnefnda hættinum.⁵¹ Í eftirgreindri umfjöllun verður þó gengið út frá þeirri forsendu að sá túlkunarkostur sé lagður til grundvallar og þá með það fyrir sjónum hver staðan sé þá.

Sé sá túlkunarkostur lagður til grundvallar virðist staðan vera sú að ráðherra beri refsíabyrgð á því að framfylgja lögum sem brjóta í bága við stjórnarskrána, sbr. c-lið 8. gr., og jafnframt á því að framfylgja þeim ekki, sbr. b-lið 9. gr. Sú staða er ótæk. Ganga verður út frá þeirri forsendu í þessu sambandi að ráðherra baki sér ekki refsíabyrgð bæði með því að framfylgja lögnum og að gera það ekki.⁵² Jafnframt verður að taka tillit til þess að það hvort lög brjóta í bága við stjórnarskrána ræðst af túlkun en það er matskennt ferli.⁵³ Á grundvelli þessara forsendna og framangreindri umfjöllun má stilla upp eftirfarandi fjórum tilvikum:

a) Ef ráðherra framkvæmir lög Alþingis sem kveða á um gróft brot á stjórnarskránni, t.d. pyndingar á mönnum, myndi það varða hann refsíabyrgð á grundvelli

c-liðar 8. gr. laga nr. 4/1963. Reynist lagaákvæði, sem ráðherra framkvæmir, vera í andstöðu við stjórnarskrána þarf það ekki endilega að leiða til refsíabyrgðar fyrir hann enda er afstaða til þess álitaefnis matskennt. Þegar tekin er afstaða til refsíabyrgðar ráðherra þarf því að huga að því hvort mat hans hafi verið forsvaranlegt. Þegar um er að ræða gróf brot á stjórnarskránni er ekki forsvaranlegt að framfylgja lögnum. Ef ekki er fallist á að leggja túlkunarkostinn til grundvallar á staðan í a-lið ekki við.

b) Ef lög Alþingis fela í sér skýrt brot á stjórnarskránni, sbr. dæmin í a-til d-liðum í kafla 3, eru lögin ekki skuldbindandi fyrir ráðherra og er honum heimilt að láta hjá líða að framfylgja þeim. Slíkt myndi hvorki brjóta í bága við lögmætisregluna né varða ráðherra refsíabyrgð á grundvelli b-liðar 9. gr. laga nr. 4/1963.⁵⁴

c) Ef vafi leikur á hvort lög standist stjórnarskrána ber ráðherra eftir sem áður að framfylgja þeim og eftir atvikum að leggja mat á hvort rétt sé að hann beiti frumkvæðisheimildum sínum, sbr. 38. og 55. gr. stjskr. Ef önnur stjórnvöld en ráðherra telja að vafi sé fyrir hendi

50 Þar sem lögin hafa ekki réttaráhrif samkvæmt efni sínu og skuldbinda ekki ráðherra er erfitt að halda því fram að með setningu umdeildu laganna hafi refsíákvæðinu verið vikið í því tilviki.

51 Sjá til hlíðsjónar Einar Arnórsson: *Ágrip af íslenzkri stjórnslagafræði*, bls. 81-82, í tengslum við það hvort það hafi verið refsivert eftir eldri lögum nr. 2/1904 um ráðherraábyrgð að útvega konungsundirskriftir undir lög sem fara í bága við stjórnarskipunarlög landsins. Þar segir m.a.: „Löggjafinn gerir líklega ráð fyrir því, að þessi athöfn sje refsilaus, því að annars hefði verið mjög villandi að nefna sjerstaklega bráðabirgðalög. Ástæðan fyrir því að löggjafinn gerir ráð fyrir þessu, er sú, að ráðherra gerir ekki annað en að framkvæma vilja þingsins, þegar hann útvegar konungsstaðfestingu á lög, sem það hefir samþykkt. Væri þá hier dæmi þess, að ráðherra væri vitalaus af brotum, er þingið legði fyrir hann að vinna. En þessi niðurstaða getur varla verið rjett. Ráðherra getur almennt ekki verið vitalaus af því, að brjóta lög samkvæmt fyrirlagi Alþingis. Ef hann veit, að lagafrumvarp felur í sjer brot á stjórnarskipunarlogum landsins, þá á hann að skýra þinginu frá skoðun sinni á því máli, og tilkynna þinginu, að hann muni beiðast lausnar, ef

það samþykki frumvarpið þannig lagað. Ef hann gerir það ekki og ber síðan frumvarpið fyrir konung, til staðfestingar, þá hefir hann tekið á sig ábyrgð á stjórnarskrárbrotnu. Og það verður að telja víst, að refsíákvæði a-liðs 2. gr. í [lögum um ráðherraábyrgð] taki til þessa brots.“ Sjá andstæða skoðun hjá Ólafi Jóhannessyni: *Stjórnskipun Íslands, II. hluti*, bls. 418 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarrettur*, bls. 447, en þar segir: „... sýnist mega draga í efa að ráðherra yrði refsað fyrir framkvæmd samkvæmt lagabóði þótt þau lög reyndust svo andstæð [stjórnarskránni].“

52 Við slíkar aðstæður verður að túlka c-lið 8. gr. og b-lið 9. gr. þannig að þessi tvö ákvæði fái samrýmst. Um samræmisskýringu almennt séð sjá til hlíðsjónar Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 81-93.

53 Hér hefur verið höfð hlíðsjón af skrifum Poul Andersen: *Dansk forvaltningsret*, bls. 166-167 og Bent Christensen: *Forvaltningsret. Oppgaver. Hjemmel. Organisation*, bls. 358, er lúta að þeirri stöðu sem ópinberir starfsmenn eru í þegar yfirmenn þeirra gefa þeim ólögmet fyriræli.

54 Sjá til hlíðsjónar Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II hluti*, bls. 418.

ber þeim að vekja athygli ráðherrans á því.

- d) Ef lög standast stjórnarskrána ber ráðherra að framfylgja þeim hvort sem honum líkar það betur eða verr ella brýtur hann í bága við lögmatísregluna og getur bakað sér refsíabyrgð á grundvelli b-liðar 9. gr. laga nr. 4/1963.

Ef ráðherra tekur þá ákvörðun eða lætur það viðgangast að lögum Alþingis sé ekki framfylgt kann Alþingi að taka þá ákvörðun í framhaldinu að höfða mál gegn honum, sbr. 3. másl. 14. gr. stjkskr. um brot í embættisrekstri, sbr. b-lið 9. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð. Þá kemur til kasta Landsdóms að taka afstöðu til þess hvort lögín brjóta í bága við stjórnarskrána og hvort ráðherra hafi bakað sér refsíabyrgð.⁵⁵ Ef aðrir starfsmenn stjórnvalda taka slíka ákvörðun og hún er óforsvaranleg þá geta þeir sætt starfsmannaréttarlegum viðurlögum eða bakað sér bóta- og refsíabyrgð.⁵⁶

5. ÁLYKTANIR OG NIÐURSTÖÐUR

Stjórnvöld eru bundin af lögum og verða að gæta að stjórnarskránni í störfum sínum. Játa verður stjórnvöldum heimild til að láta hjá líða að beita lögum ef þau fela í sér ótvírætt brot á stjórnarskránni enda er það forsenda þess að lög hafi réttaráhrif samkvæmt efni sínu að þau samþýðist henni. Stjórnvöld verða hins vegar að virða hlutverk sitt, löggjafans og dómenda í stjórnskipuninni og ljá löggjafanum allvítækt svigrúm í þessum efnum.

Ef stjórnvald er í vafa um hvort lög standist stjórnarskrána ber því að framfylgja lögunum og starfsmönnum þess ber að vekja athygli ráðherra á viðkomandi málaefnasviði á álitafninu sem getur síðan lagt mat á það hvort rétt sé að hann nýti

frumkvæðisheimildir sínar samkvæmt 38. og 55. gr. stjkskr. Jafnframt ber stjórnvaldinu að gæta varfærni við beitingu slíkrar heimildar. Ef ráðherra ákveður að framfylgja ekki lögum Alþingis eða lætur það viðgangast að þeim sé ekki framfylgt kann það að varða hann refsíabyrgð samkvæmt b-lið 9. gr. laga nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð. Þá kemur til kasta Landsdóms að leysa úr stjórnskipulegu gildi laganna og hvort ráðherra hafi bakað sér refsíabyrgð. Ef aðrir starfsmenn stjórnvalda taka slíka ákvörðun og hún er óforsvaranleg getur það varðað þá starfsmannaréttarlegum viðurlögum eða refsí- og bótaábyrgð.

Að framan var vitnað í forsendur í úrskurðum tiltekinna stjórnvalda um að þessi stjórnvöld ættu ekki úrskurðarvald um það hvort lagareglur kynnu að fara í bága við einstök ákvæði stjórnarskrárinnar og væru því ekki bær til umfjöllunar um málsástæður sem væru byggðar á slíku. Jafnframt var vitnað til héraðsdóms þar sem fallist var á þá afstöðu. Það felst í þeirri niðurstöðu sem var komist að hér að framan að þessi afgreiðsla á málsástæðum borgaranna er ekki haldbær. Stjórnvöld geta látið hjá líða að beita lagaákvæði ef það felur í sér skýrt brot á stjórnarskránni. Þegar slík tilvik eru ekki fyrir hendi ber stjórnvaldinu að afgreiða málsástæðu borgaranna með þeim hætti að ekki verði séð að um slíkt tilvik sé að ræða og ekki liggja fyrir nein skýr fordæmi, þ.e. fordæmi sem hægt er að draga traustar og haldbærar ályktanir af um fyrirbyggjandi álitafni, sem leiða til þeirrar niðurstöðu. Með vísan til stöðu og hlutverks handhafa framkvæmdarvaldsins í íslenskri stjórnskipun verði því að leggja lögín til grundvallar úrlausn málsins.

Hverju breytir þessi niðurstaða? Þótt niðurstaðan yrði í langflestum tilvikum sú sama þá skiptir máli að stjórnvöld séu meðvitund um þennan möguleika og athugi

55 Sjá til hliðsjónar Ólaf Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands, II hluti*, bls. 413.

56 Sjá til hliðsjónar 1. mgr. 132. gr. og 141. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

hvort annmarkar séu á lögum Alþingis að þessu leytinu til. Þannig er gætt betur að réttaröryggi og mannréttindavernd borgaranna. Þá skiptir þetta máli vegna þess að rökstuðningur stjórnvalda fyrir niðurstöðum sínum verður að vera í samræmi við lög. Það að stjórnvöld verði að ljá löggjafanum allvíðtækt svigrúm við mat á stjórnskipulegu gildi laga er allt önnur staða en að stjórnvöld megi ekki yfir höfuð athuga hvernig landið liggur.

HEIMILDASKRÁ

- Arnar Þór Stefánsson: „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana.“ *Úlfljótur*, 58. árg., 2. tbl., bls. 261-315.
- Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg. Kaupmannahöfn 1994.
- Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. útg. Kaupmannahöfn 1997.
- Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, Bókauitgáfan Codex, Reykjavík 2008.
- Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar. Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga. JPV útgáfa. Reykjavík 2008.
- Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla.“ *Tímarit lögfræðinga*, 52. árg., 1. hefti, bls. 7-14.
- Einar Arnórsson: Ágrip af íslenzkri stjórnlagafraeði: gefið út með breytingum og viðaukum af Bjarna Benediktssyni. Fjölritunarstofa Daníels Halldórssonar, Reykjavík 1935.
- Gaukur Jörundsson: Um eignarnám. Menningarsjóður. Reykjavík 1969.
- Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur. 2. útg. Háskólaútgáfan, Reykjavík 1999.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Ekki batnar allt, þó bíði. Yfirstjórnunar- og eftirlitsheimildir ráðherra, einkum athafnaskylda hans.“ *Rannsóknir í félagsvísindum XI*, bls. 61-88.
- Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnskipuleg lögmatísregla.“ *Úlfljótur*, 62. árg., 4. tbl., bls. 421-494.
- Hafsteinn Þór Hauksson: „Stjórnarskrárhyggja og stjórnarskrárígildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála.“ *Úlfljótur*, 57. árg., 4. tbl., bls. 501-573.
- Jens Elo Rytter: Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten. Forlaget Thomson, Kaupmannahöfn 2000.
- Jens Garde o.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. útg. Kaupmannahöfn 2009.
- Johs. Andenæs: Statsforfatningen i Norge. 8. útg. Tano Aschehoug, Osló 1998.
- Markús Sigurbjörnsson: Aðfarargerðir. Námsgjóður Lögmannafélags Íslands, Reykjavík 1995.
- Max Sørenseon: Statsforfatningsret. 2. útg. ved Peter Germer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kaupmannahöfn 1973.
- Ólafur Jóhannesson: Stjórnarfarsréttur. Almennur hluti. Hlaðbúð. Reykjavík 1955.
- Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands, I. hluti. Iðunn, Reykjavík 1978.
- Ólafur Jóhannesson: Stjórnskipun Íslands, II. hluti. Iðunn, Reykjavík 1978.
- Páll Hreinsson: „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar.“ *Líndæla Sigurður Líndal sjötugur. Hið íslenska bókmenntafélag*, Reykjavík 2001, bls. 399-421.
- Poul Andersen: Dansk forfatningsret. Gyldendal, Kaupmannahöfn 1954.
- Poul Andersen: Dansk forvaltningsret. Gyldendal, 3. útg. Kaupmannahöfn 1956.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára.“ *Úlfljótur*, 55. árg., 1. tbl., bls. 97-110.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga.“ *Afmælisrit Þórs Vilhjálmssonar sjötugur 9. júní 2000*. Orator, Reykjavík 2000, bls. 487-516.

Ragnhildur Helgadóttir og Þór Vilhjálmsson: „Hæstiréttur og stjórnarskráin.“ Úlfjótur, 51. árg., 1. tbl., bls. 83-125.

Róbert R. Spanó: „Lagareglur um refsíabyrgð opinberra starfsmanna.“ Úlfjótur, 52. árg., 4. tbl., bls. 511-529.

Róbert R. Spanó: Túlkun lagaákvæða. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2007.

Róbert R. Spanó: „Verknaðarlýsingar XIV. kafla almennra hegningarlaga um brot í opinberu starfi.“ Tímarit lögfræðinga, 52. árg., 4. hefti, bls. 357-384.

Sigurður Lindal: Um lög og lögfræði: grundvöllur laga – réttarheimildir. Hið íslenska bókmenntafélag, 2. útg., Reykjavík 2003.

Starfsskilyrði stjórnvalda: skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslunni. Forsætisráðuneytið, Reykjavík 1999.

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1943, bls. 237.

Hrd. 1958, bls. 609.

Hrd. 1986, bls. 706 og 714.

Hrd. 1996, bls. 2956.

Hrd. 2000, bls. 4480 (mál nr. 125/2000).

Hrd. 2002, bls. 3686 (mál nr. 167/2002).

Hrd. 2003, bls. 2329 (mál nr. 499/2002).

Hrd. 2003, bls. 3411 (mál nr. 549/2002).

Hrd. 2006, bls. 1689 (mál nr. 220/2005).

Dómar héraðsdómstóla

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 23. apríl 2010 (mál nr. E-3614/2009).

Álit umboðsmanns Alþingis

UA frá 26. júlí 1999 í máli nr. 2309/1997.

UA frá 25. september 2001 í málum nr. 3064/2000 og 3108/2000.

Úrlausnir stjórnvalda

ÚFF nr. 37/2010.

YSKN nr. 787/1998.

YSKN nr. 213/2001.

YSKN nr. 366/2003.

YSKN nr. 181/2006.

MÁLFLUTNINGSKEPPNI

LÖGRÉTTU

Í kosningabaráttu síðasta árs kviknaði sú hugmynd að skapa nýja hefð innan Málfundafélagsins og efna til fyrstu málflutningskeppni í sögu félagsins. Stöð til að halda málflutningskeppni þar sem tvö lið tækjust á í tilbúnu máli fyrir framan fjölskipaðan dóm, sem legði heildstætt mat á frammistöðu keppenda og tilnefndi svo þann sem skaraði fram úr sem Málflutningsmann ársins, auk þess sem dómurinn úrskurðaði um sigurlíð. Þá var dómnum einnig ætlað að leggja mat sitt á líklega niðurstöðu málsins sem og semja dómsorð.

Það var því vel við hæfi að fyrsta keppnin færi fram í dómssal Lagadeildar Háskólans í Reykjavík í nýbyggingu skólans í Nauthólsvík, enda öll aðstaða þar eins og best verður á kosið.

Skipulagning keppninnar hófst í byrjun nóvember þegar meðlimir Málfundafélagsins báru hugmyndina undir deildarfund lagadeildar, sem tók henni fagnandi en kom um leið með margar góðar ábendingar um framkvæmd hennar. Kom upp sú hugmynd að óska eftir að fá aðstoð áður útskrifaðra lögfræðinga frá Háskólanum í Reykjavík til að vera keppendum innan handar og veita þeim leiðsögn við undirbúning og flutning málsins. Í þeim efnum hafði Málfundafélagið samband við framkvæmdastjóra LOGOS lögmannsþjónustu, sem tók erindi félagsins með eindæmum vel. Úr varð að þau Andrea Olsen lögfr., Halldór Brynjar Halldórsson hdl. og Hjördís Birna Hjartardóttir hdl. buðu fram aðstoð sína.

Um miðjan nóvember var auglýst eftir aðilum sem tilbúnir væru að taka þátt í keppninni. Skilyrði fyrir þátttöku var að nemendur væru á 3. – 5. ári í lagánáminu. Tvö

lið skráu sig snemma til leiks. Í öðru liðinu voru þau Aldís Geirdal Sverrisdóttir, Fanneý Hrund Hilmarsdóttir, Sigurgeir Bárðarson og Sveinbjörn Claessen og í hinu liðinu voru þeir Arnar Ingi Ingvarsson, Heiðmar Guðmundsson, Ívar Þór Jóhannsson og Stefán Þór Ólafsson. Eftir hlutkesti varð niðurstaðan sú að lið Aldísar, Fanneýjar, Sigurgeirs og Sveinbjörns yrði stefnuhópur og lið Arnars, Heiðmars, Ívars og Stefáns yrði greinargerðarhópur.

Atvik málsins voru birt í byrjun janúar, en Halldór Brynjar sá um að útbúa málið. Málið snerist um skaðabótakröfu listmálara vegna skemmda á frægasta málverki hans, en ölvaður laganemi olli tjóninu á skólaskemmtun, þegar hann rann í bleytu og datt á verkið. Málið var svo þingfest 17. janúar á reglulegu dómþingi héraðsdóms Háskólans í Reykjavík en Sigurður Tómas Magnússon atvinnulífisprófessor við Háskólann í Reykjavík sá um þingfestingu málsins fyrir fullum sal. Hann veitti stefndu frest til 3. febrúar til að skila greinargerð.

Þann 3. febrúar sl. skiludu stefndu greinargerðum sínum á reglulegu dómþingi héraðsdóms Háskólans í Reykjavík en Sigurður Tómas Magnússon stýrði því þinghaldi einnig. Aðalmeðferð málsins var ákveðin 14. febrúar.

Við tók mikill undirbúningur keppenda fyrir aðalmeðferð málsins. Andrea var skipaður aðstoðarmaður stefnuhóps en Hjördís var aðstoðarmaður greinargerðarhóps. Hlutverk þeirra var að miðla af reynslu sinni og benda keppendum á fjölmörg hagnýt atriði sem nýttust við undirbúning málsins og sem og málflutninginn.

Þann 14. febrúar hófst aðalmeðferðin.



Málflytjendur að lokinni aðalmeðferð í málinu

Óhætt er að segja að mikill taugatitringur hafi einkennt keppendur, enda engir nýgræðingar við dómstörfín. Dómarar málsins voru þau Áslaug Björgvinsdóttir héraðsdómari við héraðsdóm Reykjavíkur, Jón Steinar Gunnlaugsson hæstaréttar-dómari og Þorgeir Ingi Njálsson dómsstjóri við héraðsdóm Reykjaness. Þá var salurinn einnig þéttsetinn af vinum, vandamönnum, aðstandendum og áhugasömum laganemum.

Málflutningurinn var með eindæmum vel heppnaður og börðust keppendur mjög hart og af mikilli sannfæringu. Bæði lið færðu mjög sannfærandi rök fyrir sínum málsstað, en málið var þannig upplagt að það gaf tilefni til margra mjög áhugaverðara vangaveltna.

Að loknum málflutningi voru mjög skiptar skoðanir á meðal áhorfenda um hver væri hlutskarpastur, og var staða dómaranna ekki ófundsverð, þar sem þeir þurftu að velja sigurlíðið, sem og einn úr hópnum sem Málflutningsmann ársins.

Dómararnir drógu sig í hlé að loknum málflutningi og réðu ráðum sínum. Eftir rúmlega 30 mínútna umþóttunartíma lágu niðurstöðurnar fyrir en til að auka spennuna vegna keppinnar var ákveðið að bíða með að tilkynna niðurstöðurnar þar til á árhátíð Lögréttu, sem var haldin 18. febrúar sl.

Á árhátíðinni tilkynnti dómsformaðurinn Jón Steinar Gunnlaugsson

um niðurstöðurnar. Niðurstöðurnar voru eftirfarandi:

1. Stefndu skulu vera sýkn af öllum kröfum stefnanda.
2. Jafntefli var á milli liðanna.
3. Málflutningsmaður ársins var valinn **Ívar Þór Jóhannsson**.

Allir keppendur fengu viðurkenningaskjal fyrir þátttökuna, undirritað af Dr. Guðmundi Sigurðssyni forseta lagadeildar Háskólans í Reykjavík og Gunnari Sturlusyni framkvæmdarstjóra LOGOS lögmannsþjónustu. Þá fengu allir keppendur eintak af bókinni Dómar í skaðabótamálum 1997 – 2001 eftir Arnljót Björnsson.

Ívar Þór hlaut forlata farandbikar í verðlaun og Afmælisrit Jónatans Þórmundssonar að auki. Málfundafelagið óskar Ívari kærlega til hamingju með sigurinn.

Málfundafelagið er stolt að hafa staðið að fyrstu málflutningskeppni í sögu Lögréttu, og vakti það sérstaka ánægju hversu vel hún heppnaðist. Þá er einnig sérstaklega ánægjulegt að hún skuli hafa verið haldin á fyrsta starfsári lagadeildarinnar í nýbyggingu Háskólans í Reykjavík.

Það er það von Málfundafélagsins að þessi keppni verði að sterkri hefð innan skólans á næstu árum.

ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM VEITTAN STUÐNING

EFLING STÉTTARFÉLAG
Sætún 1, 105 Reykjavík.

HÉRAÐSDÓMUR N-EYSTRA
Hafnarstræti 107, 600 Akureyri.

KPMG

LANDSLÖG

LÖGFRÆÐISTOFA

Borgartúni 26
105 Reykjavík
Sími: 520 2900
Fax: 520 2901

Hafnargötu 31
230 Keflavík
Sími: 520 2920
Fax: 421 4733

Kt.: 450710-0830
Vsk.: 105456
www.landslog.is



Mörkin lögmannsstofa hf.

Suðurlandsbraut 4, 3. hæð, 108 Reykjavík

Gestur Jónsson hrl.

Ragnar Halldór Hall hrl.

Gunnar Jónsson hrl.

Hörður Felix Harðarson hrl.

Einar Þór Sverrisson hrl.

Gísli Guðni Hall hrl.

Geir Gestsson hdl.

Fulltrúar:

Almar Þór Möller hdl.

Hilmar Gunnarsson hdl.

Ívar Bragason hdl.

Jóhannes Eiríksson hdl.

Ólafur Freyr Frímansson hdl.

Sími 414 4100 · Fax 414 4101

www.law.is

JP

L Ö G M E N N
ATTORNEYS



LÖGMANNSSTOFA



LÖGFRÆÐISTOFA SUÐURNESJA

LÖGFRÆÐIÞJÓNUSTA SÍÐAN 1960

WWW.LSLEGAL.IS



LÖGMÁL

ÁSGEIR ÞÓR ÁRNASON HRL.

ELVAR ÖRN UNNSTEINSSON HRL.

LÚÐVÍK ÖRN STEINARSSON HRL.

MAGNÚS GUÐLAUGSSON HRL.

UNNSTEINN ÖRN ELVARSSON HDL.

ELÍNBOG JÓNSDÓTTIR LÖGFR.

Lögmál ehf.

Skólavörðustíg 12 • 101 Reykjavík

Sími 511 2000 • Fax 511 2001

logmal@logmal.is • www.logmal.is

Andri Árnason hrl.
Halldór Jónsson hrl.
Lárus L. Blöndal hrl.
Páll Ásgrímsson hdl., LL.M.
Sigurbjörn Magnússon hrl.
Stefán A. Svensson hrl., LL.M.
Vífill Harðarson hdl., LL.M.

juris

Borgartúni 26
IS 105 Reykjavík
+354 580 4400
www.juris.is

CATO

L Ö G M E N N

Gísli Baldur Garðarsson **HRL**
Sigmundur Hannesson **HRL**
Eyvindur Sólnes **HRL**
Ægir Guðbjarni Sigmundsson **HDL**
Þórir Skarphéðinsson **HDL**
Jóhannes Árnason **HDL**
Sverrir B. Pálmason **HDL**
Árni Helgason **HDL**
Anna María Gísladóttir **Lögfr.**



Námsmenn

„Sérsniðin þjónusta fyrir allar tegundir námsmanna.“

Okkar námsmenn fá betri kjör og meiri fríðindi.

- * KORTID – Kreditkort með ýmsum afsláttum og fríðindum
- * Yfirdráttarlán á hagstæðum kjörum
- * Helmingsafsláttur af debetkortafærslum
- * Niðurgreiðslur nemendafélagsgjalda
- * Einkaklúbbskortid – öflugt fríðindakort





0 kr. Nova í Nova!

1.000 mín. og 500
SMS/MMS á mánn.

Stærsti
skemmtistaður
í heimi!

NOVA