

# ÁLITSGERÐ

Til: Fjármála- og efnahagsráðuneytisins

Frá: Dr. Andra Fannari Bergþórssyni

Dagsetning: 12. maí 2017

Efni: Upptaka reglugerðar ESB nr. 236/2012 um skortsölu og skuldatryggingar í íslenskan rétt.

## 1 Inngangur

Með tölvupósti dags. 28. apríl 2017 var þess óskað að undirritaður veitti fjármála- og efnahagsráðuneytinu álit sitt á því hvort 10. gr. frumvarps til laga um skortsölu og skuldatryggingar (386. mál) samræmist þeim kröfum sem stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjskr.) og Mannréttindasáttmáli Evrópu (MSE), sbr. lög nr. 62/1994, gera til skýrleika refsheimilda.

Líkt og fram kemur í beiðni ráðuneytisins er með frumvarpinu lagt til að reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) nr. 236/2012 um skortsölu og tiltekna þætti skuldatrygginga (skortsölureglugerðin eða reglugerðin) verði tekin upp í íslenskan rétt með svokallaðri tilvísunaraðferð. Nánar tiltekið er með frumvarpinu lagt til að tilvísunaraðferðinni verði beitt með þeim hætti að viðkomandi reglugerð sé ekki látin fylgja með lögunum sem fylgiskjal heldur sé vísað til birtingar hennar í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins í samræmi við heimild í lögum nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað.<sup>1</sup>

Samkvæmt 10. gr. frumvarpsins getur brot gegn tilteknum ákvæðum skortsölureglugerðarinnar varðað sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Verksaðarlýsing refsiverðu brotanna koma ekki fram í frumvarpinu sjálfu heldur aðeins í skortsölureglugerðinni sjálfri. Í umsögn sinni um frumvarpið gerðu Samtök fjármálafyrirtækja meðal annars þær athugasemdir að ákvæði frumvarpsins um refsheimildir hefðu engar verksaðarlýsingar sem marka refsinaemi verksaðar þar sem ekki er gert ráð fyrir að reglugerðin sé látin fylgja með lögunum heldur látið nægja að vísa til hennar í EES-viðbætinum. Að mati samtakanna uppfyllir þetta tæpast kröfur stjskr. og MSE um skýrleika refsheimilda. Samtökin leggja því til að skortsölureglugerðin fylgi með lögunum sem viðauki og verði þar með gerður hluti af lögunum.<sup>2</sup>

Í eftirfarandi umfjöllun verður metið hvort umrædd beiting tilvísunaraðferðarinnar uppfylli kröfur 1. mgr. 69. gr. stjskr. og 7. gr. MSE um lögbundnar refsheimildir. Það verður

<sup>1</sup> Með lögum um evrópskt efirlitskerfi á fjármálamarkaði sem samþykkt voru á Alþingi 9. maí sl. (lögin eru ekki komin með númer) nýtti þingið í fyrsta skipti umrædda heimild, en í þeim lögum eru ekki að finna refsheimildir. Lögin eru aðgengileg á eftirfarandi slóð: <http://www.althingi.is/altxt/146/s/0731.html>.

<sup>2</sup> Sjá umsögn samtakanna á eftirfarandi slóð: <http://www.althingi.is/altxt/erindi/146/146-980.pdf>.

gert með því að greina hvaða kröfur ákvæðin gera til refsíákvæða (kafla 2). Aðalatriðið hér er sú krafa að refsheimildir styðjist við sett lög frá Alþingi. Í kafla 3 verður því skoðað hvort skortsölureglugerðin geti talist sett lög í skilningi 1. mgr. 69. gr. stjkskr. með umræddri tilvísunaraðferð. Vikið verður síðan stuttlega að því í 4. kafla hvort mögulegt sé að bæta aðgengi að þeim EES-gerðum sem eru innleiddar í lög með tilvísunaraðferðinni. Að lokum verða helstu niðurstöður dregnar saman í kafla 5.

## 2 Krafan um lögbundnar refsheimildir – lagaáskilnaður

Hægt er að leiða a.m.k. þrjár kröfur til refsíákvæða af 1. mgr. 69. gr. stjkskr. Ein af þeim er grunnreglan um lögbundnar refsheimildir og önnur er að gera verði ákveðnar kröfur til skýrleika refsheimilda. Síðari krafan er um að lagatextinn lýsi með nægjanlega skýrum og fyrirsjáanlegum hætti þeirri háttsemi sem getur varðað refsingu.<sup>3</sup> Þótt vísað sé til kröfunnar um skýrleika refsheimilda í umsögn Samtaka fjármálaframtækja virðist athugasemdin beinast aðallega að því hvort refsíákvæðið í 10. gr. frumvarpsins sé í samræmi við grunnregluna um lögbundnar refsheimildir. Þar af leiðandi verður ekki metið sérstaklega hvort verkaðarlýsingar í skortsölureglugerðinni sem 10. gr. frumvarpsins vísar til og geta varðað allt að tveggja ára fangelsisrefsingu séu nægjanlega skýrar refsheimildir.

Grunnregluna um lögbundnar refsheimildir er að finna í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. Þar segir að engum verði gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Löggjafinn verður því að ákvarða hvaða háttsemi er refsiverð og hvaða tegundir refsinga er hægt að beita vegna háttseminnar og umfang þeirra refsinga.<sup>4</sup> Þessi áskilnaður hefur það í för með sér að ekki er hægt að beita refsingu fyrir háttsemi sem er hvorki lýst í settum lögum né stjórnvaldsfyrirmælum (t.d. reglugerðum) með fullnægjandi stoð í lögum.<sup>5</sup>

Sambærilegt ákvæði er í 1. mgr. 7. gr. MSE. Stærsti munurinn á grunnreglunni um lögbundnar refsheimildir í MSE samanborið við stjkskr. er að það eru almennt ríkari kröfur gerðar til uppruna refsheimildar í 1. mgr. 69. gr. stjkskr.<sup>6</sup> Refsheimild samkvæmt umræddu ákvæði MSE getur verið sett lög, stjórnvaldsfyrirmæli, dómaframkvæmd, alþjóðasamningar og milliríkjavenjur.<sup>7</sup> Viðmiðið þar er þó alltaf að reglurnar séu aðgengilegar og fyrirsjáanlegar.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Róbert R. Spanó: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (fyrri hluti) grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2004, bls. 7. Sjá einnig Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík 2008, bls. 196-197.

<sup>4</sup> Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*. Reykjavík 2012, bls. 118.

<sup>5</sup> Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 118-119. Sjá ennfremur t.d. *Hrd. 2000, bls. 2957 í máli nr. 238/2000*.

<sup>6</sup> Róbert R. Spanó: „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“. Í ritinu *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (ritsj. Björg Thorarensen), Reykjavík 2005, bls. 276-278. Sjá einnig eftir sama höfund: „Stjórnarskráin og refsíabyrgð (fyrri hluti) grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 23.

<sup>7</sup> Sjá Jónatan Þórmundsson: Grundvallaratriði alþjóðlegs refsiréttar“. Afmælisrit, *Úlfjótur* 1. tbl. 50. árg. (1997), bls. 165, og Róbert R. Spanó „Bann við afturvirkni refsilaga og grunnreglan um lögbundnar refsheimildir“, bls. 281.

<sup>8</sup> *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*. Mannréttindadómstóll Evrópu. 2016, bls. 6.

Grundvallarreglan um lögbundnar refsheimildir í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. gerir hins vegar þá kröfu að mælt sé fyrir um refsheimildina í lögum. Með orðinu lög í þessari merkingu er aðeins átt við sett lög frá Alþingi, sem eru þær reglur í frumvarpi sem hefur farið í gegnum þrjár umræður á Alþingi, sbr. 44. gr. stjkskr.,<sup>9</sup> en ekki reglur sem byggja á venjurétti eða stjórnvaldsfyrirmælum.<sup>10</sup> Skilgreining á orðinu lög í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. er því töluvert þrengri en skilgreiningin í 1. mgr. 7. gr. MSE.

Hugsunin með þessum lagaáskilnaði í stjkskr. er sá að lýðræðislega kjörnir fulltrúar á Alþingi ákveði tilvist, eðli og efnislegt inntak refsiverðrar háttsemi. Það er því svokallaður vilji löggjafans sem ákvarðar efnisskilyrði refsíabyrgðar en ekki t.d. pólitísk afstaða hjá framkvæmdavaldinu eða persónulegar skoðanir dómara í einstökum málum.<sup>11</sup>

Aðalatriðið hvað varðar innleiðingu á skortsölureglugerðinni í íslenskan rétt er því að ákvarða hvort EES reglugerðin (sem hefur að geyma lýsingu á þeirri háttsemi sem getur varðað refsíabyrgð) mun teljast sett lög frá Alþingi með þeirri beitingu tilvísunaraðferðarinnar sem lögð er til með frumvarpi til laga um skortsölu og skuldatryggingar. Ef það verður niðurstaðan virðist refsíakvæðið uppfylla kröfu 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir, en fjallað er um það álitaeftni í næsta kafla.

### 3 Lögformleg birting laga – telst skortsölureglugerðin vera sett lög frá Alþingi?

Til að um sé að ræða gilda refsheimild þarf hún að hafa hlotið lögformlega birtingu í samræmi við 27. gr. stjkskr. og gildandi lög um það – nú lög nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingarblað.<sup>12</sup> Í 27. gr. stjkskr. felst í raun aðeins sú krafa að birta skuli lög en löggjafanum (Alþingi) er látið eftir að ákveða hvernig það er gert. Birtingin þarf þó að vera með þeim hætti að allir geti með sanngirni kynnt sér lögin.<sup>13</sup>

Samkvæmt 1. og 2. gr. laga nr. 15/2005 skal birta öll lög í A-deild Stjórnartíðinda. Af því leiðir meðal annars að refsheimild í lögum verður ekki beitt fyrr en lögin hafa verið birt í samræmi við það, sbr. 27. gr. og 1. mgr. 69. gr. stjkskr., sbr. 8. gr. laga nr. 15/2005.<sup>14</sup> Í eldri lögum<sup>15</sup> var talið að þessum kröfum um birtingu væri fullnægt með birtingu í prentuðu riti, Stjórnartíðindum. Þróunin síðastliðin ár hefur hins vegar verið að færa birtinguna meira í rafrænt form.<sup>16</sup>

Með lögum nr. 15/2005 var stigið það skref að heimila innleiðingu EES-gerða í lög (sett lög frá Alþingi) með beitingu tilvísunaraðferðarinnar, sem hafði áður aðeins gilt fyrir stjórnvaldsfyrirmæli. Í 2. mgr. 2. gr. laganna kemur fram að við birtingu laga í A-deild Stjórnartíðinda, sem sett eru til að lögleiða samninga við önnur ríki og breytingar á þeim, þar á með EES-reglur, sé heimilt að vísa til birtingar samkvæmt 4. gr. laganna. Samkvæmt 1.

<sup>9</sup> Sbr. einnig 38. gr. laga nr. 55/1991 um þingsköp Alþingis. Sjá umfjöllun hjá Róberti R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 125.

<sup>10</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 198.

<sup>11</sup> Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 125-126.

<sup>12</sup> Jónatan Þórmundsson: *Afbrot og refsíabyrgð I*. Reykjavík 1999, bls. 167. Sjá einnig Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 154.

<sup>13</sup> Sjá almennar athugasemdir með frumvarpi er varð að lögum nr. 15/2005.

<sup>14</sup> Sjá t.d. Róbert R. Spanó: *Stjórnarskráin, Mannréttindasáttmáli Evrópu og meginreglur refsiréttar*, bls. 154-155.

<sup>15</sup> Lög nr. 64/1943 um birtingu laga og stjórnvaldaerinda.

<sup>16</sup> Sjá almennar athugasemdir með frumvarpi er varð að lögum nr. 15/2005.

mgr. 4. gr. skal í C-deild Stjórnartíðinda birta samninga við önnur ríki og auglýsingar varðandi gildi þeirra. Tekið er síðan fram í ákvæðinu að birting ákvarðana Sameiginlegu EES-nefndarinnar og þeirra gerða sem þar er vísað til í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins telst jafngild birting að þessu leyti.<sup>17</sup>

Framangreint þýðir að nú telst EES-gerð lögformlega birt með því að vísa til gerðarinnar í EES-viðbætinum í settum lögum frá Alþingi – þ.e. með tillagðri beitingu tilvísunaraðferðarinnar. Eins og vikið var að í inngangi álitargerðarinnar þá er lagt til með frumvarpi til laga um skortsölu og skuldatryggingar (386. mál) að innleiða skortsölureglugerðina, sem hefur að geyma verknaðarlýsingu sem getur varðað refsíabýrgð, með umræddri tilvísunaraðferð. Sú aðferð hefur löggjafinn sagt með lögum nr. 15/2005 að sé lögformleg birting á settum lögum frá Alþingi, enda hefur löggjafinn töluvert svigrúm að meta slíkt sbr. orðalag 27. gr. stjkskr.

Með hliðsjón af því verður að telja að umrædd tilvísunaraðferð uppfylli kröfur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir.

#### 4 Betra aðgengi að verknaðarlýsingu

Eins og fjallað var um hér að framan er nauðsynlegt að birting laga sé með þeim hætti að allir geti með sanngirni kynnt sér lögin. Það er sérstaklega mikilvægt þegar ákvæði laganna geta varðað refsíabýrgð. Jafnvel þótt niðurstaðan hér sé sú að birting skortsölureglugerðarinnar sé í samræmi við kröfur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir má að vissu leyti taka undir þau sjónarmið Samtaka fjármálafyrirtækja að reglugerðin væri aðgengilegri ef hún yrði látin fylgja með lögunum sem viðauki. Með þeim hætti yrði auðveldara fyrir alla að gera sér grein fyrir því hvaða háttsemi geti varðað refsingu.

Þessi beiting tilvísunarferðarinnar hefur hins vegar verið talin nauðsynleg til að innleiða með skilvirkum hætti þennan mikla fjölda EES-gerða sem liggja fyrir á fjármálamarkaði. Auk þess er möguleiki fyrir alla að nálgast viðkomandi gerðir með a.m.k. tveimur leiðum, sem eru misaðgengilegar. Annars vegar er hægt að nálgast EES-viðbættinn í gegnum stjornatidindi.is og þar er hægt að leita að viðkomandi EES-gerð í stóru skjali. Hins vegar er mögulegt að fara inn á vefsvæði EFTA (EEA-LEX) og leita eftir viðkomandi gerð eftir númeri hennar. Þar er hægt að nálgast beint viðkomandi gerð og ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar á ensku og íslensku.

Umræddar aðferðir eru hins vegar ekki augljósar, sérstaklega fyrir þá aðila sem þekkja ekki þetta umhverfi. Það gæti því verið til bóta að koma því fyrirkomulagi á sem fjármála- og efnahagsráðuneytið hefur nýverið, í samstarfi við forsætisráðuneytið, lagt til við Alþingi þegar tilvísunaraðferðinni er beitt með þeim hætti að aðeins er vísað er til birtingar viðkomandi reglugerðar í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB í lögum, án þess að reglugerðin sé birt með lögunum sem fylgiskjal, þá sé hlekkur á birtinguna (e. hyperlink) inn á vefsvæði EFTA með sama hætti og í EEA-LEX. Telja verður að það fyrirkomulag myndi án efa auðvelda aðgengi allra að EES-gerðum sem eru innleiddar með þessum hætti og myndi þar af leiðandi koma að einhverju leyti til móts við þær athugasemdir sem Samtök

---

<sup>17</sup> Sjá t.d. umfjöllun hjá Davíð Þór Björgvinssyni: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006, bls. 97-98.

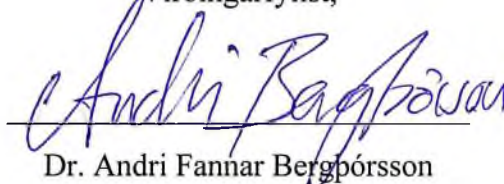
fjármálafyrirtækja gerðu við frumvarp til laga um skortsölu og skuldatryggingar, a.m.k. hvað varðar kröfuna um lögbundnar refsheimildir.

## 5 Samandregin niðurstaða

Í álitserð þessari var metið hvort frumvarp til laga um skortsölu og skuldatryggingar uppfyllir kröfur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildar. Niðurstaðan í álitserðinni er að sú aðferð sem lögð er til með frumvarpinu við innleiðingu á skortsölureglugerðinni uppfyllir kröfur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir. Byggt er meðal annars á eftirfarandi atriðum:

- Samkvæmt 10. gr. frumvarpsins getur brot gegn tilteknum ákvæðum skortsölureglugerðarinnar varðað sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Verksaðarlýsing refsiverðu brotanna koma ekki fram í frumvarpinu sjálfu heldur aðeins í skortsölureglugerðinni.
- Grundvallarreglan um lögbundnar refsheimildir í 1. mgr. 69. gr. stjkskr. gerir þá kröfu að mælt sé fyrir um refsheimild í lögum. Með orðinu lög í þessari merkingu er aðeins átt við sett lög frá Alþingi, sem eru þær reglur í frumvarpi sem hefur farið í gegnum þrjár umræður á Alþingi.
- Aðalatriðið hvað varðar innleiðingu á skortsölureglugerðinni í íslenskan rétt er að ákvarða hvort EES reglugerðin (sem hefur að geyma lýsingu á þeirri háttsemi sem getur varðað refsíabýrgð) mun teljast sett lög frá Alþingi með þeirri beitingu tilvísunaraðferðarinnar sem lögð er til með frumvarpinu.
- Til að um sé að ræða gilda refsheimild þarf hún að hafa hlotið lögformlega birtingu í samræmi við 27. gr. stjkskr. og gildandi lög um það – nú lög nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingarblað. Samkvæmt þeim lögum telst EES-gerð (eins og skortsölureglugerðin) lögformlega birt með því að vísa til gerðarinnar í EES-viðbætinum í settum lögum frá Alþingi – þ.e. með tilvísunaraðferðinni. Þar af leiðandi verður að telja að birting skortsölureglugerðarinnar sé í samræmi við kröfur 1. mgr. 69. gr. stjkskr. um lögbundnar refsheimildir.
- Jafnvel þótt ekki sé um að ræða brot gegn 1. mgr. 69. gr. stjkskr. gæti verið til bóta að koma því fyrirkomulagi á sem fjármála- og efnahagsráðuneytið hefur nýverið, í samstarfi við forsætisráðuneytið, lagt til við Alþingi þegar tilvísunaraðferðinni er beitt með þeim hætti að vísað er til birtingar viðkomandi reglugerðar ESB í EES-viðbæti án þess að reglugerðin sé birt með lögnum sem fylgiskjal, þá sé hlekkur á birtinguna (e. hyperlink) inn á vefsvæði EFTA með sama hætti og í EEA-LEX.

Virðingarfyllst,



Dr. Andri Fannar Bergþórsson