



UPPTAKA REGLNA UM NÝTT EFTIRLITSKERFI MEÐ FJÁRMÁLAMÖRKUÐUM INN Í EES-SAMNINGINN

Sunna Elvira Þorkelsdóttir

Maí 2013

ML í lögfræði

Höfundur: Sunna Elvira Þorkelsdóttir

Kennitala: 060687-3239

Leiðbeinandi: Gunnar Þór Pétursson

Lagadeild

School of Law

Útdráttur

Árið 2010 samþykktu Evrópuþingið og Ráðherraráðið löggjöf um nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu, en um samevrópskt eftirlitskerfi er að ræða. Umrætt eftirlitskerfi er byggt á reglugerðum sem lúta að stofnun Kerfisáhætturáðs og þriggja nýrra eftirlitsstofnana á sviði bankamála, verðbréfamála og váttryggingar- og starfstengdra lífeyrismála. Einna helst verður það reglugerð ESB nr. 1093/2010 um stofnun Evrópsks bankaeftirlits sem verður til umfjöllunar en líkt og titill ritgerðinnar gefur til kynna er það meginmarkmið hennar að rannsaka hvaða leiðir séu bærar fyrir Ísland og hin EFTA-ríkin að taka umræddar gerðir upp í EES-samninginn án þess að því tveggja stoða kerfi sem hann grundvallast á sé raskað. Í raun má segja að tvenns konar vandamál séu fyrir hendi þegar kemur að fyrrgreindum reglugerðum. Annars vegar er um að ræða álitaefni sem varða upptöku gerðanna í EES-samninginn, en ákvæði þeirra fara beinlínis á skjön við tveggja stoða kerfi samningsins, þar sem annarri stoðinni, ESB-stoðinni, eru veittar valdheimildir til þess að taka einhliða ákvarðanir sem eru bindandi fyrir hina stoðina, EES-stoðina, án þess að hægt sé að endurskoða slíkar ákvarðanir á sameiginlegum vettvangi. Hins vegar eru það síðan stjórnskipuleg álitaefni sem vakna þegar kemur að því að innleiða reglugerðirnar í landsrétt eftir að þær hafa verið teknar upp í EES-samninginn, en þær munu að öllum líkindum fela í sér umtalsvert framsal á ríkisvaldi til stofnana EFTA ef EES-aðlögun þeirra verður þannig úr garði gerð að þær valdheimildir sem eftirlitsstofnunum eru fengnar í reglugerðunum, verði framseldar til stofnana EFTA. Leitast verður við finna tillögur að lausn á þessum vandamálum.

Abstract

In 2010, the European Parliament and the Council of Ministers introduced new legislation establishing a new system for monitoring financial markets in Europe: the European Supervisory Authority. This supervisory system is based on the regulations pertaining to the establishment of a Systemic Risk Board and three new supervisory authorities in banking, securities and insurance issues, and occupational pension.

This thesis will mainly focus on EU regulation no. 1093/2010 on the establishment of a European Banking Authority.

The main aim of this thesis is to examine what avenues are available for Iceland and the other EEA/EFTA states in order to accept the previously mentioned EU regulations and therefore, amend the EEA Agreement, without disturbing the two pillar structure which the Agreement is based upon. There are two types of issues that arise when it comes to the adoption of the regulations. Firstly, there are issues relating to the adoption into the EEA Agreement. The power involved for the European Supervisory Authority in the provisions of the EU regulations is directly at odds with the two pillar structure of the EEA Agreement. Without particular amendments, the EU-pillar is granted powers to take unilateral decisions that are binding for the EEA/EFTA-pillar without being able to review such decisions on common ground. Secondly, there are constitutional issues that arise when it comes to implementing regulations into Icelandic national law after they have been incorporated into the EEA Agreement. This implementation will most likely involve a significant transfer of national state power to international institutions if the EEA amendments will be designed so that the powers involved in the regulations, will be transferred from the Authority to the EFTA institutions. This thesis will suggest a solution to these issues.

Formáli

Ritgerð þessi var unnin á vormánuðum 2013 og hafði höfundur gagn og gaman að. Höfundur er nú upplýstari um framkvæmd EES-samningsins og það umfangsmikla regluverk sem hann leiðir af sér. Höfundur hefur alltaf haft áhuga á Evrópurétti en sá áhugi hefur nú aukist til muna við í gegnum ritunarferlið.

Höfundur vill koma sérstökum þökkum á framfæri til leiðbeinanda síns, Gunnars Þórs Péturssonar aðjúnkts við lagadeild Háskólans í Reykjavík, fyrir afburða góða leiðsögn og gagnlegar ábendingar við úrvinnslu ritgerðarinnar.

Þá vill höfundur þakka fjölskyldu sinni fyrir góðan stuðning í gegnum laganámið og fyrir að vera ávallt til staðar.

Reykjavík, 13. maí 2013,

Sunna Elvira Þorkelsdóttir

Skrár

Ísland

Lög

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

Lög um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 98/1999.

Samkeppnislög nr. 44/2005

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Danmörk

Danmarks Riges Grundlov nr. 169 af 5. juni 1953.

Noregur

Norges Riges Grundlov af 17. mai 1814

Svíþjóð

Regeringsformen af 1 januari 1975

Evrópulöggjöf

Samningur um Evrópska efnahagssvæðið. Treaty establishing the European Economic Community, 2. maí 1992.

Samningur um fastanefnd EFTA, 13. desember 1994.

Samningur milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, 2. maí 1992.

Sáttmálinn um starfshætti Evrópusambandsins. Treaty of Lisbon, 1. desember 2009.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 1092/2010 um stofnun Kerfisáhætturáðs.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 1093/2010 um stofnun Evrópsks bankaeftirlits.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 1094/2010 um stofnun Evrópsku eftirlitsstofnunarinnar með tryggingum og starfstengdum lífeyri.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 1095/2010 um stofnun Evrópsku eftirlitsstofnunarinnar með verðbréfa- og fjármálamörkuðum.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 2320/2002 um sameiginlegar reglur um flugvernd í almenningsflugi.

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 2309/93 um málsmeðferð bandalagsins við veitingu leyfa fyrir lyfjum sem ætluð eru mönnum og dýrum og eftirlit með þeim og um stofnun Lyfjamálastofnunar Evrópu.

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 94/19/EB um innstæðutryggingar.

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 2009/14/EB [Um breytingar á tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingar að því er varðar fjárhæðir innstæðutrygginga og greiðslufresti].

Dómar

EFTA dómstóllinn

Mál E-9/97 (*Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu*)

Mál E-1/01 (*Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu*)

Hæstiréttur Danmerkur

UfR. 1998, bls. 800

Þingskjöl og umræður

Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 462 - 275. mál.

Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 30 – 29. mál

Alþt. 1992-1993, A-deild, 2558

Alþt. 1992-1993, A-deild, 710

Alþt. 1992-1993, A-deild, 713

Alþt. 1992-1993, A-deild, 737-758

Alþt. 1992-1993, A-deild, 756

Alþt. 1992-1993, A-deild, 714, 715

Alþt. 1992-1993, A-deild, 750, 751

Alþt. 1992-1993, B-deild, 29. mál, 6. fundur, (Ólafur Ragnar Grímsson) skoðað 30. mars 2013.

Alþt. 1992-1993, A-deild, 716-736

Alþt. 1992-1993, A-deild, 750
Alþt. 1992-1993, A-deild, 688
Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 – 551. mál
Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 590 – 350. mál
Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1079 – 621. mál
Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 3 – 3. mál
Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 1229 - 761. mál
Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 987 - 579. mál
Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1139 - 641. mál
Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1139 - 641. mál

Efnisyfirlit

Skrár	iv
1 Inngangur	1
2 Ísland og EES-samningurinn.....	3
2.1 Tveggja stoða kerfið	4
2.2 Tengsl þjóðaréttar og landsréttar	4
2.2.1 Afleidd löggjöf frá stofnunum ESB	5
2.2.1.1 Reglugerðir	5
2.2.1.2 Tilskipanir	7
2.2.2 Lagasamræming	8
2.3 Einsleitni.....	9
2.4 Bókun 35	11
2.5 Löggjafarferli ESB-gerða.....	13
2.5.1 Forstig.....	14
2.5.2 Vinnslustig.....	14
2.5.3 Samákvörðunarferli.....	14
2.6 Niðurstöður.....	15
3 Víðtækar breytingar á regluverki um fjármálaþjónustu í Evrópu	16
3.1 Helstu breytingar á tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingasjóði.....	17
3.1.1 Umfangsmeiri trygging	19
3.1.2 Skilvirkari endurgreiðsla	19
3.1.3 Ábyrgari fjármögnun innstæðutryggingasjóða	20
3.1.4 Endurreisnarsjóðir bankastofnana (e. <i>bank resolution funds</i>)	21
3.2 Sameiginleg lánastofnun (e. <i>mutual borrowing facility</i>)	21
3.3 Samevrópskur innstæðutryggingasjóður (e. <i>pan-European Deposit Guarantee Scheme</i>)	22
3.4 Endurreisn bankakerfa og mögulegar úrlausnaraðferðir.....	23
3.4.1 Tengsl milli endurreisnar bankakerfa og innstæðutryggingasjóða	23

3.4.2	Nefnd um fjármálastöðugleika og viðbúnað	24
3.4.3	Úrlausnir sem í boði eru og markmið þeirra.....	25
3.5	Nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu.....	26
3.6	Næstu skref.....	27
3.7	Niðurstöður.....	27
4	Evrópska Bankaeftirlitið (e. <i>European Banking Authority</i>).....	28
4.1	Valdheimildir Evrópska bankaeftirlitsins.....	30
4.1.1	Útgáfa tilmæla og formleg álit sem beint er til yfirvalda	31
4.1.2	Bindandi ákvarðanir gagnvart fyrirtækjum á fjármálamarkaði	32
4.1.3	Bindandi ákvarðanir gagnvart yfirvöldum og fjármálafyrirtækjum í neyðarástandi.....	33
4.1.4	Sáttahlutverk EBA í ágreiningsmálum milli lögbærra yfirvalda	34
4.2	Rannsóknarheimildir Evrópska bankaeftirlitsins.....	34
4.3	Breytingar á reglugerð nr. 1093/2010 um Evrópska bankaeftirlitið	35
4.4	Niðurstöður.....	36
5	Áhrif Íslands á mótun og töku ákvarðana á vettvangi Evrópusamstarfs	36
5.1	Innleiðing EES-reglna	37
5.2	Undanþágur og aðlaganir ESB-gerða að íslenskum aðstæðum.....	39
5.2.1	Dæmi um aðlaganir í framkvæmd	40
5.2.1.1	Flugvernd	40
5.2.1.2	Lyfjastofnun Evrópu.....	41
5.3	Tillögur að aðlögunartexta fyrir reglugerð nr. 1903/2010 um Evrópskt bankaeftirlit	43
5.3.1	Tillögur Bjargar Thorarensen og Stefáns Más Stefánssonar að aðlögunartexta	44
5.3.2	Tillaga höfundar að mögulegri EES-lausn	45
5.3.3	Er skortur á vilja af hálfu ESB að finna sameiginlega lausn?	46

5.4	Neitunarvald og heimild EES/EFTA-ríkjanna til frestunar á innleiðingu ESB-gerða.....	47
5.4.1	Óvirkt neitunarvald?.....	49
5.5	Þátttaka í nefndum og sérfræðingahópum Evrópusambandsins.....	50
5.5.1	Fastanefnd EFTA.....	51
5.5.2	Breytt framkvæmd á löggjafarferli innan ESB.....	52
5.6	Niðurstöður.....	53
6	Þróun EES-samningsins í átt til aukins framsals.....	54
6.1	Stjórnskipuleg álitamál tengd aðild Íslands að EES-samningnum.....	55
6.2	Forsendur hafa breyst verulega frá upphaflegri aðild að EES-samningnum.....	57
6.3	Er þörf á stjórnarskrárbreytingu?.....	59
6.3.1	Stjórnarskráin og framsalsheimildir.....	59
6.3.1.1	Um 2. gr. stjórnarskrárinnar.....	60
6.3.1.2	Um 21. gr. stjórnarskrárinnar.....	60
6.3.1.3	Um 60. gr. stjórnarskrárinnar.....	63
6.4	Stjórnskipuleg álitafni vegna valdheimilda Evrópska bankaeftirlitsins....	63
6.5	Tillögur að breytingu á stjórnarskránni sem veitir Alþingi heimild til þess að framselja ríkisvald til alþjóðlegrar stofnunar.....	65
6.5.1	Um 111. gr. Framsal ríkisvalds.....	66
6.6	Heimildir í stjórnarskrám Norðurlandanna til framsals á ríkisvaldi.....	70
6.6.1	Danmörk.....	70
6.6.2	Svíþjóð.....	71
6.6.3	Noregur.....	73
6.7	Niðurstöður.....	75
7	Samantekt og niðurstöður.....	76
	Heimildaskrá.....	81

1 Inngangur

Árið 1992 var samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir EES-samningurinn) undirritaður í Oporto í Portúgal. Samningurinn var lögfestur með lögum nr. 2/1993 en hann tók gildi þann 1. janúar árið 1994. EES-samningurinn er vafalaust einn sá umsvifamesti þjóðréttarsamningur sem íslenska ríkið hefur gert og jafnframt sá mikilvægasti en áhrif hans á íslenskan rétt eru mjög víðtæk.¹

Löggjöf Evrópusambandsins á sviði fjármálaþjónustu og reglur um eftirlit með slíkri þjónustu hafa tekið miklum breytingum síðast liðin ár, en breytingar á reglum um starfsemi fjármálafyrirtækja og strangara eftirlit með fjármálamörkuðum var nauðsynlegt í kjölfar bankahrunsins árið 2008.

Árið 2010 samþykktu Evrópuþingið og Ráðherraráðið löggjöf um nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu, en um einskona samevrópskt eftirlitskerfi er að ræða. Umrætt eftirlitskerfi er byggt á reglugerðum sem lúta að stofnun Kerfisáhætturáðs og þriggja nýrra eftirlitsstofnana á sviði bankamála, verðbréfamála og váttryggingar- og starfstengdra lífeyrismála.²

Meginmarkmið þessarar ritgerðar er að rannsaka hvaða leiðir eru færar fyrir Ísland og hin EFTA-ríkin til þess að taka umræddar gerðir upp í EES-samninginn. Til þess að ná þessu markmiði verður í 2. kafla gerð grein fyrir tengslum milli landsréttar og þjóðaréttar. Í 3. kafla verður síðan gerð ítarlega grein fyrir í hverju þær breytingar eru fólgnar sem framundan eru á fjármálalöggjöf innri markaðar ESB, en

¹ Davíð Þór Björgvinsson. *EES réttur og landsréttur*. (Bókaútgáfan Codex 2006) 5

² Reglugerðin eru:

- Council Regulation (EC) 1093/2010 of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC [2010] OJ L331/12

- Council Regulation (EC) 1094/2010 of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC [2010] OJ L331/48

- Council Regulation (EC) 1095/2010 of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC [2010] OJ L331/48

- Council Regulation (EC) 1092/2010 of 24 November 2010 establishing a European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board [2010] OJ L331/1

Framkvæmdastjórn ESB hefur unnið að því markvisst frá árinu 2009 að samræma allt regluverk á sviði fjármálaþjónustu á meðal aðildarríkjanna og tryggja þannig einsleitni og lagasamræmingu. Því næst verður í 4. kafla fjallað um inntak umræddra reglugerða, en einna helst verða ákvæðum reglugerðar (ESB) nr. 1093/2010 um stofnun Evrópsks bankaeftirlits gerð ítarleg skil. Það verður gert með því að gera grein fyrir helstu álitaeftum sem reglugerðin hefur í för með sér, en hún felur í sér beinar og íþyngjandi valdheimildir, sem bæði ná til stjórnvalda og fjármálafyrirtækja. Vegna einsleitnismarkmiðs innri markaðarins liggur ljóst fyrir að reglugerðirnar þarf að taka upp í EES-samninginn fyrr eða síðar, en sérstaklega verður leitast við að sýna fram á leiðir sem mögulegar eru fyrir Ísland og hin EFTA-ríkin til þess að taka reglurnar upp í samninginn án þess að tveggja stoða kerfinu sem EES-samningurinn grundvallast á sé stefnt í hættu líkt og núverandi fyrirkomulag reglugerðanna mun gera, verði þær innleiddar að óbreyttu. Reglugerðirnar munu falla undir IX. viðauka samningsins en þar er að finna þær reglugerðir, tilskipanir og ákvarðanir sem felldar hafa verið inn í samninginn á sviði fjármálaþjónustu. Samkvæmt 2. gr. EES-samningsins eru þeir viðaukar sem við samninginn er að finna, hluti af honum.

Líkt og áður sagði er meginmarkmið ritgerðarinnar að rannsaka hvaða leiðir eru færar til þess að taka umræddar gerðir upp í EES-samninginn. Við þá rannsókn verður sjónum beint að því með hvaða hætti Ísland og hin EFTA-ríkin koma að undirbúningi og mótun ESB-gerða, og í því samhengi skoðaðar þær aðlaganir og undanþágur frá ESB gerðum sem Ísland hefur sótt um og fengið samþykktar. Þá umfjöllun verður einna helst að finna í 5. kafla. Rétt er að taka fram að þær valdheimildir sem reglugerð nr. 1093/2010 færir Evrópska bankaeftirlitinu, er nýlunda í íslensku lagaumhverfi en það er áður óþekkt að alþjóðlegri stofnun séu veittar slíkar heimildir.

Í 6. kafla verður síðan rannsakað hvaða stjórnskipulegu álitaefti eftirlitskerfið og valdheimildir Evrópska bankaeftirlitsins hafa í för með sér, en valdheimildirnar brjóta í bága við íslensk stjórnskipunarlög þar sem stjórnarskráin gerir ekki ráð fyrir slíku framsali á ríkisvaldi til alþjóðastofnana. Af því tilefni verður rannsakað að hvaða leyti stjórnarskráin heimilar valdframsal og í því samhengi kannað hvers konar framsal á ríkisvaldi hefur áður verið talið að rúmist innan stjórnarskrárinnar. Þá verða jafnframt færð rök fyrir þörf á stjórnarskrárbreytingu til þess að mæta frekari þróun á EES-

samningnum í átt til aukins framsals. Í því sambandi verður litið til stjórnarskráa Norðurlandanna og farið yfir þær heimildir til valdframsals sem þær hafa að geyma.

Að lokum verða síðan helstu niðurstöður dregnar saman í 7. kafla.

2 Ísland og EES-samningurinn

EES-samningurinn tók gildi á Íslandi þann 1. janúar 1994 en hann var að mestu fullgildur og lögfestur með lögum nr. 2/1993. Markmið og forsenda EES-samningsins er einsleitni nánar tiltekinna réttarreglna á öllu samningssvæðinu.³ Forsenda EFTA-ríkjanna við samningsgerðina var að samningurinn fæli ekki í sér framsal fullveldis eins og í tilviki aðildarríkja ESB. Með EES-samningnum var reynt að tryggja báðar forsendurnar, þ.e að tryggja bæði einsleitni og fullveldi ríkjanna ásamt einsleitni á samningssvæðinu. Þær skuldbindingar sem íslenska ríkið tók sér á hendur með aðild að Evrópska efnahagssvæðinu voru reglur er varða fjórfrelsið, samkeppnisreglur og reglur um ríkisaðstoð.⁴ Þessar forsendur hafa þó tekið nokkrum breytingum með stækkun og frekari þróun samningsins en nánar verður vikið að því í kafla 6.

Eftirfarandi umfjöllun er ætlað að kynna það samevópska lagakerfi sem Ísland varð hluti af við inngöngu í Evrópska efnahagssvæðið. Íslenskt lagaumhverfi er orðið umvafið alþjóðlegu regluverki sem hefur á margan hátt haft áhrif á löggjöf, framkvæmd og túlkun á réttarheimildum.⁵ Leitast verður við að útskýra eðli afleiddrar löggjafar og hvernig markmiði EES-samningsins um einsleitni er náð og verður í því sambandi fjallað um lagasamræmingu og bókun 35. Þá verður vikið að löggjafarferli ESB-gerða og þeim stigum ákvörðunartöku sem á sér stað innan stofnana þess. Fyrst verður hins vegar fjallað um tveggja stöða kerfið sem EES-samningurinn grundvallast á.

³ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Löggjöf Evrópusambandsins og Evrópska Efnahagssvæðisins*, (Bókaútgáfan Codex 2007) 169

⁴ Davíð Þór Björgvinsson, „EES-samningurinn og Mannréttindasáttmáli Evrópu sem réttarheimildir í íslenskum rétti” (1997) 1 Úlfjótur 71

⁵ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 15

2.1 Tveggja stoða kerfið

EFTA-ríkin stofnuðu með sérsamningum á grundvelli EES-samningsins, undirritaðir voru á sama tíma og EES-samningurinn árið 1992, eigin stofnanir sem að meginstefnu gegna sama hlutverki og Ráðherraráð ESB, Evrópuþingurinn og Framkvæmdastjórn ESB. Samsvarandi EFTA-stofnanir eru fastanefnd EFTA, EFTA-dómstóllinn og eftirlitsstofnun EFTA (ESA). Af þessum sökum hefur stofnanapætti EES-samningsins er verið lýst sem tveggja stoða kerfi.

Samhliða var stofnaður sameiginlegur vettvangur þar sem samningsaðilar frá hvorri stoðinni um sig mætast til að taka ákvarðanir um EES-samninginn. Um er að ræða EES-ráðið og sameiginlegu EES-nefndina auk sameiginlegra undirnefnda.⁶

2.2 Tengsl þjóðaréttar og landsréttar

Tengslum þjóðaréttar og landsréttar hefur einkum verið lýst með tveimur kenningum sem nefndar hafa verið eineðliskenning annars vegar og tvíeðliskenning hins vegar en munurinn á þessu tvennu liggur í mismunandi tengslum á milli réttarkerfa þjóðaréttar og landsréttar. Ísland aðhyllist tvíeðliskenninguna sem byggir að meginstefnu á því að líta beri á þjóðarétt og landsrétt sem tvö aðskilin lagakerfi.⁷ Af þeim sökum þarf að innleiða ESB-gerðir sérstaklega inn í landsréttinn svo þær öðlist gildi hér á landi. Áður en ESB-gerð er innleidd í landsrétt EFTA-ríkjanna, þarf að taka hana upp í EES-rétt en það er gert með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar sem ákveður að gerðin skuli tekin upp í EES-samninginn. Ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar leiða af sér þjóðréttarlegar skuldbindingar og EES/EFTA-ríkjunum ber að innleiða þessar gerðir með þeim hætti sem fram kemur í 7. gr. EES-samningsins sem er hliðstæð 263. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.⁸ Í kjölfar innleiðingar gerðanna þurfa stjórnvöld síðan að upplýsa ESA með hvaða hætti það var gert.⁹

⁶ Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005) 10

⁷ Davíð Þór Björgvinsson, „EES-samningurinn og Mannréttindasáttmáli Evrópu sem réttarheimildir í íslenskum landsrétti” (1997) 1 Úlfjótur 63-67

⁸ Gunnar Þór Pétursson, „Innleiðing gerða skv. EES samningnum á sviði fjármálaþjónustu í íslenskan rétt“ (Viðauki 6 birtur með skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, Rannsóknarnefnd Alþingis 2010), 12 <<http://rna.althingi.is/pdf/RNAvefVidauki6.pdf>> skoðað 4. apríl 2013.

⁹ Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005) 32

2.2.1 Afleidd löggjöf frá stofnunum ESB

Afleiddur bandalagsréttur fjallar um þær réttargerðir sem stofnanir ESB geta sett í krafti Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (hér eftir SSE) e. *Treaty on the Functioning of the European Union*). ESB-gerðir geta verið reglugerðir, tilskipanir eða ákvarðanir. Eðli EES-samningsins er þannig að hann er lifandi samningur og breytist dag frá degi. Í samningnum er gert ráð fyrir að Ísland innleiði nýjar reglur ESB á samningssviðinu, en áætlað hefur verið að Ísland innleiði 70–80% af öllum reglum ESB í gegnum EES-samninginn. Þetta hefur víðtæk áhrif á íslenskt löggjafarvald. Umfang þessarar löggjafar hefur reynst mun meira en gert var ráð fyrir í upphafi.¹⁰

Íslenskum stjórnvöldum ber að lögfesta þær ESB-gerðir sem falla undir EES-samninginn óbreyttar sem lög eða stjórnvaldsreglur sbr. 7. gr. EES-samningsins. Líkt og minnst var á í inngangi verður fjallað um breytingar á tilskipun um innstæðutryggingar og reglugerðir um eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum, en báðar gerðirnar hafa í för með sér auknar kröfur um eftirlit með starfsemi fjármálafyrirtækja en áður hefur verið og leggja ýmsar skyldur á stjórnvöld sem nánar verður vikið að síðar.

2.2.1.1 Reglugerðir

Reglugerðir (e. *regulations*) eru hvað þýðingarmestar afleiddra gerða varðandi efni, gildissvið og réttaráhrif.¹¹ Fjallað er um reglugerðir í 288. gr. SSE. Það er Ráðherraráðið og Evrópuþingið sem ákveða endanlegt efni þeirra en Framkvæmdastjórnin mótar tillögur að nýjum gerðum innri markaðarins sem síðan fara til meðferðar hjá Ráðinu og Þinginu. Nánar verður fjallað um löggjafarferli ESB-gerða hér á eftir. Davíð Þór Björgvinsson setur réttaráhrif reglugerða fram á fjóra vegu í riti sínu EES-réttur og landsréttur:

Reglugerðir hafa (i) almennt gildi á þeim sviðum sem þær taka til, (ii) eru bindandi í heild sinni eins og þær koma fyrir, (iii) hafa bein lagaáhrif í aðildarríkjunum, án sérstakrar lögfestingar og (iv) ákvæði þeirra ganga

¹⁰ Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 – 551

¹¹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 87

framar öðrum reglum landsréttar sem kunna að vera ósamrýmanlegar þeim.¹²

Reglugerðir öðlast ekki bein lagaáhrif í EFTA-ríkjunum líkt og þær gera í aðildarríkjum ESB. EFTA-ríkin, einna helst Ísland og Noregur töldu þá leið ekki færa fyrir sig að reglugerðir öðlist bein réttaráhrif í landsrétti en slíkt myndi brjóta í bága við stjórnarskrár þeirra þar sem það fæli í sér framsal á lagasetningarvaldi.¹³ Af þeirri ástæðu þarf að fara eftir þeirri málsmeðferð sem 7. gr. EES-samningsins kveður á um sbr. framangreint. Í a-lið 7. gr. segir að gerð sem samsvari reglugerð ESB skuli tekin upp sem slík í landsrétt samningsaðila. Með þessu er átt við að sá texti reglugerða sem finna má í viðaukum með samningnum er þýddur yfir á íslensku og síðan lögfestur í heild inn í landsrétti, þá annað hvort sem almenn lög eða stjórnisýslufyrirmæli. Reglugerðirnar geta síðan verið lögfestar með aðlögun en það fer eftir efni þeirra.¹⁴ Fjallað verður um aðlaganir og undanþágur frá ESB gerðum í 5. kafla.

Oftast nær eru ESB-gerðir felldar inn í EES-samninginn óbreyttar sbr. framan greinda umfjöllun um 7. gr. EES-samningsins, en líkt og áður sagði liggur nú fyrir að innleiða reglur um nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum og hafa verið settar á fót eftirlitsstofnanir en þar á meðal er Evrópska bankaeftirlitið (EBA) sem eru veittar beinar og íþyngjandi valdheimildir á sviði framkvæmdavalds bæði gagnvart lögbærum yfirvöldum í aðildarríkjunum og fyrirtækjum á fjármálamarkaði. sem ef innleiddar óbreyttar, brjóta gegn íslensku stjórnarskránni sem veitir ekki svigrúm til slíkt framsals á ríkisvaldi til alþjóðastofnana. Í lagaframkvæmd héraðs hefur verið litið svo á að slíkt framsal sé einungis heimilt upp að vissu marki,¹⁵ en þær íþyngjandi valdheimildir sem EBA er heimilað í reglugerðinni verða að öllum líkindum ekki taldar rúmast innan þeirra marka sem áður hefur talið að stjórnarskráin veiti til framsals. Nánar verður fjallað um þessi mörk í 6. kafla hér á eftir.

Í raun stöndum við frammi fyrir tvenns konar vandamálum þegar kemur að áður nefndum reglugerðum, en þar er annars vegar um að ræða álitafni sem varða upptöku þeirra í EES-samninginn, en ákvæði reglugerðanna fara beinlínis á skjön við tveggja

¹² Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 87

¹³ Sama heimild 88

¹⁴ Sama heimild 88

¹⁵ Sama heimild 482

stoða kerfið sem fjallað var um hér að framan, þar sem annarri stoðinni, ESB-stoðinni, eru veittar valdheimildir til þess að taka einhliða ákvarðanir sem eru bindandi fyrir hina stoðina, EES-stoðina, án þess að hægt sé að endurskoða slíkar ákvarðanir á sameiginlegum vettvangi. Á hinn bóginn eru það síðan stjórnskipuleg álitaefni sem vakna þegar kemur að því að innleiða reglugerðirnar í landsrétt eftir að þær hafa verið teknar upp í EES-samninginn þar sem þær munu að öllum líkindum fela í sér umtalsvert framsal á ríkisvaldi til stofnana EFTA ef EES-aðlögunin verður þannig úr garði gerð að þær valdheimildir sem EBA er ætlað skv. reglugerðinni, verði framseldar til stofnana EFTA. Líkt og áður hefur komið fram eru þessi álitaefni helsta umfjöllunarefni þessarar ritgerðar en nánar verður fjallað um þetta í köflunum hér á eftir.

2.2.1.2 Tilskipanir

Í áður nefndri 288. gr. SSE er einnig fjallað um tilskipanir en það segir að þær bindi aðildarríki samkvæmt markmiði sínu en að ríkin sjálf hafi val um með hvaða aðferðum markmiðinu sé náð. Tilskipunum er þannig beint að aðildarríkinu sjálfu en ekki þegnum þess.¹⁶ Ákveðinn sveigjanleiki felst í því að aðildarríkin þurfi ekki að vera sammála um nákvæman texta eða útfærslu sem sparar þeim heilmikinn tíma við innleiðingu. Tilskipanir hafa því einkum verið valdar til lagasamræmingar sökum sveigjanleikans við innleiðingu og tímamörk.¹⁷

Líkt og gefur að skilja þurfa ríkin ber að fylgja ákvæðum tilskipana, en þau ákveða að meginstefnu sjálf með hvaða hætti þau gera það, þ.e. með lögum, stjórnsýslufyrirmælum eða á annan hátt. Af þessu má ráða að tilskipanir séu ekki sjálfkrafa bindandi að landsrétti fyrr en þær hafa verið lögfestar og hafi því ekki bein lagaáhrif á sama hátt og reglugerðir. Þær skyldur sem tilskipanir fela í sér fyrir aðildarríki felast þannig í því að þau sjái til þess að markmiði viðkomandi tilskipunar sé náð og aðlaga löggjöf sína með það í huga að markmiðinu sé náð í landsrétti. Það er til að mynda gert með þeim hætti að séð verði til þess að önnur löggjöf landsréttarins

¹⁶ Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska Efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 55

¹⁷ Gunnar Þór Pétursson, „Innleiðing gerða skv. EES samningnum á sviði fjármálaþjónustu í íslenskan rétt“ (Viðauki 6 birtur með skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, Rannsóknarnefnd Alþingis 2010), 9 <<http://rna.althingi.is/pdf/RNAvefVidauki6.pdf>> skoðað 4. apríl 2013.

taki ekki til þess sviðs sem tilskipuninni er ætlað að ná til. Þá mega ákvæði landsréttar ekki fara í bága við ákvæði tilskipunarinnar eða fela í sér hindrun á framkvæmd hennar.¹⁸

2.2.2 Lagasamræming

Í viðauka Gunnars Þórs Péturssonar sem birtur var með skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis, fjallar hann um innleiðingu á gerðum samkvæmt EES-samningnum í íslenskan rétt. Í umfjöllun sinni um lagasamræmingu segir Gunnar Þór að ein þeirra forsendna fyrir virkum innri markaði EES sé að regluverkið sé sameiginlegt og í því sambandi nefnir hann markmið innri markaðarins sem samkvæmt SSE séu að innri markaðurinn skuli ná til svæðis án innri landamæra þar sem tryggð er frjáls för fólks, frjálsir vöruflutningar, frjáls þjónustustarfsemi og frjálsir fjármagnsflutningar í samræmi við ákvæði sáttmálans.¹⁹

Í þeim tilgangi að ná fram tilætluðum markmiðum sáttmálans segir Gunnar Þór að gripið hafi verið til umfangsmikillar lagasamræmingar á grundvelli afleiddrar löggjafar, einna helst í tilskipunum. Þá telur Gunnar að ákvarðanir um hversu ítarleg og umfangsmikil samræmingin eigi að vera, sé í raun pólitísk ákvörðun sem tekin er af stofnunum ESB.²⁰

Þær umfangsmiklu breytingar sem hafa átt sér stað og eiga sér enn stað á regluverki um fjármálaþjónustu innri markaðarins lúta lang flestar að því markmiði að ná fram sem mestri lagasamræmingu á milli aðildarríkjanna þannig að sömu reglur gildi alls staðar á svæðinu sem verður til þess að skapa langþráðan stöðugleika á fjármálamarkaði. Í umfjöllun sinni nefnir Gunnar Þór þrenns konar stig samræmingar. Lágmarkssamræmingu (e. *minimum harmonization*), valsamræmingu (e. *optional harmonization*) og fulla samræmingu eða hámarkssamræmingu (e. *complete harmonization*). Hámarkssamræmingu útskýrir Gunnar Þór á þann veg að það svið sem

¹⁸ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 93

¹⁹ 2. mgr. 26. gr. SSE sem var áður 14. gr. stofnsáttmála Evrópusambandsins.

²⁰ Gunnar Þór Pétursson, „Innleiðing gerða skv. EES samningnum á sviði fjármálaþjónustu í íslenskan rétt“ (Viðauki 6 birtur með skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, Rannsóknarnefnd Alþingis 2010) 9 <<http://rna.althingi.is/pdf/RNAvefVidauki6.pdf>> skoðað 5. apríl 2013.

samræmt sé, er samræmt að fullu þannig að ekkert svigrúm sé fyrir aðilarríki til sértækra útfærslna né annarra krafna um efnissvið hinnar afleiddu löggjafar.²¹

Hámarkssamræming er það markmið sem Framkvæmdastjórnin er að stefna að með samræmdu innri markaðs regluverki (e. *single rule book*). Hlutverk eftirlitsstofnana á borð við EBA, sem settar voru á fót á sama tíma er síðan að sjá til þess að aðildarríkin séu að fylgja eftir þessum reglum.²² Af framangreindu virtu má draga þá ályktun að lítill munur verði fyrir aðildarríkin að innleiða tilskipanir eða reglugerðir þar sem hámarkssamræming veitir líkt og áður sagði ekkert svigrúm til sérútfærslna líkt og raunin hefur verið með innleiðingu reglugerða sbr. 7. gr. EES-samningsins.

Í þessu samhengi má nefna að þegar tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingasjóði var sett árið 1994, var lítil áhersla lögð á samræmingu á milli aðildarríkja varðandi hvernig tilætluðum markmiðum hennar væri best náð og höfðu aðildarríkin því nokkuð frjálsar hendur við innleiðingu tilskipunarinnar. Afleiðingar þess fyrirkomulags urðu þær að mismunandi reglur giltu á milli sjóða aðildarríkjanna varðandi lykilatriði á borð við fjárhæðir lágmarkstryggingar, hverjir væru tryggðir og frestur til þess að fá greitt úr sjóðunum var mismunandi. Fjármögnun sjóðanna var einnig alfarið verið í höndum aðildarríkjanna sjálfra og engin samræming þar á milli. Þetta fyrirkomulag hefur reynst mjög óstöðugt og haft í för með sér beinar afleiðingar á starfsemi innri markaðarins.²³ Telja verður að hámarkssamræming sé til hagsbóta fyrir fyrirtæki og neytendur þar sem réttarvernd þeirra er mun betur varin ef sömu reglur gilda á öllu svæðinu.

2.3 Einsleitni

Líkt og áður hefur verið vikið að var markmið EES-samningsins að koma á fót sameiginlegu Evrópsku efnahagssvæði. Til að ná þessu markmiði þarf framkvæmd samningsins að vera sú sama á öllu EES-svæðinu. Í inngangsorðum samningsins segir

²¹ Gunnar Þór Pétursson, „Innleiðing gerða skv. EES samningnum á sviði fjármálaþjónustu í íslenskan rétt“ (Vidauki 6 birtur með skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, Rannsóknarnefnd Alþingis 2010) 9-10 <<http://rna.althingi.is/pdf/RNAvefVidauki6.pdf>> skoðað 5. apríl 2013.

²² European Commission, „Commission proposals for a single supervisory mechanism“ (Banking Union) <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/index_en.htm> skoðað 8. apríl 2013.

²³ Council of the European Union, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Deposit Guarantee Schemes“ 2010/0207 (COD)

að markmið samningsins sé að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Í þessu felst að lagaáhrifum EES-reglna þarf að ná fram í landsrétti EFTA-ríkjanna á sambærilegan hátt og í aðildarríkjum ESB. Það er til að mynda gert með forgangi EES-reglna og skýring þeirra og beiting þarf að vera sambærileg á öllu EES-svæðinu. Þessu markmiði þarf þó að vera hægt að ná fram án þess að EFTA-ríkin framselji fullveldisréttindi sín.²⁴ Um einsleitnismarkmið EES-samningsins sagði EFTA-dómstóllinn í ráðgefandi áliti sínu **nr. E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu**, að til þess að markmiðinu um einsleitni verði náð yrðu tvö grundvallaratriði að vera uppfyllt:

Í fyrsta lagi skulu efnisákvæði EES-samningsins á þeim sviðum sem samvinnan nær til að mestu leyti vera samhljóða samsvarandi ákvæðum Rómarsamningsins og Stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins. Efnisreglur þessar skulu verða gildandi reglur í þeim EFTA-ríkjum sem aðild eiga að EES-samningnum er ríkin taka þær upp í landsrétt sinn.

Þá sagði dómstóllinn enn fremur:

Í öðru lagi er með EES-samningnum komið á margbrotnu kerfi sem tryggja á einsleita túlkun og beitingu þeirra efnisreglna sem teknar hafa verið upp í landsrétt.

Með vísan til ofangreindra forsendna taldi dómstóllinn að líta bæri á EES-samninginn sem svo að hann væri þjóðréttarsamningur sem væri sérstaks eðlis (*sui generis*) sem fæli í sér sérstakt og sjálfstætt réttarkerfi. Þá sagði einnig að markmið EES-samningsins gengju lengra og gildissvið hans víðtækara en venjulegt væri um þjóðréttarsamninga.

²⁴ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 230-231

2.4 Bókun 35

Bókun 35 er liður í því að áður nefndu einsleitnismarkmiði verði náð en í henni var sú lausn fólgin að EFTA-ríkin þurfa ekki að framselja ríkisvald sitt til sameiginlegra stofnana.²⁵ Það voru forgangsáhrif EES-réttar sem voru eitt af umdeildari efnisatriðum sem tekist var á um í viðræðum um lögfestingu á EES-samningnum. Líkt og ESB-réttur hefur forgang í landsrétti aðildarríkja ESB, lagði ESB áherslu á að forgangsáhrif EES-réttarins yrðu tryggð meðal EFTA-ríkjanna og þar með einsleitnismarkmið samningsins virt. Þetta var talið nauðsynlegt til þess að tryggja að reglur EES-réttarins hefðu sömu forgangsáhrif og ESB-reglur hafa í landsrétti aðildarríkja þess. Þannig væri stuðlað að sameiginlegri framkvæmd og beiting reglnanna yrði sú sama á öllu svæðinu.²⁶ EFTA-ríkin tóku það hins vegar ekki til greina að löggjafarvald yrði framselt til stofnana EES þar sem stjórnarskrár ríkjanna gerðu ekki ráð fyrir slíku valdframsali. Um tvö ósamrýmanleg sjónarmið því var að ræða og þurfi að finna aðra leið sem myndi henta báðum hliðum. Af þeirri ástæðu var brugðið á það ráð að setja sérstaka forgangsreglu í bókun 35 með EES-samningnum.²⁷ Bókun 35 er svohljóðandi:

Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna, sem komnar eru til framkvæmdar og annarra laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.

Af orðalagi bókunar 35 má draga þá ályktun að í henni felist skuldbinding fyrir EFTA-ríkin til þess að tryggja forgangsáhrif EES-reglna sem innleiddar hafa verið framfar annarri innlendri löggjöf. Í máli EFTA-dómstólsins **nr. E-1/01 Hörður Einarsson gegn íslenska ríkinu** segir dómstóllinn að í inngangi að bókun 35 með EES-samningnum komi skýrt fram að í samningnum sé ekki gerð sú krafa að aðildarríki framselji löggjafarvald til stofnana EES, og að ná verði fram einsleitni innan EES með þeirri málsmeðferð sem gildi í hverju landi um sig. Þá segir dómstóllinn enn fremur um tilgang bókunar 35:

²⁵ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 102

²⁶ Sama heimild 101

²⁷ Dóra Sif Tynes, „Ys og þys út af engu? Hugleiðingar um bókun 35 við samninginn um Evrópska efnahagssvæðið“ (2002) 3 Úlfjótur 473, 476

Bókun 35 með EES-samningnum er til leiðsagnar um hvernig beri að leysa úr ósamræmi milli reglna EES-réttar og reglna landsréttar. Með samþykkt þeirrar bókunar hafa EES-ríkin skuldbundið sig til að setja, ef nauðsyn krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi ef til áreksra kemur milli EES-reglna sem settar hafa verið í landslög og annarra reglna landslaga. Að skilningi dómstólsins hefur 3. gr. EES-laganna verið sett til að uppfylla þá skuldbindingu.

Líkt og segir í niðurlagi dómsins hér að framan, voru skuldbindingar varðandi forgangsáhrif EES-réttar lögfestar hér á landi í 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir eesl.) Þar segir að skýra skuli lög og reglur að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Að mati Davíðs Þórs Björgvinssonar er hægt að skýra inntak 3. gr. eesl. á þrjá vegu. Í fyrsta lagi telur hann að í ákvæðinu felist að reglur landsréttar beri að skýra í samræmi við þær skuldbindingar sem leiða af EES-samningnum. Í öðru lagi telur Davíð að skilgreina eigi EES-reglur sem sérreglur, sem ávallt gangi framur öðrum reglum. Í þriðja lagi megi síðan leggja þann skilning í 3. gr. eesl. að hún feli í sér báðar þær reglur sem greint er frá hér að ofan.²⁸ Í áður nefndu ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu segir dómstóllinn að samkvæmt 3. gr. eesl. skulu samningsaðilar gera allar viðeigandi ráðstafanir, hvort sem er almennar eða sérstakar, til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir.²⁹

Af framangreindri umfjöllun má ráða að Ísland er skuldbundið að þjóðarétti og landsrétti að efna þær skuldbindingar sem af EES-samningnum leiðir, og ber því að innleiða allar þær gerðir sem honum fylgja. Það verður því að teljast ljóst að Ísland mun þurfa að innleiða fyrrgreindar reglugerðir um eftirlitsstofnanirnar fyrir eða síðar í samræmi við einsleitnismarkmið innri markaðarins, af því gefnu að þær verði teknar upp í EES-samninginn. Því er mikilvægt að reynt verði að komast að sameiginlegri lausn milli EFTA-ríkjanna og ESB um hvernig eigi að aðlaga gerðirnar svo unnt sé að taka þær upp í EES-samninginn án þess að þær brjóti í bága við áður nefnt tveggja

²⁸ Davíð Þór Björgvinsson, *EES og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006)114

²⁹ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu

stoða kerfi. Í þessu samhengi er vert að fjalla um löggjafarferlið innan ESB og aðdragandann að mótun þeirra gerða sem hér eru til umfjöllunar.

2.5 Löggjafarferli ESB-gerða

Það er einungis Framkvæmdastjórn ESB sem getur sett fram tillögur (e. *proposals*) að nýrri löggjöf sem snúa að innri markaðnum. Ráðherraráðið og Evrópuþingið fara hins vegar með löggjafarvaldið og fara yfir tillögur Framkvæmdastjórnarinnar. Í kjölfarið eru tillögurnar birtar ásamt breytingum ef þurfa þykir og þær síðan samþykktar. Algengt er að ákvæði sé að finna í ESB-gerðum þess efnis að Framkvæmdastjórninni beri að útfæra framkvæmd gerðanna nánar og geti sett nánari reglur um þá framkvæmd.³⁰ Þetta er löggjafarferli ESB í stuttu máli en líkt og gefur að skilja er mótun ákvarðana Evrópusambandsins svo og ákvarðanatakan sem slík langt og flókið ferli en alla jafna er fjöldi aðila sem kemur að málum.³¹ Því þarf að gera grein fyrir þessu ferli með ítarlegri hætti.

Löggjafarferli ESB skiptist niður í þrjú stig: Forstigi (e. *pre-pipeline aquis*), vinnslustigi (e. *pipeline aquis*) og samþykktar gerðir (e. *adopted aquis*).³² Eftirfarandi umfjöllun lítur að fyrstu tveimur stigunum, en það er helst á forstigi eða vinnslustigi sem EFTA-ríkin geta haft áhrif á mótun ESB-gerða. Mikil undirbúningsvinna fer í að semja um aðlögun eða undanþágu frá gerðum sem samræmast ekki íslenskri löggjöf og því er mikilvægt að EFTA-ríkin eigi aðkomu að málum strax á þessu stigi. Það eru sérstakir vinnuhópar sem útbúa skjöl sem innihalda athugasemdir og ábendingar um slíkar tillögur. Það er síðan undirnefnd sem fer með erindið áfram og situr fundi hjá nefndum á vegum ESB þar sem fjallað er um skjöl vinnuhópanna og ákveðið hvert framhald aðgerða verði vegna þeirra.³³ Nánar verður fjallað um aðkomu EFTA-ríkjanna á mótun og tókun ákvarðana innan ESB í kafla 5.

³⁰ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópu nefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitæfni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 26

³¹ Sama heimild 26

³² Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005) 16

³³ Sama heimild 17

2.5.1 Forstigi

Eins og að framan er rakið er það Framkvæmdastjórnin sem leggur fram tillögur að breytingum á reglum innri markaðins. Það gerir hún með því að birta skjöl sem kölluð eru grænbók (e. *green paper*) og hvítbók (e. *white paper*). Grænbók inniheldur álit frá sérfræðingum, vísindamönnum og innlendum stofnunum. Í Hvítbók er hins vegar að finna ítarlega tillögur á stjórnmalalegum vettvangi en hún lítur bæði til stofnana ESB og aðildarríkja þess.³⁴

2.5.2 Vinnslustigi

Vinnslustigi viðkomandi reglugerðar hefst þegar Framkvæmdastjórnin sendir tillögur sínar að regluverki til Ráðsins og Þingsins eins og stuttlega var vikið að hér að framan. Tillögurnar eru einnig sendar til efnahags- og félagsmálanefndar (e. *economic and social committee*) ásamt svæðanefnd ESB (e. *committee of the regions*) til umfjöllunar. Á meðan á þessu samráði milli stofnana stendur er enn svigrúm fyrir Framkvæmdastjórnina til þess að koma að breytingum á tillögum sínum sé þess óskað, en að því loknu eru frekari breytingar óheimilar.³⁵ Þess má geta að árið 1997 var Amsterdam sáttmálinn kynntur til sögunnar en hann lagði áherslu á að stofnanir ESB ættu stærri þátt í lagasetningu og væru þannig jafnari Framkvæmdastjórninni. Þannig voru völd Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins aukin.³⁶

2.5.3 Samákvörðunarferli

Í 294. gr. Lissabon sáttmálans er fjallað um löggjafarferlið. Það ferli sem fjallað hefur verið um hér að framan er svokallað samákvörðunarferli (e. *co-decision procedure*) en það er algengasta ákvörðunartökufarlið innan ESB núorðið. Samákvörðunarferlið veitir Evrópuþinginu tækifæri til jafns á við Ráðherraráðið til mótunar á löggjöf. Það þýðir að báðar stofnanir þurfa að samþykkja gerðir sem falla undir slíkt ákvörðunarferli.³⁷ Ef samþykki beggja næst ekki eftir tvær umræður hjá Ráðinu og Þinginu er reynt að ná samkomulagi hjá sérstakri sáttanefnd (e. *conciliation committee*) en hún er skipuð jafn mörgum aðilum frá bæði Ráðinu og Þinginu. Ef sáttanefndin kemst að samkomulagi er

³⁴ Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005) 16

³⁵ Sama heimild 16-17

³⁶ Evrópuvefur, „Helstu sáttmálar ESB“ (Evrópuvefurinn) <<http://evropuvefur.is/?id=59997>> skoðað 24. apríl 2013

³⁷ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins -

Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitafni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 27

sameiginleg tillaga hennar lögð fyrir Ráðið og Þingið annað hvort til samþykkis eða synjunar. Það getur hins vegar farið svo að önnur hvor stofnunin hafni sáttatillöguninni og þá þarf að hefja ferlið frá byrjun.³⁸ Í þessu sambandi er vert að nefna að Framkvæmdastjórnin hefur vald til reglusetningar á ákveðnu sviði án þess að samráðsferli þurfi að eiga sér stað og þá eru tillögurnar einungis til umfjöllunar hjá nefndum hennar. Telja verður slíkar aðstæður EFTA-ríkjunum í hag, því það er einungis í nefndum á vegum Framkvæmdastjórnarinnar sem þau geta komið sjónarmiðum sínum varðandi nýja löggjöf á framfæri. Þegar um samákvörðunarferli er að ræða eru tillögur sem koma frá Framkvæmdastjórninni og nefndum hennar síðan endurskoðaðar af Ráðherraráðinu og Evrópuþinginu líkt og áður sagði og því verður að telja það jákvætt fyrir EFTA-ríkin þegar ákvarðanir fara ekki í gegnum það ferli.

2.6 Niðurstöður

Af framangreindri umfjöllun má ráða að þjóðréttarlegar skuldbindingar hljótast af ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar um að taka nýja löggjöf upp í EES-samninginn og ber síðan EES/EFTA-ríkjunum innleiða þessar gerðir í landsrétt. Framkvæmdastjórn ESB er nú að ljúka leiðarvísi sínum að fjárhagslegum umbótum á fjármálamarkaði sem það byrjaði á árið 2009. Markmiðið umbótanna er að samræma allt regluverk á sviði fjármálaþjónustu á meðal aðildarríkjanna og tryggja þannig einsleitni og lagasamræmingu í hvítvetna. Ljóst er að forsendur hafa breyst að mörgu leyti síðan EES-samningurinn var lögfestur hér á landi þann 1. janúar 1994 enda er hann í stöðugri þróun. Til þess að mæta breyttu regluverki ESB á sviði fjármálaþjónustu og auknum valdheimildum sem því fylgja, gæti það atvikast svo að stjórnarskrárbreyting sé nauðsynleg svo Ísland geti haldið áfram að taka þátt í samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Það veltur allt hins vegar á því hvernig áður nefnd EES-laun verður úr garði gerð því það gæti vel farið svo að lausnin muni samræmast því framsali sem áður hefur verið talið að rúmist innan stjórnarskrárinnar. Nánar verður vikið að þessum vangaveltum í köflum 5 og 6. Viðfangsefni næsta kafla er hins vegar að fara ítarlega ofan í saumana á umræddum reglubreytingum er varða fjármálaþjónustu.

³⁸ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitaefti varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 28

3 Viðtækar breytingar á regluverki um fjármálaþjónustu í Evrópu

Í fjármálakreppunni voru fjölmargir bankar sem þurftu fjárhagsaðstoð sem greidd var með almannafé úr ríkissjóði en bankarnir höfðu verið taldir of stórir til þess að falla (e. *too big to fail*). Þrátt fyrir að slík aðstoð hafi verið nauðsynleg til þess að koma í veg fyrir of mikla röskun á fjármálamarkaði, verður það að teljast óæskilegt að almannafé sé varið með þessum hætti á kostnað annarra þátta ríkisbúsins. Ljóst er að brýn þörf er á skýrari og strangari reglum í bankastarfsemi.

Líkt og vikið var stuttlega að í kafla 2. hér á undan er Framkvæmdastjórn ESB nú að ljúka leiðarvísí sínum að fjárhagslegum umbótum á fjármálamarkaði sem það byrjaði á árið 2009. Markmið er að samræma allt regluverk á sviði fjármálaþjónustu á meðal aðildarríkjanna og koma á fót stofnunum sem vinna að því að ná þessu markmiði og viðhalda því. Helstu stofnanirnar eru samevrópskur innstæðutryggingasjóður, Evrópskt bankaeftirlit, sameiginlegur endurreisnarsjóður fyrir banka í Evrópu og síðast en ekki síst samræmt innri markaðs regluverk (e. *single rule book*) um fjármálaeftirlit fyrir alla banka innan ESB/EES.³⁹

Samkvæmt 2. gr. EES-samningsins eru þeir viðaukar sem við samninginn er að finna, hluti af honum en í IX. viðauka samningsins er að finna þær reglugerðir, tilskipanir og ákvarðanir sem felldar hafa verið inn í samninginn á sviði fjármálaþjónustu. Líkt og áður sagði hefur löggjöf Evrópusambandsins á sviði fjármálaþjónustu og reglur um eftirlit með slíkri þjónustu tekið miklum breytingum síðast liðin ár, en breytingar á reglum um starfsemi fjármálafyrirtækja og strangara eftirlit með fjármálamörkuðum var nauðsynlegt í kjölfar bankahrunsins árið 2008.

Eftirfarandi umfjöllun er ætlað að gera grein fyrir þeim umfangsmiklu breytingum á löggjöf innri markaðarins sem Framkvæmdastjórnin byrjaði að móta árið 2009. Þær reglur sem fyrst koma til umfjöllunar eru breytingar á tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingasjóði, en traust starfsemi slíkra sjóða er veigamikill liður í endurreisn

³⁹ European Commission, „Commission proposals for a single supervisory mechanism” (Banking Union) <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/index_en.htm> skoðað 8. apríl 2013.

bankakerfa og mikil áhersla lögð á að slíkir sjóðir standi sterkum stoðum. Innstæðutryggingasjóðir spila stórt hlutverk þegar kemur að því að byggja upp traust neytenda til bankastofnana sem skilar sér síðan í auknum stöðugleika á fjármálamarkaði, en það er sameiginlegt markmið allra þessara breytinga, að stöðugleiki skapist á markaðnum. Þegar reglum um innstæðutryggingasjóði hafa verið gerð skil, verður fjallað um viðbragðsáætlanir og ýmsar fyrirbyggjandi aðferðir gegn bankahruni sem Framkvæmdastjórnin kynnti nýlega til sögunnar en þar er Evrópska bankaeftirlitinu (EBA) einnig ætlað stórt hlutverk í að aðstoða stjórnvöld aðildarríkanna í aðdraganda mögulegs bankahruns. Síðast en ekki síst verður fjallað um nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu, en ESB hefur nú komið á fót eftirlitsstofnunum sem ætlað er umfangsmikið eftirlit með starfsemi fjármálafyrirtækja. Umfjöllun um eftirlitsstofnanirnar lítur einna helst til fyrrgreinds Evrópsks bankaeftirlits sem er valdamest þessara stofnana og er meðal annarra verkefna ætlað að sinna eftirlitshlutverki sem felst í því að sjá til þess að aðildarríkin séu að fara eftir ákvæðum tilskipunar 94/19/EB. Valdheimildum Evrópska bankaeftirlitsins verða jafnframt gerð ítarleg skil í kafla 4. hér á eftir.

Ljóst er að framangreindar reglur tengjast allar Evrópska bankaeftirlitinu á einn eða annan hátt og af þeirri ástæðu verður þeim gerð skil og leitast við að varpa ljóst á þau tengsl. Þess ber hins vegar að geta að framangreindar reglur á enn á eftir að taka upp í EES-samninginn en þær falla allar undir IX. viðauka samningsins um fjármálaþjónustu. Af þeim sökum snýr umfjöllun kaflans einungis að því hvað er að gerast innan vébanda ESB og hvað er framundan í þessum málum.

3.1 Helstu breytingar á tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingasjóði

Innstæðutryggingar eru mikilvægur þáttur í bankastarfsemi en það er ákveðið öryggi sem felst í slíkum tryggingum fyrir innstæðueigendum. Samræmdar reglur á milli aðildarríkanna veita neytendum mun betri réttarvernd og viðheldur stöðugleika á fjármálamarkaði. Það er því nauðsynlegt að innstæðutryggingakerfi hvers og eins aðildarríkis standi sterkum stoðum og neytendur geti reitt sig slíkt bakland fari eitthvað færi úrskeiðis líkt og raunin var í bankahrununu 2008.

Árið 2009 var tekin ákvörðun um að styrkja stöðir innstæðutryggingakerfa en bankahrunið árið 2008 leiddi það í ljós að tryggingasjóðir flestra aðildarríkjanna voru ekki fjármagnaðir sem skyldi. Í 24. mgr. aðfararorða tilskipunar 94/19/EB sem fjallar um fjármögnun innstæðutryggingakerfa segir að fjármögnun megi ekki stefna stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu. Af orðalagi áður nefndrar 24. mgr. má draga þá ályktun að tilskipunin hafi einungis gert ráð fyrir að innstæðutryggingasjóðir gætu tryggt meðal stórt áfall.⁴⁰ Árið 2009 var tilskipun 2009/14/EB frá 11. mars 2009⁴¹ sett fram til þess að breyta ákvæðum tilskipunar 94/19/EB. Þá hafði tilskipunin hvorki verið endurskoðuð né uppfærð almennilega í u.þ.b. sextán ár, eða allt frá gildistöku hennar, þrátt fyrir að umræður hefðu verið uppi um þörf fyrir slíkar breytingar árið 2006. Líkt og gefur að skilja hafa fjármáلامarkaðir tekið miklum stakkaskiptum síðan árið 1994 þegar tilskipunin var fyrst kynnt til sögunnar og því nauðsynlegt að tilskipunin sé uppfærð í samræmi við þá miklu þróun sem hefur átt sér stað.

Ráðherraráðið og Framkvæmdastjórn ESB settu fram þá áætlun að tilskipuninni yrði breytt á þann veg að ákvæði hennar væru samræmd og einfölduð. Breytingarnar sem felast í tilskipun 2009/14/EB eru helst þær að lágmarkstryggingarvernd var hækkuð úr 20.000 evrum upp í 50.000 evrur, og síðan hækkuð aftur upp í 100.000 evrur í desember 2010. Þá var tíminn sem innstæðutryggingasjóðir hafa til endurgreiðslu stytur í niður í eina viku en áður gátu liðið allt að þrjú mánuðir þangað til endurgreiðsla barst. Til þess að tryggja ennfremur að endurgreiðsla geti farið fram á svo skömmum tíma setur tilskipunin þá skyldu á lögbær yfirvöld að taka ákvörðun innan fimm virkra daga hvort greiðsluskylda hafi stofnast fyrir innstæðutryggingasjóð í kjölfar vanefnda af hálfu fjármálafyrirtækis sem hefur lent í kröggum.⁴²

Það að sömu reglur muni gilda um innstæðuvernd í öllum aðildarríkjum og lögfesting þess að innstæður verði tryggðar upp að 100.000 evrum leiðir til þess að innstæðueigendur í öllum aðildarríkjunum munu búa við sama réttaröryggi. Hækkun á

⁴⁰ Lárus L. Blöndal og Stefán Már Stefánsson, „Lagarök um Icesave“ *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. janúar 2010) 17

⁴¹ Council Directive 2009/14/EC of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes as regards to the coverage level and the payout delay [2009] OJ L68

⁴² European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions“ (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013

hámarkstryggingu upp í 100.000 evrur mun tryggja vernd fyrir meiri hluta innstæða en hækkunin felur í sér aukna vernd fyrir neytendur. Þessar breytingar munu til lengri tíma litið verða til þess fallnar að byggja upp traust sparifjáreigenda til bankanna og skapa stöðugleika á fjármálamarkaði. Breytingunum er einnig ætlað að koma í veg fyrir óþarfa millifærslur á innstæðum milli ríkja sem hefur til þessa reynst vera vandamál.⁴³

3.1.1 Umfangsmeiri trygging

Tilskipunin gerir ráð fyrir að lágmarkstryggingin muni ná til allra innstæðna sem innstæðueigandi á í tilteknum banka. Það þýðir að 100.000 evra tryggingin nær til allra reikninga viðkomandi hjá sama bankanum. Innstæðutryggingasjóðirnir veita vernd fyrir alla innstæðueigendur, hvort sem það eru einstaklingar, stór eða lítil fyrirtæki. Innstæður fjármálafyrirtækja og opinberra aðilar eru hins vegar ekki tryggðar. Fjármálafyrirtæki þurfa ekki eins mikla vernd þar sem þau teljast til fagfjárfesta og opinberir aðilar hafa auðveldara aðgengi en almenningur að annars konar fjármagni og þurfa því ekki tryggingu. Innstæður sem eru í öðrum gjaldmiðlum en evrum, það er gjaldmiðlum annarra aðildarríkja en evruríkjanna eru nú tryggðar. Sú breyting er mjög jákvæð fyrir lítil og millistór fyrirtæki sem eiga í viðskiptum milli landa (*e. acting globally*).⁴⁴

3.1.2 Skilvirkari endurgreiðsla

Eftir breytingar mun tilskipunin fela í sér mun skilvirkari reglur varðandi endurgreiðslu úr sjóðum. Fyrir breytinguna var viðmiðið þrjú mánuðir eftir fall viðkomandi banka. Í lok árs 2010 var fresturinn kominn niður í fjórar til sex vikur. Núverandi breyting felur í sér að fresturinn til endurgreiðslu er stytur niður í eina viku. Þetta er nauðsynleg breyting því fjárhagsstaða innstæðueigenda getur breyst á nokkum dögum og mikið öryggi felst í því að hafa frestinn svo skamman. Slíkt fyrirkomulag hefur virkað vel í Bandaríkjunum, en þar er endurgreiðslufresturinn aðeins tveir dagar.⁴⁵

Til þess að svo skammur frestur geti gengið, er nauðsynlegt að stjórnendur tryggingasjóða séu vel upplýstir um yfirvofandi erfiðleika tiltekins banka en tilskipunin

⁴³ Commission, „Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes” COM (2010) 368final

⁴⁴ European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions” (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013

⁴⁵ Commission, „Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes” COM (2010) 369

leggur skyldu á eftirlitsaðila fjármálastofnana, hér á landi FME, að upplýsingar skili sér með góðum fyrirvara. Tilskipunin leggur einnig skyldu á bankana að halda skrár yfir tryggðar innstæður og uppfæra skrárnar reglulega sbr. 1.tl. 7. mgr. 9. gr. nýju tilskipunarinnar, en þar segir að aðildarríki skuli afhenda Evrópska bankaeftirlitinu (EBA) á ársfjórðungsfresti skýrslu þess efnis hverjar fjárhæðir tryggðra innstæðna á þeirra yfirráðasvæði séu og einnig stöðu á tiltæku fjármagni innstæðutryggingasjóðsins. Upplýsingarnar skulu staðfestar af lögbærum yfirvöldum aðildarríkisins innan mánaðar til EBA. Í tilskipuninni er einnig að finna þá jákvæðu breytingu að ef til þess kæmi að bankahrun ætti sér stað, þá er ekki nauðsynlegt fyrir innstæðueigendur að sækja sérstaklega um endurgreiðslu frá tryggingasjóðum, heldur munu þeir fá tjón sitt bætt sjálfkrafa.⁴⁶

3.1.3 Ábyrgari fjármögnun innstæðutryggingasjóða

Innstæðutryggingasjóðir eru hluti af þeim úrræðum sem nauðsynleg eru til þess að koma í veg fyrir frekari efnahagsvandráði og þeir eru einnig liður í bættu fjárhagskerfi. Traust fjármögnun innstæðutryggingasjóða verður til þess að ef bankahrun á sér stað er fyrirbyggjandi nægt fjármagn í sjóðunum og því óþarft að skattgreiðendur hlaupi undir bagga með sjóðnum.⁴⁷ Reynslan hefur sýnt að enginn banki, hvort sem staða hans er veik eða sterk, á nógu mikið lausafé til þess að greiða út allar innstæður sínar eða stóran hluta þeirra án nokkurs fyrirvara. Þar af leiðir getur skapast hættuástand ef svo kallað bankaáhlaup (e. *bank run*) á sér stað. Bankaáhlaup er þegar innstæðueigendur standa í þeirri trú að innstæður sínar séu ekki öruggar í bankanum og allir reyna að tæma reikninga sína á sama tíma. Þetta getur haft alvarleg áhrif á allt hagkerfið. Slík staða getur komið upp að loka þurfi bankastofnun þrátt fyrir að öflugt fjármálaeftirlit sé virkt. Þá kemur innstæðutryggingasjóðurinn til móts við innstæðueigendur og endurgreiðir þeim innstæður sínar upp að vissu marki. Innstæðutryggingasjóðir koma einnig í veg fyrir að innstæðueigendur þurfi að taka þátt í tímafrekum

⁴⁶ Commission, „Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes” COM (2010) 369

⁴⁷ European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions” (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013

gjaldþrotaskiptum sem lýkur yfirleitt með því að einungis brot af upphaflegri kröfu fæst greidd.⁴⁸

3.1.4 Endurreisnarsjóðir bankastofnana (e. *bank resolution funds*)

Ásamt nýjum fjármögnunarleiðum fyrir innstæðutryggingasjóði hefur Framkvæmdastjórnin einnig kynnt nýjar fjármögnunarleiðir fyrir svokallaða endurreisnarsjóði bankastofnana en þær þarf að innleiða á sama tíma og fjármögnunarreglur fyrir innstæðutryggingasjóði. Endurreisnarsjóðir þjóna þó öðrum tilgangi en innstæðutryggingasjóðir. Endurreisnarsjóðir eru notaðir til þess að halda starfsemi viðkomandi banka gangandi eins lengi og hægt er. Settar hafa verið fram tillögur þess að efnis að nýta helming fjármagns innstæðutryggingasjóða á byrjunarstigi bankahruns sem eins konar inngripsaðgerðir til aðstoðar og koma þannig í veg fyrir að bankann þurfi að taka til slitameðferðar (e. *winding up*). Með þeim hætti væri hægt að fyrirbyggja lausafjárskort með tímabundnu láni.⁴⁹ Ráðið kynnti áður nefndar reglur árið 2010 og hefur gert ráð fyrir tíu ára aðlögunartíma. Í fyrstu virðist það óþarflega rúmur aðlögunartími en hafa ber í huga að mikil umskipti eiga sér þá stað á regluverki fjármálastofnana og innstæðutryggingasjóða og slíkt ferli tekur tíma að innleiða.

3.2 Sameiginleg lánastofnun (e. *mutual borrowing facility*)

Líkt og fjallað var um hér að framan gerir tilskipunin ráð fyrir að koma á fót sameiginlegri lánastofnun en innstæðutryggingasjóðir aðildarríkjanna geta þá lánað hvorum öðrum fé ef til þess kemur að fjármagn eins þeirra sé að skornum skammti. Sú fjárhæð sem tryggingasjóður í fjárhagskröggum (e. DGS in need) fengi lánaða frá öðrum sjóðum aðildarríkjanna yrði jöfn þeirri fjárhæð sem hann ætti í Ex-post sjóðnum sínum. (e. The amount of funds being lent is equal to the ex-post funds at the scheme borrowing from the others) Fjárhæðin sem hann fær að láni frá hinum sjóðunum þarf að endurgreiða innan 5 ára.⁵⁰

⁴⁸ Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Deposit” COM (2010) 369

⁴⁹ European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions” (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013

⁵⁰ Sama heimild

3.3 Samevrópskur innstæðutryggingasjóður (e. *pan-European Deposit Guarantee Scheme*)

Sameiginlegur innstæðutryggingasjóður er ein af þeim lausnum sem Framkvæmdastjórn ESB hefur kynnt í áætlun sinni um leiðir til bættra fjármálamarkaða og bankakerfa í Evrópu en slíkur sjóður mun einnig spila lykilhlutverk í svonefndu Bankabandalagi (e. *Banking Union*) sem nú er í startholunum innan evruríkjanna. Nánar verður fjallað um þetta í kafla 3.4. hér á eftir.

Að koma á sameiginlegum innstæðutryggingasjóði innan Evrópu hefur tvo aðalkosti: Í fyrsta lagi er áætlað að hægt sé að spara yfir 40 milljónir evra sem annars færu í kostnað vegna rekstur hvers og eins sjóðs víðsvegar um Evrópu. Í öðru lagi hefði bankahrun minni áhrif á stóran sameiginlegan sjóð heldur en áhrifin sem slíkt hrun hefði á minni sjóð sem starfræktur væri í einu aðildarríki.

Það eru hins vegar ýmsar lagaflækjur sem fylgja stofnun og rekstri slíks sameiginlegs sjóðs. Ítarleggar skýrslu þar sem tekið verður á helstu álitafnum hvað þessa hugmynd varðar er að vænta fyrir árið 2014.⁵¹

Tilskipunin fór ekki mörgum orðum um eftirlit með innstæðutryggingasjóðum en því hefur nú verið breytt og inniheldur tilskipunin ný ákvæði sem lúta að eftirliti. Hér á landi er það í höndum Fjármálaeftirlitsins og eftir atvikum Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins að tryggja að starfsemi sjóðsins sé í samræmi við lög, reglugerðir og samþykktir fyrir sjóðinn sbr. 15. gr. laga nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta. Líkt og fjallað var um hér að framan hefur átt sér stað umfangsmikil endurskoðun á regluverki fjármálafyrirtækja og hafa reglum um eftirlit með þeim verið hertar til muna. Evrópska Bankaeftirlitinu var komið á fót með reglugerð EB nr. 1093/2010, en það er hluti af nýju eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu. EBA er ætlað veigamikil hlutverk í að styrkja stöðir fjármálamarkaðarins en það ásamt lögbærum yfirvöldum aðildarríkjanna, mun líkt og áður sagði hafa yfirumsjón með því að ákvæðum tilskipunar 94/19/EB sé fylgt eftir. Meðal þeirra verkefna sem tilskipunin felur í sér fyrir EBA eru að framkvæmda svokallað jafningjamat (e. *peer review*), kalla eftir skýrslum um stöðu á fjárhæð

⁵¹ European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions” (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013

tryggðra innstæðna, sjá um framkvæmd og veita staðfestu fyrir lánveitingu á milli sjóða (e. *mutual borrowing facility*) ásamt því að EBA mun þjóna sem sáttamiðlari í ágreiningi eða deilum sem kunna að koma upp milli innstæðutryggingasjóða. Vafi hefur hins vegar leikið á því hvort valdheimildir EBA séu of miklar og hvort þær samræmist íslenskum stjórnskipunarreglum.

3.4 Endurreisn bankakerfa og mögulegar úrlausnaraðferðir

Líkt og áður hefur verið komið inn á hafa fjölmargar tillögur verið settar fram sem ætlað er að endurreisa bankakerfi í Evrópu. Þann 6. júní 2012 var frumvarp að nýrri tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins um endurreisn bankakerfa og mögulegar aðferðir til þess kynnt.⁵² Reglunum í frumvarpinu er ætlað viðamikilið endurhæfingarhlutverk. Til að mynda er þeim ætlað að koma í veg fyrir áður nefndan freistnivanda sem oft getur skapast í bankastarfsemi, en áhrifamikið eftirlit stuðlar að aga á fjármálamarkaði. Ljóst að þörf er fyrir samræmt reglukerfi og samvinna milli stjórnvalda er nauðsynleg til þess að skapa stöðugleika á markaðnum sem skilar sér á endanum í traustu bankakerfi. Traust bankakerfi þýðir að bankarnir standi á sterkari stöðum, vernd eykst fyrir innstæðueigendur, öryggi og gagnsæi ríkir á markaðnum og eftirlit er betra. Skýr aðferðafræði fyrir stjórnvöld og fjármálafyrirtæki dregur úr áhættu á að fjárhagsstöðugleiki raskist en helsta markmið reglnanna um endurreisn bankakerfa er að tryggja áframhaldandi bankastarfsemi sem verður til þess að skapa öryggi fyrir innstæðueigendur.

3.4.1 Tengsl milli endurreisnar bankakerfa og innstæðutryggingasjóða

Þrátt fyrir að innstæðutryggingasjóðir og slíkt kerfi til endurreisnar bankakerfa sem hér hefur verið til umfjöllunar, hafi mismunandi umfang og tilgang, eru ákveðin samlegðaráhrif þar á milli. Til dæmis, þegar virkt úrlausnarkerfi er til staðar og kemur í veg fyrir útbreiðslu áfalla innan fjármálamarkaðar, þarf innstæðutryggingasjóðurinn að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda í færri bönkum en ella. Á hinn bóginn þegar engin viðbragðsáætlun er í boði og ráðstafanir til endurreisnar eru engar, þá er mikil hætta á keðjuverkun. Þannig getur það gerst að ef einn banki fellur þá hafi það smitandi áhrif á aðra banka og veiran þannig náð fótfestu í öllu fjármálakerfinu. Þegar

⁵² Commission: Directive of the European Parliament and of The Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010” COM(2012) 280 final

slík staða kemur upp er um mun hærra fjárhæðir að ræða sem tryggingasjóður aðildarríkisins þarf að greiða út.⁵³

Þessar aðstæður eru óneitanlega líkar þeim sem áttu sér stað hér landi haustið 2008. Vangaveltur þess efnis vakna hvort koma hefði mátt í veg fyrir bankahrunið eða hvort það hefði orðið umfangsminna ef kerfi á borð við það sem lýst er hér að ofan hefði verið til staðar. Það þykir nokkuð ljóst að raunin hefði orðið önnur hér á landi ef yfirvöld hefðu starfrækt öflugara fjármálaeftirlit og einhvers konar leiðbeiningar hefðu verið til um hvernig bæri að bregðast við í aðdraganda bankahruns. Ef yfirvöld hefðu búið yfir nauðsynlegum heimildum og borið skylda til afskipta um leið og það lá fyrir að bankarnir ættu í vanda líkt og frumvarpið gerir ráð fyrir (e. *early intervention*), hefði slíkt inngríp getað skilað sér í minna áfalli á íslenskan fjármálamarkað og bankakerfið í heild sinni.

3.4.2 Nefnd um fjármálastöðugleika og viðbúnað

Áður en lengra er haldið er rétt að nefna að þann 6. júlí 2010 gerðu efnahags- og viðskiptaráðuneytið, forsætisráðuneytið, fjármálaráðuneytið, Fjármálaeftirlitið og Seðlabanki Íslands með sér samkomulag varðandi samráð um fjármálastöðugleika og viðbúnað. Í kjölfarið var sett á fót nefnd um fjármálastöðugleika en meginhlutverk hennar er að vera vettvangur samráðs, upplýsingaskipta og tillagnagerðar vegna fjármálastöðugleika og samhæfingar viðbúnaðar við hugsanlegu fjármálaáfalli. Að grunni til byggir samkomulagið og starf nefndarinnar á fyrra samkomulagi ráðuneytanna og stofnananna frá árinu 2006 en með tilliti til breyttra aðstæðna í kjölfar bankahrunsins 2008 var samkomulagið endurnýjað. Nefndinni er ætlað að stuðla að gagnsæi um verkaskiptingu á milli aðila og samvinnu þeirra á milli. Þá fjallar nefndin meðal annars um stöðu og horfur á fjármálamörkuðum, samráð og aðgerðir stjórnvalda vegna hugsanlegra fjármálaáfalla, breytingar á lögum, reglum og starfsháttum er varða verksvið nefndarinnar og þróun og breytingar í alþjóðlegu samstarfi, sérstaklega innan EES. Nefndin getur einnig staðið að og tekið þátt í viðlagaæfingum vegna hugsanlegra áfalla á fjármálarmarkaði. Þá er nefndinni ætlað að taka þátt í samstarfi Norðurlandanna og annarra Evrópuríkja vegna hugsanlegra fjármálaáfalla. Í niðurlagi

⁵³ Commission, „Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions” (MEMO/12/416, *Rapid 6. júní 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm> skoðað 5. mars 2013

samkomulagsins segir að endurskoða skuli samkomulagið í ljósi þróunar á innlendum og erlendum markaði.⁵⁴

Umrædd nefnd er skref í rétta átt hvað varðar samvinnu og verkaskiptingu milli stjórnvalda. Skortur á slíkri samvinnu og slakt gagnsæi voru meðal þeirra atriða sem þótti ábótavant í eftirliti með íslenskum fjármálamarkaði í undanfara bankahrunsins. Ljóst er að vilji er fyrir hendi til þess að breyta og bæta reglur um fjármálaeftirlit og samkvæmt áður nefndu niðurlagi samkomulagsins skal það uppfært í samræmi við þróun slíkra eftirlitsreglna.

3.4.3 Úrlausnir sem í boði eru og markmið þeirra

Auk fyrrgreindra leiðbeiningarreglna EBA sem ætlað er að endurbyggja og styrkja stoðir bankakerfa aðildarríkjanna, leggur frumvarpið einnig línurnar að áhrifamikilli viðbragðsáætlun sem þarf að fylgja ef það á sér stað að banki lendi í fjárhagserfiðleikum. Það er á ábyrgð fjármálaeftirlits viðkomandi aðildarríkis að tryggja að gripið sé til þeirra aðgerða sem nauðsynlegar eru sem fyrst, en í frumvarpinu eru valdbærum yfirvöldum veittar heimildir til inngrips. Hérlandis mun Fjármálaeftirlitinu (FME) vera skylt að tilkynna til EBA í tæka tíð ef slíkar aðstæður koma upp, þ.e. að bankastofnun standi höllum fæti og ber þá FME að fara eftir leiðbeiningum EBA um hvernig eigi að bregðast við og hvaða úrræðum sé hægt að beita til þess að koma í veg fyrir frekari fjárhagsvandræði. Ef ljóst þykir að banki sé kominn á það stig að ekki séu taldar raunhæfar líkur á að hann nái að rétta sig af innan hæfilegs tíma, útbýr EBA meðferðaráætlun í samráði við innlend yfirvöld. Aðrir möguleikar þurfa að hafa verið tæmdir og gjaldþrot yfirvofandi. Þá verða aðstæður að vera þannig að ekki séu taldar líkur á að hefðbundin slitameðferð muni skila tilskyldum árangri meðal annars vegna þess hversu tímafrekt slíkt ferli er og getur einnig orðið til þess að auka óvissu á fjármálamarkaði.⁵⁵

⁵⁴ Seðlabankinn, „Samkomulag efnahags- og viðskiptaráðuneytisins og fl. um fjármálastöðugleika og viðbúnað” <<http://sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=8014>> skoðað 11. apríl 2013.

⁵⁵ Commission, „Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions” (MEMO/12/416, *Rapid 6. júní 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm> skoðað 5. mars 2013

Frumvarpið leggur til eftirfarandi aðferðir til endurreisnar banka þegar gjaldþrot er yfirvofandi:

1. Yfirtaka einkaaðila (hluti í bankanum má selja til eins eða fleiri aðila án þess að samþykki hluthafa þurfi til).⁵⁶
2. Flytja starfsemina tímabundið til annars „afleysinga” banka (e. “*bridge bank*”) til þess að nauðsynlegri starfsemi bankans sé viðhaldið og auðvelda þannig fyrir greiðum aðgangi að innstæðum.⁵⁷
3. Greiðsluaðlögun (e. *Bail-in*) (kerfi til þess að hætta við eða draga úr skuldbindingum hins fallandi banka, eða breyta skuldum hans yfir í hlutafé og bæta þannig eiginfjárstöðu bankans).⁵⁸

Ofantaldar aðferðir eru verkfæri (e. *tools*) til þess að endurskipuleggja bankastofnun þannig að hún geti orðið starfhæf efnahagsheild á ný. Einnig er hægt að nota þessar leiðir til þess að taka banka til slitameðferðar án þess að grípa þurfi til opinberra sjóða, en umfram allt lágmarka þær rýrnun verðmæta og viðhalda stöðugleika á fjármálamarkaði.⁵⁹

3.5 Nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu

Árið 2010 samþykktu Evrópuþingið og Ráðherraráðið löggjöf um nýtt eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu, en um einskonar samevrópskt eftirlitskerfi er að ræða. Vegna einsleitnismarkmiðs EES-samningsins má leiða líkur að því að Ísland ásamt hinum aðildarríkjum EES þurfi að innleiða reglugerðir um stofnun Kerfisáhætturáðs og þriggja nýrra eftirlitsstofnana á sviði bankamála, verðbréfamála og váttryggingar- og starfstengdra lífeyrismála.

Sú reglugerð sem helst verður til umfjöllunar hér er áður nefnd reglugerð nr. 1093/2010 um stofnun Evrópsk bankaeftirlits (EBA). Meðal þeirra heimilda sem reglugerðin veitir

⁵⁶ Á ensku: Effect private sector acquisitions (parts of the bank can be sold to one or more purchasers without the consent of shareholders)

⁵⁷ Á ensku: Transfer business to a temporary structure (such as a "bridge bank") to preserve essential banking functions or facilitate continuous access to deposits.

⁵⁸ Á ensku: Bail in creditors (mechanism to cancel or reduce the liabilities of a failing bank, or to convert debt to equity, as a means of restoring the institution's capital position).

⁵⁹ Commission, „Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions” (MEMO/12/416, *Rapid 6. júní 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm> skoðað 5. mars 2013

EBA er að banna eða takmarka tiltekna fjármálastarfsemi og stöðva starfsemi fjármálafyrirtækis. Nánar verður fjallað um valdheimildir EBA og stjórnskipuleg vandamál sem af þeim hljóttast í kafla 4.

3.6 Næstu skref

Með breyttum reglum um innstæðutryggingasjóði og úrlausnir í bankastarfsemi og endurreisn bankakerfa sem kynntar voru hér að framan, er Framkvæmdastjórnin að ljúka áðurnefndum leiðarvísi sínum að fjárhagslegum umbótum á fjármálamarkaði sem það hóf árið 2009. Næsta skref í því ferli er að koma á fót sameiginlegu Bankabandalagi⁶⁰ (e. *Banking Union*). Slíkt bandalag mun fela í sér enn samræmdari reglur og er ætlunin að koma á sameiginlegu fjármálakerfi innri markaðarins. Það verður byggt á eftirfarandi meginstoð sem vikið var að hér að framan; Samevrópskur innstæðutryggingasjóður fyrir alla banka í Evrópu, sameiginlegt bankaeftirlit, sameiginlegur endurreisnarsjóður fyrir banka og síðast en ekki síst samræmt innri markaðs regluverk (e. *single rule book*) um fjármálaeftirlit fyrir alla banka innan ESB/EES. Þróun slíks regluverks er þegar hafin en líkt áður hefur komið fram er Bankabandalaginu fyrst og fremst ætlað að stuðla að samræmingu á milli evruríkjanna. Öðrum aðildarríkjum sem ekki eru með evruna sem gjaldmiðil er einnig heimilt að taka þátt óski þau eftir því. Ekki verður fjallað frekar um Bankabandalagið þar sem það tengist ekki viðfangsefni þessarar ritgerðar aukreitis við það sem þegar hefur komið fram.

3.7 Niðurstöður

Framangreind umfjöllun hefur varpað ljósi á þær miklu breytingar sem framundan eru á regluverki fjármálaþjónustu innri markaðarins. Fjármálakreppan leiddi það í ljós að nauðsynlegt er fyrir bankastofnanir að axla meiri ábyrgð og mikilvægt að gera ráðstafanir til þess að tryggja stöðugleika á fjármálamarkaði. Slíkar ráðstafanir eru nauðsynlegar svo ekki verði þörf á ríkisaðstoð í framtíðinni ef fjárhagserfiðleikar steðja að bönkunum, auk þess sem slík aðstoð fer á skjön við samkeppnisreglur

⁶⁰ European Commission, „Commission proposals for a single supervisory mechanism” (Banking Union) <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/index_en.htm> skoðað 8. apríl 2013.

Evrópuréttarins og getur ýtt undir freistnivanda (e. *moral hazard*). Ákveðinn lærdóm má draga af mistökum þeirra banka sem voru hvað mest áberandi í hruninu, þ.e. Fortis, Lehman Brothers, íslensku bankarnir, Anglo, Irish Bank og Dexia. Rannsókn á aðdraganda og orsökum falls þessa bankastofnana leiddi í ljós alvarlega galla á þáverandi fyrirkomulagi viðbragðsáætlna sem ætlað var að koma í veg fyrir bankahrun og eftirlit með starfsemi var ábótavant. Af þessum ástæðum er nauðsynlegt að innleiða þessar nýju og skilvirkari reglur um framkvæmd starfsemi fjármálafyrirtækja og lánastofnana og auka eftirlit með starfsemi svo sagan endurtaki sig ekki.⁶¹ Margar af þessum nýju reglum vekja hins vegar upp ýmis stjórnskipuleg álitafni hérlendis, en þeim fylgir umfangsmikið eftirlit af hálfu Evrópska bankaeftirlitsins sem felur í sér aukið framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana. Evrópska bankaeftirlitið og valdheimildir þess er umfjöllunarefni næsta kafla.

4 Evrópska Bankaeftirlitið (e. *European Banking Authority*)

Stofnun EBA var hluti af nýju eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum í Evrópu (e. *European System of Financial Supervision*) en eftirlitskerfið tók til starfa 1. janúar 2011. Þrátt fyrir að fullt tillit sé tekið til starfsemi eftirlitsstofnana aðildarríkjanna en á Íslandi er þar um Fjármálaeftirlitið að ræða, þá er Evrópska bankaeftirlitinu (EBA) ætlað það hlutverk í að gera innlent fjármálaeftirlit skilvirkara og áhrifaríkara. Reglurnar um eftirlitskerfið voru viðbrögð Evrópusambandsins við þeim ágöllum á reglum um eftirlit með fjármálamörkuðum sem komu í ljós í fjármálakreppunni árin 2007 og 2008. Markmið eftirlitskerfisins er að tryggja stöðugleika á fjármálamörkuðum aðildarríkjanna ásamt því að stuðla að betri yfirsýn varðandi þá fjármálastarfsemi sem fer fram í fleiri en einu landi og samræma regluverk um fjármálafyrirtæki á innri markaðnum. Með því að samræma fjármálaeftirlit verður auðveldara að meta þær hættur sem steðja að fjármálamörkuðum og grípa til aðgerða í tæka tíð.⁶² Eftirlitskerfið með fjármálamörkuðum sem kynnt var árið 2010 hefur þegar lagt mikið af mörkum til þess að bæta samstarf milli innlendra yfirvalda og orðið til

⁶¹ Commission, „Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions” (MEMO/12/416, *Rapid* 6. júní 2012) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm> skoðað 5. mars 2013

⁶² Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Útanríkisráðuneytið 2012) 7

<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013

Þess að fjármálaeftirlit hefur verið bætt til muna innan aðildarríkja ESB. Eftirlitskerfið hefur einnig lagt línurnar að frekari þróun á reglubók um fjármálaþjónustu innri markaðarins (e. *single market rulebook for financial services*). Þrátt fyrir þær framfarir sem hafa átt sér stað síðan eftirlitskerfinu var komið á fót árið 2010, virðast heimildir til bankaeftirlits að miklu leyti takmarkaðar af innanlandsrétti aðildarríkjanna (e. *national boundaries*). Þetta hægir á og heftir samræmingu á reglum fyrir bankakerfi. Ósamræmi í regluverki hefur verið mest áberandi í evruríkjunum og til þess að bregðast við þeim aðsteðjandi fjárhagsvanda, hefur Framkvæmdastjórn ESB kynnt til sögunnar sameiginlegt Bankabandalag (e. *Banking Union*) líkt og fjallað var um í 3. kafla hér á undan. Í september 2012 var reglugerð nr. 1093/2010 breytt⁶³ en breytingarnar fela í sér að valdheimildir EBA hafa verið auknar til muna. Meðal annars mun EBA í samvinnu við Evrópska Seðlabankann sjá um fjárhagseftirlit lánastofnana (e. *prudential supervision of credit institutions*).

Umfjöllunarefni þessa kafla er fyrrgreind reglugerð Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 1093/2010⁶⁴ (hér eftir reglugerðin), sem kveður á um stofnun Evrópsks bankaftirlits (hér eftir EBA). Leitast verður við að útskýra ákvæði reglugerðarinnar og í hverju þær umdeildu valdheimildir sem hún veitir EBA eru fólgnar. Sérstakt hlutverk EBA er að stuðla að samræmdu eftirliti og veita ráðgjöf til stofnana Evrópusambandsins á sviði bankastarfsemi, greiðslna og reglna um starfsemi rafeyrirsfyrirtækja.

Segja má að valdheimildir EBA séu tvenns konar. Annars vegar getur það beitt úrræðum sem ekki eru bindandi fyrir ríki, svo sem gefið út tilmæli og formleg álit til lögbærra yfirvalda. Þrátt fyrir að slík úrræði séu ekki bindandi geta þau þó verið undanfari annarra og meira íþyngjandi úrræða. Hins vegar hefur EBA beinar valdheimildir sem íslenska ríkið og fjármálafyrirtæki munu þurfa að beygja sig undir ef

⁶³ Commission, „Proposal for a Regulation of the European Parliament and The Council amending Regulation (EC) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No.../... conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions” COM(2012) 512 final

⁶⁴ Council Regulation (EC) 1093/2010 of 24 November 2010 *establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority)*, amending decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC [2010] OJ L331/12

reglugerðin verður innleidd án breytinga í íslenskt réttarumhverfi.⁶⁵ Nánar verður fjallað um þessar valdheimildir í köflunum hér á eftir.

Eftirlitshlutverk EBA einskorðast ekki við starfsemi fjármálafyrirtækja og valdbærra stjórnvalda, heldur felst það einnig í því að ganga úr skugga um að aðildarríkin fari eftir ákvæðum tilskipunar 94/19/EB um innstæðutryggingasjóði sem fjallað var um í kafla 3.⁶⁶ Meðal þeirra skyldna sem aðildarríkin þurfa að uppfylla samkvæmt tilskipuninni er að skila skýrslum til EBA um fjárhagsstöðu innstæðutryggingasjóða sinna á ársgrundvelli og afla samþykkis þess fyrir öllum lánveitingum úr sjóðum.

4.1 Valdheimildir Evrópska bankaeftirlitsins

Valdheimildir EBA eru miklar að umfangi og Í 28. mgr. aðfararorða reglugerðarinnar eru sett fram þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt svo heimilt sé að framangreindum valdheimildum verði beitt. Gæta þarf meðalhófs og kringumstæður verða að skilgreinast sem undantekningartilvik. Sá áskilnaður er því til staðar að áður en valdheimildum er beitt, hafi áður verið látið reyna á önnur og vægari úrræði og meðalhófsreglan virt með þeim hætti. Í áður nefndri 28. mgr. er að finna þrjú stig málsmeðferðar. Á fyrsta stigi getur EBA sett af stað rannsókn vegna grunsemda þess efnis að ESB-reglum sé ekki framfylgt með réttum hætti eða jafnvel að reglunum sé alls ekki framfylgt af hálfu yfirvalda aðilarríkja. Þá getur eftirlitið einnig beint tilmælum til lögbærra yfirvalda að gera viðeigandi ráðstafanir hafi neyðarástandi verið lýst yfir á fjármálamarkaði. Annað stig málsmeðferðar er þegar lögbær yfirvöld fara ekki eftir þeim tilmælum sem EBA hefur beint til þeirra, en þá getur Framkvæmdastjórn ESB tekið bindandi ákvörðun þess efnis að lögbærum yfirvöldum beri að grípa til aðgerða í samræmi við áðurútgefin tilmæli EBA. Um þriðja stigið er síðan fjallað í 29. mgr. aðfararorða reglugerðarinnar en það er lokaúrræðið þegar lögbær yfirvöld aðildarríkis hafa enn ekki gripið til viðeigandi aðgerða þrátt fyrir

⁶⁵ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn“ (Útanríkisráðuneytið 2012) 8

<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

⁶⁶ 20. gr. aðfararorða reglugerðar nr. 1093/2010 hljóðar svo: „It is desirable that the Authority promote a consistent approach in the area of deposit guarantees to ensure a level playing field and the equitable treatment of depositors across the Union. As deposit guarantee schemes are subject to oversight in their Member States rather than regulatory supervision, the Authority should be able to exercise its powers under this Regulation in relation to the deposit guarantee scheme itself and its operator”.

tilmæli þess efnis frá EBA og formlegu álitu frá Framkvæmdastjórninni. Þá hefur EBA heimild til þess að beina ákvörðun sinni beint að tilteknu fjármálafyrirtæki og séð þannig til þess að reglum verði framfylgt.

Líkt og áður sagði eru valdheimildir EBA tvenns konar. Annars vegar getur það beitt úrræðum sem ekki eru bindandi fyrir ríki, svo sem gefið út tilmæli og formleg álit til lögbærra yfirvalda en þá heimild er að finna í d. og e-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar. Lögbær yfirvöld hér á landi sem valdheimildirnar myndu beinast að eru Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið, Fjármálaeftirlitið (FME), Samkeppniseftirlitið og Seðlabanki Íslands, en þessar stofnanir bera heildarábyrgð á fjármálamörkuðum á Íslandi.⁶⁷ Í 16. gr. reglugerðarinnar er að finna heimild fyrir EBA til þess að gefa út leiðbeinandi reglur (e. *guidelines*) um hvernig rekstur fjármálafyrirtækja skuli fara fram í sem mestu samræmi við reglur ESB-réttar. Reglugerðin leggur þá skyldu á lögbær yfirvöld sjá til þess að fjármálafyrirtæki fari eftir þessum leiðbeiningum. Þá segir í 3. mgr. 16. gr. að lögbær yfirvöld þurfi að tilkynna til EBA innan tveggja mánaða frá því að leiðbeiningar voru gefnar út, að það hyggist sjá til þess að þeim sé fylgt eftir. Skv. 4. mgr. 16. gr. lætur EBA síðan Framkvæmdastjórnina, Ráðherraráðið og Evrópuþingið vita af þeim leiðbeiningum sem það gefur út og tilkynnir þeim jafnframt ef einhver aðildarríkjanna hafa ekki brugðist við og tilkynnt þátttöku sína.

Þrátt fyrir að slík úrræði EBA séu ekki bindandi geta þau þó verið undanfari annarra og meira íþyngjandi úrræða. Hins vegar hefur EBA beinar valdheimildir sem íslenska ríkið og fjármálafyrirtæki þurfa að virða sé reglugerðin innleidd án breytinga í íslenskt réttarumhverfi.⁶⁸

4.1.1 Útgáfa tilmæla og formleg álit sem beint er til yfirvalda

Meðal þeirra vægari úrræða sem EBA hefur yfir að ráða er heimild til að gefa út tilmæli (e. *recommendations*) og formlegt álit (e. *formal opinion*) gagnvart lögbærum yfirvöldum ef upp kemst um brot gegn reglum EB-réttar sbr. 1. mgr. 17. gr.

⁶⁷ Seðlabankinn, „Samkomulag efnahags- og viðskiptaráðuneytisins og fl. um fjármálastöðugleika og viðbúnað” <<http://sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=8014>> skoðað 11. apríl 2013.

⁶⁸ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Útanríkisráðuneytið 2012) 8 <www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

reglugerðarinnar en slíkt brot getur meðal annars falist í því að lögbær yfirvöld sjá ekki til þess að fjármálafyrirtæki fari eftir reglum EB-réttar eða starfsemi þess er ekki í samræmi við reglur innri markaðarins. Skv. 2. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar eru það lögbær yfirvöld, Evrópuþingið, Ráðherraráðið, Framkvæmdastjórnin, hagsmunahópur bankamála (*Banking Stakeholder Group*) eða stofnunin sjálf sem geta óskað eftir rannsókn á meintu broti gegn reglum EB-réttar. Skv. 2. tl. 2. mgr. 17. gr. skal það lögbæra yfirvald sem sætir rannsókn, afhenda öll þau gögn sem EBA telur nauðsynleg til þess að geta framkvæmt rannsókn sína með áreiðanlegum hætti. EBA hefur síðan tvo mánuði til þess að klára rannsóknina og gefa út tilmæli til viðkomandi yfirvalda um að bæta ráð sitt sbr. 3. mgr. 17. gr. Lögbærum yfirvöldum er síðan veittur mánaðarfrestur til þess að fara að tilmælunum en aðhafist þau ekkert, er málið að þeim fresti liðnum sent til Framkvæmdastjórnar ESB sem skv. 4. mgr. 17. gr. gefur út formlegt álit sitt á málinu en úrræðin skulu byggð á fyrri tilmælum EBA. Skv. 5. mgr. 17. gr. hafa viðkomandi yfirvöld síðan 10 virka daga til þess að uppfylla þær kröfur sem fram komu í áliti Framkvæmdastjórnarinnar sbr. 4. mgr. 17. gr. en viðkomandi yfirvöld skulu einnig upplýsa EBA um hvernig þau ætli sér að bæta ráð sitt og til hvaða ráðstafana þau hafa gripið í þeim tilgangi sbr. 5. gr. 17. gr.

4.1.2 Bindandi ákvarðanir gagnvart fyrirtækjum á fjármálamarkaði

Hér að ofan var fjallað um vægari úrræði EBA sem felast í útgáfu tilmæla og formlegra álita til lögbærra yfirvalda en bregðist þau ekki við slíkum aðgerðum, hefur EBA heimild skv. 6. mgr. 17. gr. til þess að beita meira íþyngjandi úrræðum sem felast í því að taka bindandi ákvarðanir gagnvart fjármálafyrirtækinu sjálfu hafi það gerst brotlegt gagnvart reglum ESB-réttar að undangenginni rannsókn sbr. áður nefnda 2. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar. Slíku íþyngjandi úrræði ber að beita ef lögbær yfirvöld aðildarríkis þess fjármálafyrirtækis sem gerst hefur brotlegt gegn reglum ESB-réttar, bregst ekki við formlegu áliti Framkvæmdastjórnarinnar og þeim kröfum sem þar koma fram sbr. 4. mgr. 17. gr. EBA hefur þá heimild skv. 6. mgr. 17. gr. til þess að gefa út ákvörðun um að nauðsynlegar ráðstafanir verði gerðar til þess að knýja fram að fyrrgreindar kröfur Framkvæmdastjórnarinnar verði uppfylltar. Þessar nauðsynlegu ráðstafanir geta meðal annars verið að stöðva starfsemi viðkomandi fjármálafyrirtækis vegna þess að lögbær yfirvöld uppfylltu ekki þær kröfur sem Framkvæmdastjórnin og EBA höfðu

beint til þeirra í formi tilmæla sbr. 6. mgr. 17. gr. sbr. einnig f-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Þessar ákvarðanir teljast bindandi gagnvart þeim sem þær beinast að og samkvæmt framangreindu getur EBA því krafist þess að íslenskt fjármálafyrirtæki stöðvi starfsemi sína að því gefnu að íslensk yfirvöld hafi ekki sinnt formlegu áliti með réttum hætti.⁶⁹

4.1.3 Bindandi ákvarðanir gagnvart yfirvöldum og fjármálafyrirtækjum í neyðarástandi

Um aðgerðir í neyðarástandi er fjallað í 18. gr. reglugerðarinnar. Neyðarástand hefur skapast þegar aðstæður eru þannig að þær eru taldar ógna starfsemi og stöðugleika fjármálamarkaða sbr. 1. mgr. 18. gr. Ef Ráðherraráðið í samráði við Framkvæmdastjórnina og í sumum tilvikum Kerfisáhætturáðið (e. *European Systemic Risk Board*), meta aðstæður þannig að um neyðarástand sé að ræða er ákvörðun þess efnis beint til EBA. Þá hefur EBA heimild til þess að taka ákvörðun gagnvart lögbærum yfirvöldum, um að grípa skuli til nauðsynlegra aðgerða og tryggja þannig að ástandinu verði aflétt, sbr. 3. mgr. 18. gr. sbr. einnig e-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Sömu heimildir hefur EBA gagnvart fjármálafyrirtækjum í neyðarástandi sbr. 4. mgr. 18. gr. reglugerðarinnar ef fyrrgreind úrræði skv. 3. mgr. 18. gr. bera ekki árangur og lögbær yfirvöld virða bindandi ákvörðun EBA að vettugi. Þá skapast heimild fyrir EBA til þess að beina sjónum sínum að fjármálafyrirtækinu sjálfu og taka bindandi ákvörðun þess efnis að það annað hvort láti af eða sinni nauðsynlegum aðgerðum sbr. 4. mgr. 18. gr. reglugerðarinnar til þess að aflétta neyðarástandi.

Ljóst er að heimildir EBA til þess að beina íþyngjandi þvingunarúrræðum að einkaaðilum án aðkomu stjórnvalda og án möguleika á að fá þá ákvörðun

⁶⁹ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Útanríkisráðuneytið 2012) 9
<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

endurskoðaða af dómstólum er nýlunda í íslensku lagaumhverfi. Nánar verður vikið að þessu veigamikla atriði í kafla 4.4 hér fyrir neðan.

4.1.4 Sáttahlutverk EBA í ágreiningsmálum milli lögbærra yfirvalda

Ásamt því mikla eftirlitshlutverki sem lýst hefur verið hér að framan, sinnir EBA einnig sáttahlutverki, en í 19. gr. reglugerðarinnar er fjallað heimildir EBA til þess að sinna hlutverki sáttamiðlara þegar aðildarríki standa í deilumálum milli landamæra. Í 1. mgr. 19. gr. reglugerðarinnar segir um deilumál að leggi aðildarríki fram ósk þess efnis, aðstoði EBA lögbær yfirvöld aðildarríkjanna við að ná sameiginlegri niðurstöðu sem báðir aðilar geta samþykkt. EBA getur einnig boðið fram aðstoð að eigin frumkvæði. Deilumál geta komið upp þegar lögbærum yfirvöldum greinir á um málsmeðferð, aðgerðir eða aðgerðarleysi vegna ákvæða þeirra tilskipana sem EBA hefur eftirlitshlutverk með sbr. 2. mgr. 1. gr. Þegar deilumál gerir vart við sig, byrjar EBA á því að leita sátta skv. 2. mgr. 19. gr. en það getur ákveðið tímamörk sem aðildarríkin þurfa að fylgja eftir svo sáttameðferðin dragist ekki á langinn því oft er um mikilvæg málefni að ræða sem sættir þurfa að nást um sem fyrst. Reynist sáttameðferð hins vegar árangurslaus, veitir 3. mgr. 19. gr. EBA heimild til þess að taka bindandi ákvörðun sem beinist að lögbæru yfirvaldi og gerir því skylt að láta af tiltekinni háttsemi eða grípa til viðeigandi aðgerða sbr. einnig 3. og 4. tl. 1. mgr. 44. gr. reglugerðarinnar. Fari lögbær yfirvöld aðildarríkis ekki eftir þeirri ákvörðun, bregðast þau skyldu sinni að sjá til þess að fjármálafyrirtæki aðildarríkisins fari eftir ákvæðum þeirra tilskipana sem EBA hefur eftirlit með sbr. 1. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar. Undir þessum kringumstæðum getur EBA gripið til þess úrræðis að beina tilmælum sínum beint að ákveðnu fjármálafyrirtæki aðildarríkisins og krafist þess að það grípi til viðeigandi aðgerða sbr. 4. mgr. 19. gr.

4.2 Rannsóknarheimildir Evrópska bankaeftirlitsins

Til þess að EBA geti sinnt eftirlitshlutverki sínu eru því veittar ýmsar rannsóknarheimildir sem greint er frá í 46. mgr. aðfararorða reglugerðarinnar. Rannsóknarheimildirnar geta beinst bæði að yfirvöldum og einstöku fjármálafyrirtæki. Fyrst er leitað til fjármálaeftirlits viðkomandi aðildarríkis en bregðist það ekki við með æskilegum hætti er að finna heimild í 17. gr. reglugerðarinnar sem gerir EBA kleift að kalla eftir gögnum í þágu rannsóknar frá tilteknu fjármálafyrirtæki.

35. gr. reglugerðarinnar fjallar um upplýsingaöflun, en þar kemur fram að óski EBA eftir því, skuli lögbær yfirvöld afhenda þær upplýsingar sem taldar eru nauðsynlegar til þess að EBA geti sinnt eftirlitshlutverki sínu skv. reglugerðinni, að því gefnu að EBA eigi löglegan aðgang að viðkomandi upplýsingum og að slík upplýsingaöflun sé nauðsynleg í tengslum við þá skyldu sem EBA þarf að uppfylla. Afhendi hið lögbæra yfirvald ekki téðar upplýsingar innan ákveðinna tímamarka, er heimild fyrir EBA í 5. mgr. 35. gr. að kalla eftir þeim frá öðru bæru yfirvaldi viðkomandi aðildarríkis, en hér á landi væru það Fjármála- og efnahagsráðuneytið, Seðlabankinn eða Hagstofa Íslands. Þegar upplýsingar eru óaðgengilegar eða eru ekki tiltækar innan uppgefinna tímamarka sbr. 5. mgr. 35. gr., þá er heimild í 6. mgr. 35. gr. fyrir EBA til þess að fara með rökstudda beiðni til viðkomandi fjármálafyrirtækis og inna það eftir umræddum upplýsingum. Af þessu tilefni ber EBA að tilkynna það til lögbærra yfirvalda að það hyggt kalla eftir upplýsingum frá tilteknu fjármálafyrirtæki. EBA getur einnig óskað eftir því að yfirvöld aðstoði það við að afla upplýsingar frá viðkomandi fjármálafyrirtæki sbr. 6. mgr. 35. gr.

Ágreiningi um lögmæti ákvarðana í framangreindum málum verður skotið til áfrýjunarnefndar Evrópsku eftirlitsstofnananna og Evrópudómstólsins sbr. 60. og 61. gr. reglugerðarinnar en slíkar ákvarðanir koma ekki til endurskoðunar hjá íslenskum dómstólum eða EFTA-dómstólum.⁷⁰ Þetta gefur tilefni til þess að skoða sérstaklega hvort um heimilt framsal á dómsvaldi sé að ræða miðað við fullveldi landsins en nánar verður fjallað um það í 6. kafla hér á eftir.

4.3 Breytingar á reglugerð nr. 1093/2010 um Evrópska bankaeftirlitið

Breytingar á reglugerðinni voru samþykktar 12. september 2012 en nokkrum ákvæðum reglugerðarinnar hefur verið breytt í þeim tilgangi að tryggja valdheimildir EBA. Helstu breytingarnar voru gerðar á 4. gr., 1. mgr. 18. gr. og 1. og 3. mgr. 35. gr. og þar með EBA tryggt vald til þess að taka bindandi ákvarðanir gagnvart lögbærum

⁷⁰ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Útanríkisráðuneytið 2012) 17
<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

yfirvöldum. Valdheimildir EBA ná einnig til Evrópska Seðlabankans og hefur orðalagi í 18. og 19. gr. verið breytt til að tryggja að EBA geti óhindrað sinnt sáttahlutverki sínu í deilumálum og tryggja því óheft vald til aðgerða þegar um neyðarástand er að ræða. Í 3. mgr. 18. og 19. gr. reglugerðarinnar er sett sú skylda á Evrópska Seðlabankann að setja fram rökstutt álit ef sú staða kemur upp að hann sé ekki sammála aðgerðum EBA. Í álitinu þarf að koma fram hvers vegna og að hvaða leyti hann sé ósammála. Með þessu er verið að tryggja sjálfstæði EBA og ganga úr skugga að það geti sinnt verkefnum sínum óhindrað og án afskipta Seðlabankans.

4.4 Niðurstöður

Framangreind umfjöllun hefur varpað ljósi á þær umfangsmiklu valdheimildir sem Evrópska bankaeftirlitinu eru fengnar í umræddri reglugerð en tilmæli þess og ákvarðanir verða að teljast mjög íþyngjandi gagnvart lögbærum yfirvöldum og sérstaklega gagnvart fjármálafyrirtækjum. Líkt og fjallað hefur verið um hér framan verður að telja það óvenju ríflegar valdheimildir að alþjóðastofnun geti tekið fram fyrir hendur innlendra yfirvalda og sé tilmælum þess ekki fylgt eftir hafi það heimild til þess að snúa sér beint að viðkomandi fjármálafyrirtæki og inna það eftir upplýsingum eða knýja fram viðeigandi ráðstafanir. Að því gefnu að reglugerðin verði tekin upp í EES-samninginn verður að telja það ólíklegt að hún verði tekin upp skv. efni sínu líkt og venjan er með ESB gerðir sbr. 7. gr. EES-samningsins þar sem valdheimildir hennar brjóta í bága við fyrirkomulag tveggja stoða kerfisins. Það er því nauðsynlegt að EFTA-ríkin komist að sameiginlegri EES-lausn sem allra fyrst en nánar fjallað verður um það í 5. kafla hér á eftir.

5 Áhrif Íslands á mótun og töku ákvarðana á vettvangi

Evrópusamstarfs

Í kafla 4. hér á undan var gerð grein fyrir þeim valdheimildum sem Evrópska bankaeftirlitinu eru fengnar með reglugerð nr. 1093/2010. Valdheimildirnar eru umfangsmiklar og hafa íþyngjandi áhrif í framkvæmd bæði gagnvart lögbærum yfirvöldum og einkaaðilum. Sem dæmi um íþyngjandi aðgerðir sem EBA getur gripið til gagnvart einkaaðila, er ákvörðun um að stöðva starfsemi fjármálafyrirtækis eða

knýja það til þess að afhenda sér upplýsingar sem teljast nauðsynlegar í þágu rannsókna. Athyglisvert er að slíkar ákvarðanir EBA koma ekki til endurskoðunar af innlendum dómstólum, heldur er einungis hægt að skjóta ágreiningi um þær til áfrýjunarnefndar Evrópsku eftirlitsstofnananna eða Evrópudómstólsins. Ljóst er að þetta fyrirkomulag samræmist illa því tveggja stoða kerfi sem EES-samningurinn er byggður á þar sem annarri stoðinni, ESB-stoðinni, eru veittar valdheimildir til þess að taka einhliða ákvarðanir sem eru bindandi fyrir hina stoðina, EES-stoðina, án þess að hægt sé að endurskoða slíkar ákvarðanir á sameiginlegum vettvangi. Af þessum sökum er nauðsynlegt að finna sameiginlega lausn á þessu ósamræmi áður en hægt er að taka gerðirnar upp í EES-samninginn. Eftirfarandi umfjöllun er ætlað að leiða í ljós þær aðferðir sem Íslandi og hinum EFTA-ríkjunum stendur til boða til þess að hafa áfrif á mótun og töku ákvarðana innan ESB. Í því samhengi verður fjallað um aðlaganir og undanþágur sem Ísland getur sótt um frá ESB gerðum, en slíkar aðlaganir hafa oft á tíðum reynst árangursrík lausn. Þá verður einnig vikið að neitunarvaldi EFTA-ríkjanna og þátttöku Íslands í nefndum á vegum Framkvæmdastjórnarinnar.

5.1 Innleiðing EES-reglna

Þegar viðræður um stofnun Evrópska efnahagssvæðisins áttu sér stað sögðu fulltrúar ESB að það væri forsenda fyrir samstarfinu af þeirra hálfu að EFTA-ríkin myndu taka við gildandi ESB-reglum sem sambandið hafði þróað árum saman og fengið festu í framkvæmd innan sambandsins ásamt því að hafa verið túlkaðar af Evrópudómstólum. Eðli málsins samkvæmt væru aðildarríki ESB því ekki reiðubúin til þess að taka samningana að baki reglunum til endurskoðunar og breyta þeim. Aftur á móti voru fulltrúar ESB reiðubúinir að bæta aðlögunarákvæðum við reglur í einstökum málaflokkum og aðlaga þær þannig að aðstæðum í EFTA-ríkjunum. Af þessum sökum hefur EES-samningurinn að geyma fjölmargar aðlagðar ESB-reglur en bókun eitt við samninginn fjallar um altæka aðlögun en einnig er að finna sértæk ákvæði í hinum ýmsu viðaukum við samninginn.⁷¹

Aðra sögu var hins vegar að segja um fyrirkomulag á reglum sem settar yrðu í framtíðinni. Samkomulag komst á með fulltrúum EFTA-ríkjanna og fulltrúum frá ESB að EFTA-ríkin ættu að hafa áhrif á mótun nýrra reglna ESB en því fylgdi þó ekki

⁷¹ Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans“ (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

þátttökuréttur til ákvarðanatöku um endanlegt efni þeirra. Þannig skulu nýjar reglur á samningssviðinu eða breytingar á eldri reglum sem þegar eru hluti af EES-samningnum, mótaðar af fulltrúum EFTA-ríkjanna.⁷² Eftir að reglurnar hafa síðan farið í gegnum ákvörðunarferli hjá stofnunum ESB, eru þær lagðar fyrir sameiginlegu EES-nefndina. Ákvarðanir nefndarinnar eru teknar einróma, það er EES/EFTA-ríkin og ESB eru á sömu skoðun.⁷³ Ef niðurstaðan verður sú að EES-nefndin ákveður að fella nýjar reglur inn í EES-samninginn, öðlast þær gildi við innleiðingu í landsrétt ríkjanna.⁷⁴ Líkt og áður hefur verið fjallað um hafa stjórnvöld við innleiðingu tilskipana val um form og aðferð en sé um reglugerð að ræða ber að taka hana upp óbreytta nema samið hafi verið um sérstaka aðlögun fyrir viðkomandi aðildarríki.

Rétt er að taka fram að nýjar reglur geta einungis öðlast gildi ef þær uppfylla skilyrði stjórnskipunaréttar í hverju aðildarríki fyrir sig. Hérlandis þurfa því reglur sem fella á inn í sett lög, að vera samþykktar af Alþingi líkt og almennt fer um lagasetningu hér á landi. Í framkvæmd er ferlið með þeim hætti að fulltrúar EFTA-ríkjanna þurfa að taka fram við afgreiðslu málsins í EES-nefndinni hvort hlutaðeigandi reglur þurfi samþykki frá löggjafarþingi. Ef svo er ekki, er venjan sú að þegar sameiginlega EES-nefndin hefur samþykkt reglurnar og þær verið teknar upp í EES-samninginn sem þjóðréttarleg skylda skapast fyrir viðkomandi ríkisstjórnir að setja eða breyta reglugerðum til samræmis við samþykktina.⁷⁵

Ljóst er að umrædd reglugerð nr. 1093/2010 um Evrópska bankaeftirlitið uppfyllir ekki reglur stjórnskipunarréttar hérlandis þar sem hún felur í sér talsvert framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana. Jafnvel þótt komist verði að sameiginlegri EES-lausn og aðlögun verði gerð á reglugerðinni þess efnis að valdheimildir skv. henni verði í höndum EFTA-stofnana eru engu að síður stjórnskipuleg álitamál sem vakna því líkt og áður hefur verið greint frá hefur í framkvæmd verið litið svo á að stjórnarskráin heimili

⁷² Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

⁷³ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitaeftir varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 31

⁷⁴ Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

⁷⁵ Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

einungis framsal upp að vissu marki.⁷⁶ Nánar verður fjallað um þetta í kafla 6. hér á eftir.

5.2 Undanþágur og aðlaganir ESB-gerða að íslenskum aðstæðum

Áður hefur komið fram að EES-samningurinn felur ekki í sér að löggjafarvald sé framselt til stofnana ESB og gerðir sambandsins því ekki sjálfkrafa hluti samningsins. Þvert á móti þarf að semja sérstaklega um með hvaða hætti ESB gerð hafi áhrif á EES/EFTA-ríkin fyrir tilstilli EES-samningsins.⁷⁷ Einsleitnismarkmið EES-samningsins gerir það hins vegar að verkum að erfitt getur reynst að semja um sérstakar undanþágur og aðlaganir á ESB-gerðum.⁷⁸

Það er Framkvæmdastjórn ESB sem sér um samningaviðræður við EES/EFTA ríkin um aðlaganir og hefur heimild til þess að samþykkja eða hafna tæknilegum aðlögunum. Tæknilegar aðlaganir eru lítilsháttar breytingar sem ekki fela í sér efnislegar breytingar. Sem dæmi um tæknilega aðlögun er þegar bæta á við lista yfir lögbær yfirvöld á Íslandi.⁷⁹ Efnislegar aðlaganir þurfa hins vegar samþykki frá Ráðherraráðinu sem þarf að ráðfæra sig við Evrópuþingið. Undanfari samningaviðræðna um aðlögun eða undanþágu er oft á tíðum heilmikil undirbúningsvinna því Framkvæmdastjórnin setur fram miklar kröfur um að EFTA-ríkin geri sérstaklega grein fyrir því í hvaða mæli aðstæður eru ólíkar því sem gengur og gerist innan aðildarríkja ESB.⁸⁰

Í skýrslu Utanríkisráðuneytisins um stöðu Íslands í Evrópusamstarfi frá árinu 2000, segir að reynslan hafi sýnt að erfitt sé að fá samþykkt aðlögun ef aðildarríki ESB hefur áður sótt um sambærilega aðlögun en fengið neitun. Þá segir í skýrslunni að það sé ríkjandi viðhorf hjá aðildarríkjum ESB að líta svo á að EFTA-ríkin eigi ekki að vera betur sett. Þessu til stuðnings segir í skýrslunni að reynslan hafi sýnt að mikil samstaða

⁷⁶ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 482

⁷⁷ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins -

Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitæfni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 31

⁷⁸ EFTA Secretariat, „The European Economic Area: Decision Shaping and Participation in Committees” (Edition & Imprimerie 2002) 7-8

<www.efta.int/~media/Files/Publications/Bulletins/EFTABulletinJune2002.pdf> skoðað 20. apríl 2013

⁷⁹ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins -

Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitæfni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 31

⁸⁰ Sama heimild 33

ríki meðal aðildarríkja ESB þegar kemur að samskiptum við þriðju ríki. Þannig sé ákvarðanataka um efnislegar aðlaganir í EFTA vinnuhópi Ráðherraráðsins án undantekninga samhljóða, þrátt fyrir að heimild sé til þess að taka ákvarðanir með vegnum meirihluta atkvæða.⁸¹ Þrátt fyrir þetta hefur Framkvæmdastjórn ESB oft á tíðum sýnt Íslandi og hinum EFTA-ríkjunum skilning og tekið rökstuðning þess til greina þegar veita á undanþágur eða gera aðlaganir á ESB-gerðum sem þó nokkur dæmi eru um og verða rakin hér á eftir.⁸²

Efnislegar aðlaganir geta falið í sér undanþágur eða aðlaganir að teknu tilliti til sérstakra aðstæðna hér á landi. Dæmi um þær aðlaganir sem Ísland hefur samið um eru öryggiskröfur í fiskiskipum, reglur ESB um sumartíma, heilbrigðisreglur dýra, orkunýting bygginga, flugvernd og lyfjamál.⁸³ Sérstaklega verður fjallað um tvær síðast nefndu aðlaganirnar á sviði flugverndar og lyfjamála hér á eftir. Líkt og fjallað var um hér að framan þarf að leggja í mikla undirbúningsvinnu til þess að sýna fram á sérstöðu Íslands en ekki er sjálfgefið að samkomulag náist um aðlögun. Líkt og gefur að skilja er nauðsynlegt að reynt sé að semja um aðlögun áður en sú ESB-gerð sem illa samræmist íslenskri löggjöf, er tekin upp í EES-samninginn. Fáist samþykki fyrir aðlögun, kemur hún fram í sérstökum aðlögunartexta sem birtist með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um að taka gerðina upp í EES-samninginn.⁸⁴

5.2.1 Dæmi um aðlaganir í framkvæmd

5.2.1.1 Flugvernd

Reglugerð Evrópuþingsins og Ráðherraráðsins nr. 2320/2002 um sameiginlegar reglur um flugvernd í almenningssflugi leggur fram strangar og kostnaðarsamar öryggisreglur. Ísland sótti um og fékk samþykktu aðlögun sem felur í sér að vegna sérstakra landfræðilegra ástæðna skuli innanlandsflug hér á landi undanþegið ákvæðum reglugerðarinnar. Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 61/2004 frá 26. apríl

⁸¹ Halldór Ásgrímsson, „Staða Íslands í Evrópusamstarfi” (Utanríkisráðuneytið 2000) 76-77 <www.utanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/skyrsla.pdf> skoðað 30. mars 2013

⁸² Davíð Þór Björgvinsson, *EES og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 61-62

⁸³ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitafni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 31

⁸⁴ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitafni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 33

2004 um breytingu á XIII. viðauka um flutningastarfsemi við EES-samninginn, segir um aðlögunina:

Sökum hnattstöðu Íslands og strjálbýlis landsins, svo og samsetningar flugvélaflotans sem notaður er í innanlandsflugi á Íslandi, er nauðsynlegt að undanþiggja innanlandsflug á íslensku yfirráðasvæði ákvæðum reglugerðar (EB) nr. 2320/2002. Fullnægjandi vernd næst með öryggisreglum sem gilda í innanlandsflugi á Íslandi samkvæmt landslögum.

Í reglugerðinni felst skylda fyrir alla flugvelli innan ESB að uppfylla strangar öryggiskröfur en meginástæðan fyrir þeirri undanþágu sem Ísland fékk frá reglum var sú að mikill kostnaður hefði fylgt slíkri framkvæmd, eða áætlað um 800 milljónir króna á ári. Umræddum reglum er þó fylgt í hvívetna í millilandaflugi á Keflavíkurflugvelli.⁸⁵

5.2.1.2 Lyfjastofnun Evrópu

Ísland á aðild að Lyfjastofnun Evrópu en sú takmörkun er á aðildinni að Ísland ber ábyrgð á þýðingum upplýsinga varðandi miðlæg lyf yfir á íslensku og þarf að bera þann kostnað sjálf ólíkt aðildarríkjum ESB en stofnunin greiðir slíkan kostnað fyrir þau. Lyfjastofnun Evrópu var veitt heimild til þess að gefa út markaðsleyfi á lyfjum og allur ágreiningur varðandi slíka útgáfu fór í gegnum áfrýjunarnefnd á vegum Lyfjastofnunarinnar en hún tilheyrir ESB. Aðkoma EFTA-ríkjanna var á engan hátt tryggð með því fyrirkomulagi. Af þeirri ástæðu fóru því EFTA-ríkin þess á leit við Framkvæmdastjórnina að sækja um sérstaka aðlögun til frá reglugerðum ESB varðandi lyfjamál sem var samþykkt. Hin sérstaka aðlögun er með þeim hætti að þegar Lyfjastofnun tekur ákvörðun sem lýtur að hagsmunum EFTA-ríkjanna, er samsvarandi ákvörðun tekin af ríkjum sjálfum og ákvarðanirnar síðan birtar af sameiginlegu EES-nefndinni. Dæmi um ofangreint fyrirkomulag má sjá í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 61/2009 frá 29. maí 2009 um breytingu á bókun 37 og II. viðauka, XIII. kafla um lyf, en þar segir:

⁸⁵ Grétar Már Sigurðsson, „Evrópusambandið viðurkennir sérstöðu Íslands” (2004) 3 Stiklur vefrit Utanríkisráðuneytisins 1 <www.utanrikisraduneyti.is/media/Stiklur/040427-2.pdf> skoðað 25. apríl 2013

Þegar ákvarðanir um samþykki fyrir lyfjum eru teknar samkvæmt málsmeðferð Banda- lagsins, sem mælt er fyrir um í reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 726/2004, tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/83/EB, eins og henni var breytt með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/27/EB, og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/82/EB, eins og henni var breytt með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/28/EB, skulu EFTA- ríkin taka samtímis samsvarandi ákvarðanir á grundvelli viðkomandi gerða, þ.e. áður en 30 dagar eru liðnir frá ákvörðun Bandalagsins. Sameiginlega EES-nefndin skal látin vita og skal hún birta reglulega skrár um slíkar ákvarðanir í *EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópu- sambandsins*.

Líkt og mikið hefur verið fjallað um eru ESB-reglur í stöðugri þróun og þar með teygist á þanþoli EES-samningsins. Frá því að áður fyrrgreint fyrirkomulag var samþykkt innan EFTA-ríkjanna hefur frekari framþróun átt sér stað á sviði lyfjamála á innri markaðnum. Árið 2001 var sett tilskipun sem var ætlað að bæta ferli við markaðssetningu lyfja og auka um leið samkeppnishæfni Evrópska lyfjaiðnaðarins á heimsvísu. Síðan samþykkti ESB árið 2004 tvær tilskipanir og eina reglugerð sem ætlað var að ná fram enn meiri þróun á sviði lyfjamála. Svo virðist sem greiðlega gangi að framfylgja aðlögun EFTA-ríkjanna vegna lyfjamála. Þess má geta að innan ESB er starfræktur svo nefndur lyfjavettvangur en þar funda ráðherrar aðildarríkja ESB á sviði heilbrigðismála ásamt öðrum sem eiga hagsmuna að gæta þ.á.m. fulltrúum frá Íslandi. Meginmarkmið fundahaldanna er að komast að sameiginlegri niðurstöðu um hvaða aðferðir séu best til þess fallnar að efla innri markaðinn á sviði lyfjamála.⁸⁶ Varðandi eftirlit með áðurnefndum gerðum um lyfjamál segir í 16. mgr. aðfararorða reglugerðar nr. 2309/93 um veitingu leyfa fyrir lyfjum og eftirliti með þeim o.fl. að Framkvæmdastjórnin skuli í náinni samvinnu við Lyfjastofnun Evrópu og að höfðu samráði við aðildarríkin, samræma framkvæmd mismunandi eftirlitsverkefna aðildarríkja og einkum ákvæði er varða upplýsingar um lyf, eftirlit með því að farið sé eftir reglum um góða framleiðsluhætti o.fl. Í áður nefndri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 61/2009 um breytingu á II. viðauka, XIII. kafla um lyf við EES-samninginn segir: „*Eftirlitsstofnun EFTA mun hafa eftirlit með beitingu ákvarðana sem EFTA-ríkin taka eins og kveðið er á um í 109. gr. samningsins.*”

⁸⁶ Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 590 – 350. mál

Þá segir enn fremur:

EFTA-ríkin skulu taka fullan þátt í störfum Lyfjastofnunar Evrópu, sem nefnd er „stofnunin“ í því sem hér fer á eftir, sem komið var á fót með reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 726/2004.

Með þessu er þátttaka EFTA-ríkjana í störfum Lyfjastofnunarinnar tryggð en sú þátttaka er þó að skornum skammti þar sem hún einskorðast við álit sérfræðinga á einstaka máli en ekkert ákvörðunarvald fylgir þeim störfum. Með öðrum orðum er það þannig að þrátt fyrir að EFTA-ríkin eigi fulltrúa í sérfræðinefndum innan Lyfjastofnunarinnar, koma þeir hvergi nálægt ákvörðunum sem teknar eru til að mynda varðandi útgáfu markaðsleyfa vegna nýrra lyfja. Sú ákvarðanataka er alfarið í höndum fulltrúa ESB-ríkjanna og í sumum tilvikum er það Framkvæmdastjórn ESB sem tekur lokaákvörðun í slíkum málum sbr. fyrrnefnda reglugerð. Þessar ákvarðanir eru síðan teknar upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar og síðan skuldabinda EFTA-ríkin sig til þess að taka sambærilega ákvörðun í kjölfarið. Það kemur síðan í hlutverk ESA að hafa eftirlit með því að EFTA-ríkin fylgi þessu fyrirkomulagi eftir og innleiði ákvarðanirnar í landsrétt.

5.3 Tillögur að aðlögunartexta fyrir reglugerð nr. 1903/2010 um Evrópskt bankaeftirlit

Á 38. fundi EES-ráðsins í Brussel þann 26. nóvember 2012 komst ráðið að þeirri niðurstöðu að brýnt væri að halda áfram viðræðum milli EFTA-ríkjanna og ESB um hvernig best væri að taka sem flestar reglugerðir á sviði fjármálaþjónustu upp í EES-samninginn. Þá talaði EES-ráðið um nauðsyn þess að löggjöf ESB sé tímanlega innleidd og þar með talið væri innleiðing reglugerða um stofnun Evrópsks eftirlitskerfis með fjármálamörkuðum en viðræður þar að lútandi höfðu þá lítinn árangur borið. Ráðið sagðist meðvitað um hversu flókið ferli þetta væri og þær valdheimildir sem stofnununum væru veittar skapi vissulega grundvöll fyrir stjórnskipuleg álitaeefni. Þrátt fyrir þetta hvatti EES-ráðið báðar hliðar til þess að reyna að komast sem fyrst að

sameiginlegri niðurstöðu varðandi upptöku gerðanna í EES-samninginn.⁸⁷ Af þessu má ráða að nauðsynlegt er fyrir báðar hliðar að komast að samkomulagi sem fyrst um hvernig eigi að taka gerðirnar upp í EES-samninginn. Tillögur að mögulegum aðlögunartexta hafa verið settar fram af hálfu EFTA-ríkjanna og verða þær raktar hér á eftir ásamt tillögu höfundar að mögulegri EES-lausn.

5.3.1 Tillögur Bjargar Thorarensen og Stefáns Mús Stefánssonar að aðlögunartexta

Í fyrrgreindri álitsgerð sinni um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn, settu þau Björg og Stefán Mús fram tillögur að mögulegum aðlögunartexta í þeim tilgangi að leysa stjórnskipuleg vandamál sem skapast vegna reglugerðarinnar hérlandis. Tillögurnar lúta að því að ákvarðanir EBA og hinna eftirlitsstofnananna verða ekki lagalega bindandi þegar EFTA-ríkin eiga í hlut, heldur ber að túlka þær sem tilmæli. Þá hefur einnig verið bent á þann möguleika að hægt sé að fallast á ákvarðanir EBA sem lúta að stjórnvöldum og stofnunum þess, en ekki aðilum á fjármálamarkaði. Slíkt framsal ríkisvalds hefur verið talið viðaminna en það sem beinist að einkaaðilum. Hins vegar líkt og áður hefur verið minnst á, verður að telja það eðlisólíkt tveggja stoða kerfinu sem EES-samningurinn er byggður á, að önnur stoðin geti einhliða tekið ákvarðanir sem eru bindandi fyrir hina stoðina án þess að hægt sé að endurskoða slíkar ákvarðanir á sameiginlegum vettvangi.⁸⁸ Af þeim tveimur tillögum til úrlausnar sem lýst hefur verið hér að framan verður að telja fyrri möguleikann fýsilegri, þ.e. að ákvarðanir EBA og hinna eftirlitsstofnananna verði ekki lagalega bindandi heldur einungis í formi tilmæla til lögbærra yfirvalda hér á landi. Sú tillaga er betur til þess fallin að samræmast tveggja stoða kerfinu og með þeim hætti væri einnig hægt að koma í veg fyrir að stjórnskipuleg álitaefni komi upp þar sem þau yrðu ekki lagalega bindandi.

⁸⁷ EFTA Secretariat, „Annual Report of the European Free Trade Association 2012” (Orangemetalic 2013) 45 <<http://secretariat.efta.int/~media/Files/Publications/Annual%20Report/annual-report-2012.pdf>> skoðað 25. apríl 2013

⁸⁸ Björg Thorarensen og Stefán Mús Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Útanríkisráðuneytið 2012) 37 <www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

5.3.2 Tillaga höfundar að mögulegri EES-lausn

Við vinnslu ritgerðarinnar rannsakaði höfundur þær aðlaganir og undanþágur sem Ísland hefur fengið frá ESB-gerðum í gegnum tíðina og mati höfundar voru það valdheimildir Lyfjastofnunar Evrópu sem komast hvað næst þeim aðstæðum sem nú eru uppi með Evrópska bankaeftirlitið, þrátt fyrir að valdheimildir EBA séu mun umfangsmeiri og íþyngjandi en þær sem Lyfjastofnuninni hefur undir höndum. Líkt og fjallað var um hér að framan er sú aðlögun þannig úr garði gerð að þær ákvarðanir sem Lyfjastofnunin tekur eru teknar upp í EES-samninginn að ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar og EFTA-ríkin skuldbinda sig til að taka sambærilega ákvörðun í kjölfarið. Höfundur leggur til að sambærileg leið yrði farin með aðlögun frá ákvörðunum og tilmælum EBA. Þá leggur höfundur einnig til að EFTA-ríkin gætu átt fulltrúa á vegum ESA í nefndum innan EBA og með því móti átt hlut að máli þegar kemur að töku ákvarðana og útgáfu leiðbeininga til aðildarríkjanna. Eftirlit með gerðunum yrði þá einnig í höndum ESA en auk þess bendir höfundur á þá lausn að umræddar ákvarðanir yrðu endurskoðaðar af EFTA-dómstólum en ekki Evrópuþómstólum í tilfalli EFTA-ríkjanna. Þannig yrði komið í veg fyrir framsal á dómsvaldi. Þó er rétt að benda á að ofangreint fyrirkomulag Lyfjastofnunarinnar reynir líka á þanþol stjórnarskrárinnar að því leyti að Ísland skuldbindur sig fyrirfram til þess að taka ákvörðun, sem er efnislega samhljóma þeim ákvörðunum sem Lyfjastofnunin kann að taka í framtíðinni án beinnar aðkomu íslenskra stjórnvalda við mótun þeirrar ákvarðanatöku. Þrátt fyrir þetta verður að telja þetta fyrirkomulag ágæta lausn á þessu vandamáli sem EFTA-ríkin standa nú frammi fyrir.

Framangreindar tillögur lúta allar að leiðum sem hafa verið farnar til þess að leysa úr álitaeftnum um hvernig skuli taka fyrr greindar reglur upp í EES-samninginn, svo nefndar EES-lausnir. Þegar búið er að finna leiðir til þess tekur við síðara vandamálið, sem eru stjórnskipuleg álitaeftni sem kunna að vakna ef EES-lausnin verður á þann veg að stofnunum EFTA verða veittar sambærilegar valdheimildir og EBA, sem leiðir þess að of mikið framsal til stofnana EFTA hljóttist af. Stjórnskipuleg álitaeftni eru viðfangsefni 6. kafla hér á eftir. Þegar þetta er ritað hefur ekki verið komist að sameiginlegri lausn varðandi þetta viðamikla álitaeftni en þó ber að nefna að vilji er augljóslega fyrir hendi innan EES/EFTA að leysa þetta mál á farsælan hátt.

5.3.3 Er skortur á vilja af hálfu ESB að finna sameiginlega lausn?

Hér að framan hefur verið greint frá tillögum af hálfu EFTA-ríkjanna varðandi mögulegar EES-lausnir en ljóst er að vilji er af hálfu þeirra til þess að leysa þetta mál og taka gerðirnar upp í EES-samninginn. Varðandi afstöðu ESB hvað þetta varðar er vert að nefna það sem fram fór á 39. fundi þingmannanefndar EES sem fór fram þann 27. nóvember 2012. Þá voru fulltrúum stofnana ESB og EFTA boðið til umræðna um þróun og framkvæmd EES-samningsins. Í umræðum þingmannanefndarinnar kom meðal annars fram að rekstur samningsins gengi vel en þó væri miður svokallaður innleiðingarhalli EES/EFTA-ríkjanna á EES-gerðum sem samkvæmt upplýsingum frá ESA hefur verið að aukast undanfarin misseri. Af þessu tilefni tók Gianluca Grippa, fulltrúi framkvæmdastjórnar ESB til máls og í ræðu sinni sagði hann það vandamál að um 400 gerðir hefðu enn ekki verið teknar upp í EES-samninginn sem sannarlega ættu þar heima en slíkur innleiðingarhalli hefði þær afleiðingar að fyrirtæki gætu ekki gengið að því sem vísu að þau byggju við samræmt lagaumhverfi á öllu innri markaðssvæðinu. Fyrirspurn þess efnis hvort skortur væri á vilja af hálfu ESB til þess að finna sameiginlega lausn til þess að EES/EFTA-ríkin geti tekið þátt í Evrópska fjármálaeftirlitinu, svaraði Grippa með þeim hætti að hann teldi víst að þær valdheimildir sem eftirlitsstofnunum væru veittar hefðu leitt til þess að EES/EFTA-ríkin væru nú í annarri stöðu en þegar EES-samningnum var komið á fyrir 20 árum á grundvelli tveggja stöðra kerfis, en vonandi fyndist lausn á þessu máli. Athyglivert þykir að þrátt fyrir ummæli Grippa um að hann vonaði að hægt væri að leysa áðurnefnd álitafni, lagði hann áherslu á þá staðreynd að skýr takmörk væru fyrir því hversu langt ESB gæti seilst þegar innri markaðurinn væri annars vegar þar sem einsleitni og lagasamræming væru aðalatriði.⁸⁹ Orðalag Grippa gefur tilefni til vangaveltna þess efnis hvort áhugaleysi ríki innan ESB á samningnum um Evrópska efnahagssvæðið sbr. áðurnefnda umfjöllun um skýrslu um stöðu Íslands í Evrópusamstarfi þar sem segir að ríkjandi viðhorf hjá aðildarríkjum ESB sé að EFTA-ríkin eigi ekki að vera betur sett.⁹⁰ Á hinn bóginn er síðan sá möguleiki fyrir hendi að ekkert liggi að baki orðalagi hans annað en sú von að Framkvæmdastjórninni takist áætlun sín um að tryggja stöðugleika á fjármálamarkaði með því mikla regluverki sem hér hefur verið til umfjöllunar. Það er því skiljanlegt að öll aðildarríkin þurfi að leggja sitt af mörkum til þess að áætlunin ná

⁸⁹ Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 987 - 579. mál

⁹⁰ Halldór Ásgrímsson, „Staða Íslands í Evrópusamstarfi” (Utanríkisráðuneytið 2000) 76
<<http://www.utanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/skyrsla.pdf>> skoðað 30. mars 2013

fram að ganga með farsælum hætti og því verður einnig að telja það tímabært að Ísland grípi til aðgerða til þess geta haldið áfram samstarfinu um Evrópska efnahagssvæðið.

5.4 Neitunarvald og heimild EES/EFTA-ríkjanna til frestunar á innleiðingu ESB-gerða

Ef löggjafarþing eins eða fleiri aðildarríkja EFTA samþykkir ekki ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um nýja löggjöf, tekur hún ekki gildi á EFTA-hluta EES-svæðisins. Í 1. mgr. 102. gr. EES-samningsins segir að ákvarðanir um gildistöku nýrra gerða skuli teknar í EES-nefndinni eins fljótt og unnt er eftir að ESB hefur samþykkt þær og birt með fullnægjandi hætti. Í framkvæmd er það þó þannig að tafir geta oft orðið á því að nýjar gerðir séu birtar lögformlega hjá ESB þar sem þær þarf að þýða yfir á 11 tungumál áður en þær eru gefnar út samtímis. Af þeirri ástæðu verða því einnig tafir á fyrirtöku viðkomandi gerða hjá EES-nefndinni.⁹¹

Í áður nefndri 102. gr. EES-samningsins er einnig finna neitunarvald fyrir EES/EFTA-ríkin vegna innleiðingar á löggjöf sem heyrir undir samninginn. Það þykir hins vegar ljóst að notkun á slíku neitunarvaldi muni í framkvæmd hafa alvarleg og varanleg áhrif á það samstarf sem hlýst af EES-samningum. Ef EES/EFTA-ríkin taka ákvörðun um að hafna gerð sem að mati ESB fellur undir gildissvið EES-samningsins eða ef miklar tafir verða á upptöku viðkomandi gerðar í samninginn, eru afleiðingarnar þær að Framkvæmdastjórn ESB getur tekið ákvörðun um að leggja málið fyrir sameiginlegu EES-nefndina með sérstakri bókun.⁹² Um þetta er fjallað í 4. mgr. 102. gr. EES-samningsins, en þar segir að komist samningsaðilar ekki að samkomulagi skuli sameiginlega EES-nefndin kanna alla frekari möguleika á því að tryggja áframhaldandi góða framkvæmd samningsins og taka nauðsynlegar ákvarðanir þar að lútandi, meðal annars að viðurkenna að löggjöf sé sambærileg. Taka verður slíka ákvörðun eigi síðar en við lok sex mánaða tímabils frá því að málinu er vísað til sameiginlegu EES-nefndarinnar, eða á gildistöku degi samsvarandi löggjafar bandalagsins ef sá dagur er síðar. Í 5. mgr. 102. gr. er síðan fjallað um afleiðingarnar sem hljótast af því ef

⁹¹ Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

⁹² Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitafni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 33

samkomulag hefur ekki verið náð innan þeirra tímamarka sem gefin eru upp í 4. mgr. 102. gr. Í slíku tilfalli er það versta sem getur gerst að sá hluti samningsins sem löggjöfin á undir, verður tímabundið felldur úr gildi.⁹³ Það myndi þá gerast að sex mánuðum liðnum frá þeim tímafresti sem veittur er í 4. mgr. til þess að ná samkomulagi.

Rétt er að taka fram að samningsaðilar geta alltaf ákveðið að samningurinn falli ekki úr gildi. Sá möguleiki er mikilvægur til þess að koma í veg fyrir tilfalli þar sem áhrif þess að hluti samningsins verði felldur úr gildi eða frestað tímabundið sé mun skaðlegri á góða framkvæmd samningsins heldur en að hafa mismunandi löggjöf á ákveðnu sviði, þ.e. „gömlu” reglurnar og nýja löggjöfin. Það kemur síðan í hlutverk sameiginlegu EES-nefndarinnar að reyna að gera samninginn aftur virkan, þ.e. aflétta frestuninni en nefndin reynir síðan að ná samkomulagi á milli aðila.⁹⁴ Í 6. mgr. 102. gr. er fjallað um hvernig beri að bregðast við ef hluti samningsins er tímabundið frestað. Þar kemur fram að samningsaðilar skuli ræða raunhæfar afleiðingar sem frestunin hefur í för með sér og einnig eftir því sem við á, ákveða hvaða breytingar þurfi að gera vegna frestunarinnar. Þar er einnig tekið fram að réttindi og skyldur sem einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri hafa þegar áunnið sér fyrir tilstilli samningsins haldast óbreytt.

Með hliðsjón af þeim afleiðingum sem tímabundin frestun hefur í för með sér verður að telja að það myndi einungis eiga sér stað í undantekningar tilviki að samningsaðilar myndu láta ágreining um nýja löggjöf ganga það langt að hluta samningsins yrði frestað tímabundið fyrir vikið.⁹⁵ Afleiðingar slíkrar frestunar eru einna helst þær að tvenns konar regluverk myndi gilda innan EES-svæðisins, eitt innan ESB (hin nýja löggjöf) og síðan annað milli ESB og EFTA-ríkjanna og einnig milli EFTA-ríkjanna sjálfra (þ.e. gamla löggjöfin). Þessar aðstæður myndu óneitanlega hafa áhrif á virkni innri markaðarins hjá EFTA-ríkjunum þar sem allt regluverk á sviði fjármálaþjónustu yrði tímabundið fellt úr gildi. Af framantöldu virtu verður að telja að samningsaðilar þurfi að nota allar mögulegar leiðir til að forðast aðstæður þar sem mismunandi reglur gilda innan Evrópska efnahagssvæðisins þar sem slíkar aðstæður færu ekki einungis

⁹³ Sven Norberg og fl. *The European Economic Area, EEA law – A commentary on the EEA Agreement*, (Graphic System AB 1993) 143

⁹⁴ Sama heimild 143-144

⁹⁵ Sama heimild 145

gegn markmiðinu að koma á fót öflugu og einsleitu efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegu regluverki, heldur yrði markmiðinu um frjálst flæði þjónustu einnig stefnt í hættu.⁹⁶

5.4.1 Óvirkt neitunarvald?

Í raun mætti segja að neitunarvaldið sem EES/EFTA-ríkin hafa sé óvirkt vegna þeirrar keðjuverkunar sem það gæti haft í för með sér og lýst verður hér á eftir. Líkt fjallað var um hér að framan hafa Ísland og hin EFTA-ríkin ekki áhrif á niðurstöðu um löggjöf ESB ásamt því að atkvæðisréttur er ekki til staðar þegar fjallað er um afleidda löggjöf eða breytingar á samstarfinu. Hvert EFTA-ríki hefur þó eins og áður sagði neitunarvald vegna upptöku nýrra reglna í EES-samninginn. Í framkvæmd samningsins hefur þó komið á daginn að það neitunarvald sem EFTA-ríkjunum er falið í áður nefndri 102. gr. er í raun óvirkt. Ástæðan fyrir því að talin vera sú að sé slíku neitunarvaldi beitt, gæti það komið af stað keðjuverkun sem lýsir sér í því að ef hvert og eitt EFTA-ríki fyrir sig er meðvitað um að ef neitunarvaldi sé beitt gæti eitthvert ríkjanna í næstu umferð þurft að lúta neitunarvaldi frá öðru ríki og þannig gæti það svo gengið fyrir sig koll af kolli. Af þessum ástæðum er því hægt að álykta sem svo að Alþingi hafi einungis formlegt en ekki raunverulegt neitunarvald, vegna þess að beiting slíks valds væri í raun til þess fallið að kollvarpa samningnum. Undir slíkum kringumstæðum kæmi það í hlut ESB að leggja mat á hvort neitun hafi í för með sér röskun á því samræmi sem stefnt sé að með EES-samningnum. Komist ESB að þeirri niðurstöðu væri hægt að fella niður samninginn á því sviði sem ósattir eru um og viðkomandi gerð nær til. Vert er að benda á að með þessu væri einnig verið að brjóta gegn þeim forsendum sem samningurinn byggist varðandi einsleitnismarkmið þannig að sömu reglur gildi alls staðar á innri markaðnum. Af þessum ástæðum verður að telja það óraunhæft að EES/EFTA-ríki muni beita neitunarvaldi og hafna staðfestingu nýrra gerða frá ESB.⁹⁷

Ef ágreiningur kemur upp varðandi nýjar gerðir er skv. 103. gr. EES-samningsins hægt fresta staðfestingu gerða með því að óska eftir stjórnskipulegum fyrirvara en slíkur fyrirvari er einungis sex mánuðir. Þá er einnig hægt sækja um aðlögun gerðanna en

⁹⁶ Sven Norberg og fl. *The European Economic Area, EEA law – A commentary on the EEA Agreement*, (Graphic System AB 1993) 146

⁹⁷ Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 - 551. mál.

slíkt ferli er mjög tímafrekt líkt og fjallað var um hér að framan. Að framangreindu virtu er því hægt að segja að ákveði EFTA-ríki að beita neitunarvaldi skv. 102. gr. EES-samningsins og hafna upptöku gerðar á sviði innri markaðarins gæti það haft þær afleiðingar í för með sér að samningnum yrði sagt upp á því sviði og tæki slík uppsögn til allra EFTA-ríkjanna.

5.5 Þátttaka í nefndum og sérfræðingahópum Evrópusambandsins

EFTA-ríkin hafa aðgang að öllum nefndum Framkvæmdastjórnarinnar sem varða EES-samninginn en aðgangur að slíkum nefndum er mjög mikilvægur fyrir EFTA-ríkin. Það er innan slíkra nefnda sem texti nýrra reglna er saminn og mótaður og því er þetta kjörinn vettvangur til þess að koma að sjónarmiðum eða breytingum sem varða Ísland sérstaklega. Líkt og gefur að skilja getur útfærsla reglna skipt miklu máli fyrir íslenskt lagaumhverfi en í raun er það aðeins með þátttöku í fundum slíkra nefnda og sérfræðinganevnda sem EFTA-ríkin geta haft áhrif á löggjöf ESB sem er líkt og áður sagði er í undirbúningi á þessu stigi.⁹⁸ Um aðgang að nefndum er fjallað í 99. – 101. gr. EES-samningsins, en þar segir meðal annars að Framkvæmdastjórnin skuli tryggja sérfræðingum EFTA-ríkjanna eins víðtæka þátttöku og unnt er á viðkomandi sviðum við undirbúning á drögum að tillögum er síðar eiga að fara fyrir þær nefndir sem eru Framkvæmdastjórninni til aðstoðar við beitingu framkvæmdavalds hennar.

Líkt og fjallað var um í kafla 2, er það Framkvæmdastjórn ESB sem leggur fram og mótar tillögur að nýrri löggjöf sem fara síðan í samákvörðunarferli hjá Evrópuþinginu og Ráðherraráðinu. Þrátt fyrir að Framkvæmdastjórnin gæti ekki hagsmunavörslu einstakra aðildarríkja ESB, eiga þau möguleika á að koma stefnumálum sínum á dagskrá í gegnum tengiliði, oftast starfsmenn á vegum aðildarríkjanna innan Framkvæmdastjórnarinnar.⁹⁹ EFTA-ríkin eiga hins vegar ekki slíka tengiliði líkt og aðildarríki ESB sem ætla má að geri þeim erfiðara um vik að koma málefnum sínum að á framfæri. EFTA-ríkin hafa þó í gegnum EES-samninginn, aðgang að sérfræðinefndum Framkvæmdastjórnarinnar og hafa því með starfi í slíkum nefndum

⁹⁸ Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005) 18

⁹⁹ EFTA Secretariat, „The European Economic Area: Decision Shaping and Participation in Committees” (Edition & Imprimerie 2002) 32

<www.efta.int/~media/Files/Publications/Bulletins/EFTABulletinJune2002.pdf> skoðað 20. apríl 2013

möguleika á að móta nýjar tillögur. Álit EFTA-ríkjanna skal meta til jafns á við álit sérfræðinga aðildarríkja ESB sbr. 1. mgr. 99. gr. EES-samningsins. Sérfræðingar sem taka þátt í nefndarstarfi Framkvæmdastjórnarinnar setja fram sjálfsætt álit á því málefni sem til umræðu er, en álitid þarf ekki endilega að endurspegla þá stefnu sem stjórnvöld aðildarríkis viðkomandi sérfræðings hafa tileinkað sér.¹⁰⁰ Réttur EFTA-ríkjanna til þess að senda fulltrúa sína til að taka þátt í starfi sérfræðinefnda Framkvæmdastjórnarinnar er lögfestur í 100. gr. EES-samningsins. Þrátt fyrir að EFTA-ríkin hafi tekið virkan þátt í mótun löggjafar innan nefndanna, hafa þau lítil áhrif á endanlega ákvörðun um viðkomandi reglur. EFTA-ríkin hafa hvorki tillögurétt né atkvæðarétt innan Evrópuþingisins né hjá Ráðherraráðinu.¹⁰¹

Þess má geta að í fyrrgreindri skýrslu Forsætisráðuneytisins um tengsl Íslands og Evrópusambandsins kemur fram að árið 2005 höfðu EFTA-ríkin aðgang að 179 sérfræðinefndum en tóku þó aðeins þátt í störfum 77 þeirra nefnda.¹⁰²

5.5.1 Fastanefnd EFTA

Það er fastanefnd EFTA (e. *Standing Committee of the EFTA States*) sem stýrir þátttöku EFTA-ríkjanna í mótun nýrra reglna í nefndarstarfi með fulltrúum Framkvæmdastjórnarinnar. Fastanefnd EFTA er skipuð sendiherrum EFTA/EES-ríkjanna en hún er vettvangur pólitískrar umræðu þeirra á milli. Nefndin starfar á grundvelli sérstaks samnings milli EFTA-ríkjanna.¹⁰³ Gerð er grein fyrir hlutverki nefndarinnar í 3. gr. samningsins um stofnun hennar en það er meðal annars að samræma afstöðu EFTA/EES-ríkjanna gagnvart Evrópusambandinu fyrir fundi með fulltrúum ESB í sameiginlegu EES-nefndinni. Fastanefndin og undirnefndir á hennar vegum vinna að því að móta nýjar samræmingarreglur, en það felur í sér að veita umsagnir um tillögur að nýrri löggjöf innan ESB. Fastanefndin fundar að jafnaði sjö til

¹⁰⁰ EFTA Secretariat, „The European Economic Area: Decision Shaping and Participation in Committees” (Edition & Imprimerie 2002) 32
<www.efta.int/~media/Files/Publications/Bulletins/EFTABulletinJune2002.pdf> skoðað 20. apríl 2013

¹⁰¹ EFTA Secretariat, „Evrópska Efnahagssvæðið” (EES)
<www.efta.int/~media/Files/Publications/Fact%20sheets/EEA%20factsheets/FACTSHEET-20ICE-20webversion-202005.pdf> skoðað 18. apríl 2013.

¹⁰² Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins - Skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitafni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Gutenberg 2007) 44

¹⁰³ Samningur um fastanefnd EFTA-ríkjanna, nr. 33/1993 Stjtið 1993. C-deild 1586 –1604

átta sinnum á ári og eru þá teknar endanlegar ákvarðanir um afstöðu EFTA-ríkjanna til nýrra reglna sem borist hafa frá ESB er snerta EES-samninginn. Nefndin er skipuð fulltrúa frá hverju EFTA-ríki og hefur hver fulltrúi eitt atkvæði í mótun hinnar samræmdu löggjafar en ákvarðanir eru að meginreglu teknar samhljóða.¹⁰⁴

5.5.2 Breytt framkvæmd á löggjafarferli innan ESB

Líkt og stuttlega hefur verið vikið að, hefur þróun EES-samningsins verið í átt til frekara valdframsals, en framkvæmd samningsins hefur einnig breyst að miklu leyti. Í skýrslu Alþingis um framkvæmd EES-samningsins frá árinu 2004 kemur fram að íslenskir embættismenn sem starfa á vettvangi samningsins hafi orðið þess varir að fulltrúar ESB taki nú minna tillit til hagsmuna EES-ríkjanna. Sú skýring hefur verið gefin að ekki sé lengur hægt að ætlast til þess að ESB veiti EES-ríkjunum sérstaka meðferð. Þetta er í samræmi við fyrri umfjöllun um skýrslu Utanríkisráðuneytisins varðandi stöðu Íslands í Evrópusamstarfi frá árinu 2000, en þar sagði að ESB-ríkin hefðu myndað sér þá skoðun að EES/EFTA-ríkin ættu ekki að vera betur sett en aðildarríki ESB.¹⁰⁵ Þá segir enn fremur í skýrslunni um framkvæmd EES-samningsins að áhugaleysi ESB á samningnum hafi varla leynt sér vegna þess að dæmi séu um að EES-ríkin hafi í raun gleymst í nýrri löggjöf ESB. Þá kemur einnig fram í skýrslunni að mörg dæmi séu um það að EES/EFTA-ríkjum hafi ekki verið veitt tækifæri til samráðs um nýja löggjöf í samræmi við 99. gr. EES-samningsins, sem líkt og áður hefur verið fjallað um kveður á um að leita skuli ráða hjá sérfræðingum EFTA á sama hátt og leitað er ráða hjá sérfræðingum ESB.¹⁰⁶

Í fyrrgreindri skýrslu um framkvæmd EES-samningsins var einnig rifjað upp að í upphafi hafi samstarf á grundvelli EES-samningsins mikið verið byggt á anda hans en ekki endilega samkvæmt orðanna hljóðan. Með því móti var EES-ríkjunum veittur mun greiðari aðgangur að ákvarðanatöku innan ESB í málefnum sem varða innri markaðinn en samningurinn beinlínis heimilar. Þá segir að í upphafi hafi Ísland haft greiðan aðgang að þeim nefndum sem fjallað var um hér að framan og sinna því hlutverki að

¹⁰⁴ Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013

¹⁰⁵ Halldór Ásgrímsson, „Staða Íslands í Evrópusamstarfi” (Utanríkisráðuneytið 2000) 76-77 <www.utanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/skyrsla.pdf> skoðað 30. mars 2013

¹⁰⁶ Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 - 551. mál.

undirbúa löggjöf ESB sem lýtur að innri markaðnum. Hins vegar hefur ESB á undanförunum árum breytt þeirri stefnu og látið af þeirri venju að túlka samninginn samkvæmt anda hans sbr. ofangreint, og þess í stað er samningurinn túlkaður þröngt og jafnvel einungis samkvæmt orðanna hljóðan. Umfjöllunin í skýrslunni heldur áfram á sömu nótum og segir að í kjölfar þeirrar takmörkunar sem ESB hefur sett aðkomu EES-ríkjanna að mótun löggjafar, hefur þeim verið meinaður aðgangur að undirbúningi reglugerða, sem hefur leitt til þess að EFTA-ríkin hafa talsvert minni möguleika á að koma málefnum sínum að en áður tíðkaðist.¹⁰⁷

5.6 Niðurstöður

Hér að framan hafa verið raktar þær leiðir sem Íslandi eru færar til þess að hafa áhrif á mótun og töku ákvarðana á vettvangi ESB. Af framangreindri umfjöllun má draga þá ályktun að áhrif Íslands í þessum málum séu ekki mikil að umfangi, en þátttaka í nefndum á vegum Framkvæmdastjórnarinnar virðist vera sá vettvangur sem einna helst sem veitir Íslandi og hinum EFTA-ríkjunum möguleika á að koma skoðunum sínum á framfæri varðandi mótun nýrrar löggjafar. Þeir möguleikar virðast þó hafa verið skertir með þeim auknu heimildum sem Amsterdam sáttmálinn færði Evrópuþinginu og Ráðherraráðinu til þess að hafa áhrif á löggjöf sambandsins. Líkt og áður sagði hafa EFTA-ríkin einungis aðgang að nefndum á vegum Framkvæmdastjórnarinnar sem á frumkvæðið að tillögum varðandi nýja löggjöf á sviði innri markaðarins en þær tillögur eru jafnframt endurskoðaðar af Evrópuþinginu og Ráðinu og því ekki alls kostar víst að skoðanir EFTA-ríkjanna, ef þær voru einhverjar, haldist í endanlegri útgáfu gerðanna. Þá farið yfir aðlaganir frá ESB gerðum sem Ísland hefur fengið samþykktar og fjallað um tillögur að aðlögunartexta fyrir reglugerð nr. 1093/2010 um Evrópska bankaeftirlitið. Í þeim efnum lagði höfundur til að farið yrði að fyrirmynd þeirrar aðlögunar sem gerð var á sviði lyfjamála en það fyrirkomulag hefur skilað góðum árangri. Þá var vikið að því neitunarvaldi sem EFTA-ríkjunum er veitt í 102. gr. EES-samningsins, en athyglisvert þykir að afleiðingar af beitingu slíks valds eru það afdrifamiklar að valdinu hefur aldrei verið beitt.

¹⁰⁷ Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 - 551. mál.

Með hliðsjón af því sem fram hefur komið má ljóst vera að það eru færar leiðir fyrir EFTA-ríkin til þess að innleiða umrædda reglugerð með sameiginlegri EES-laun. Hins vegar liggur fyrir að samþykki beggja stoða þurfi fyrir slíkri laun ef marka má ummæli Gianluca Grippa fulltrúa Framkvæmdastjórnar ESB á fyrrgreindum fundi þingmannanefndar EES. Þar sagði hann að skýr takmörk væru fyrir því hversu langt ESB gæti seilst þegar innri markaðurinn væri annars vegar þar sem aðaláherslan væri lögð á einsleitni og lagasamræmingu. Af ummælum Grippa má draga þá ályktun að ESB ætli ekki að vera sveigjanlegt hvað þetta varðar, því líkt og áður hefur verið fjallað um er Evrópska bankaeftirlitið stór hluti af áætlun Framkvæmdastjórnarinnar til þess að endurreisa bankakerfi og tryggja stöðugleika á fjármálamarkaði sem fjallað var ítarlega um í 3. kafla. Þar kom fram að sú áætlun er mikil að umfangi og mikið regluverk sem fylgir henni. Því er ekki að undra að Framkvæmdastjórnin taki ekki vel í hugmyndir þess efni að EFTA-ríkin fái undanþágu frá þeirri áætlun. Af þeirri ástæðu er vert að minnast á þá leið sem höfundur benti á hér að framan varðandi sambærilega laun og farin var í tilviki Lyfjastofnunar Evrópu varðandi að ákvarðanir stofnunarinnar séu teknar upp í ESS-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar og í kjölfarið taki EFTA-ríkin sambærilega ákvörðun. Álykta má að sú leið verði ekki til þess fallin að raska umræddri áætlun Framkvæmdastjórnarinnar og með þeim hætti gætu EFTA-ríkin tekið þátt í henni án þess að tveggja stoða kerfinu væri raskað.

6 Próun EES-samningsins í átt til aukins framsals

Í aðdraganda lögfestingar á samningnum um Evrópska efnahagssvæðið voru fræðimenn ekki á einu máli varðandi það hvort ákvæði samningsins samræmdust íslensku stjórnarskránni og svo virðist sem þær deilur séu langt frá því að vera afstaðnar því reglulega koma upp álitamál um framsal ríkisvalds vegna reglugerða og tilskipana sem innleiddar eru vegna skuldbindinga samkvæmt samningnum. Nýlegt dæmi um slíkt er reglugerð nr. 1093/2010 um stofnun Evrópska bankaeftirlitsins sem fjallað var um í köflunum hér á undan. Þær valdheimildir sem reglugerðin færir Evrópska bankaeftirlitnu verða nýlunda í íslenskri löggjöf að því leyti að ekki eru til eldri dæmi um það úrlausnarvald sem eftirlitinu og Evrópudómstólnum er falið í málum íslenskra fjármálafyrirtækja. Slíkt verður án efa talið framsal dómsvalds þar

sem það felur í sér bindandi niðurstöðu fyrir aðila máls án viðkomu innlendra dómstóla eða EFTA-dómstólsins.¹⁰⁸ Umfjöllun í kafla 5. hér á undan leiddi í ljós þær leiðir sem færar eru til þess að til þess að taka reglugerðina upp í EES-samninginn án þess að tveggja stoða kerfinu verði raskað. Þá stendur hins vegar eftir það vandamál sem snýr að framsali á valdheimildum til alþjóðlegra stofnana. Jafnvel þótt aðlögun muni fara fram á reglugerðinni þess efnis að stofnunum á vegum EFTA sé veitt það úrskurðarvald sem í reglugerðinni felst, í stað Evrópska bankaeftirlitsins, er engu að síður um framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana að ræða. Þetta vekur upp stjórnskipuleg álitafni en eftirfarandi umfjöllun er ætlað að greina nánar þessi álitafni og leitast verður við að finna lausn á þeim. Í þeim tilgangi verður rannsakað að hvaða leyti stjórnarskráin heimilar valdframsal og í því samhengi kannað hvers konar framsal á ríkisvaldi hefur fram til þessa þótt rúmast innan stjórnarskrárinnar. Þá verða jafnframt færð rök fyrir þörf á stjórnarskrárbreytingu til þess að mæta frekari þróun EES-samningsins í átt til aukins framsals en í því sambandi verður litið til stjórnarskráa Norðurlandanna og farið yfir þær heimildir til valdframsals sem þær hafa að geyma.

Í sögulegu samhengi verður fyrst vikið að þeim stjórnskipulegu álitafnum sem komu upp við aðildarviðræður að Evrópska efnahagssvæðinu árið 1992, en svipuð álitafni hafa nú vaknað með frekari þróun EES-samningsins og umsókn Íslands um aðild að Evrópusambandinu.

6.1 Stjórnskipuleg álitamál tengd aðild Íslands að EES-samningnum

Strax við gerð EES-samningsins vöknudu spurningar þess efnis hvort samningurinn rúmaðist innan marka stjórnarskrár. Var þessi þáttur veigamikill í umræðum á Alþingi en einnig meðal fræðimanna. Þann 14 apríl 1992 skipaði þáverandi utanríkisráðherra, Jón Baldvin Hannibalsson, nefnd sem leggja skyldi mat á það hvort EES-samningurinn, ásamt fylgisamningum, bryti í bága við stjórnarskrána. Nefndin, sem skipuð var hæstaréttardómaranum Þóri Vilhjálmsyni, lagaprófessorunum Gunnari G. Schram og Stefáni Má Stefánssyni ásamt Ólafi Walter Stefánssyni, þáverandi

¹⁰⁸ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Utanríkisráðuneytið 2012) 27

skrifstofustjóra í dóms- og kirkjumálaráðuneytinu.¹⁰⁹ Í álitinu komst nefndin að þeirri niðurstöðu að stjórnarskrárbreytingar væru óþarfar því EES-samningurinn og sú afleidd lagasetning bryti ekki í bága við íslensk stjórnskipunarlög, væri hann metinn út frá einstökum ákvæðum samningsins. Þá sagði einnig að hugsanlega myndi reynslan leiða í ljós að niðurstaða nefndarinnar þess efnis að reglurnar um vald EFTA-stofnana væru vel afmarkaðar, að þær fælu ekki í sér verulegt valdframsal og væru ekki íþyngjandi í ríkum mæli, myndi reynast röng.¹¹⁰ Í lokaorðum álitsins komst nefndin að þeirri niðurstöðu að samningurinn gæti ekki falið í sér óheimilt valdframsal. Þó setti nefndin fram þann fyrirvara að hugsanlega gæti sú staða síðar komið upp, með þróun samningsins að hann samræmdist ekki stjórnarskrá og þá bæri að framkvæma endurskoðun á stjórnarskrá enda um breyttar forsendur að ræða.¹¹¹ Þessi niðurstaða nefndarinnar var síðan lögð til grundvallar í málsmeðferð Alþingis og EES-samningurinn var lögfestur að óbreyttri stjórnarskrá.

Dr. Guðmundur Alfreðsson prófessor í þjóðarétti og mannréttindum sammála nefndinni. Í álitgerð sinni um EES-samninginn og stjórnarskrána frá 16. ágúst 1992¹¹² áréttar hann að með aðild að EES-samningnum sé ekki einungis um að ræða áður óþekkt framsal á fullveldi Íslands, heldur sé um algjört einsdæmi að ræða í stofnanagrein þjóðaréttarsins að ríki sé skuldbundið til þess að framselja yfirþjóðlegt framkvæmda- og dómsvald til alþjóðastofnunar án þess að ríkið sjálft eigi þar aðild.¹¹³ Björn Þ. Guðmundsson gagnrýndi einnig niðurstöður nefndarinnar í álitinu frá 22. júlí 1992. Þar varpaði hann fram þeirri spurningu hvar mörkin lægju milli annars vegar framsals sem er nægilega afmarkað, takmarkað og ekki verulega íþyngjandi og hins vegar framsals sem ekki uppfyllir þessi skilyrði.¹¹⁴ Í áður nefndri álitgerð dr. Guðmundar Alfreðssonar tók hann undir með Birni og sagði að hvergi væri að finna svör við þeirri spurningu hvar mörk framsalsins ættu að ligga.¹¹⁵ Ólafur Ragnar Grímsson núverandi forseti Íslands og þáverandi þingmaður flokks alþýðubandalagsins lýsti yfir stuðningi sínum við álitgerðir dr. Guðmundar og Björns Þ. í ræðu sinni á Alþingi þann 12. desember 1992, en þar sagði Ólafur Ragnar að í

¹⁰⁹ Alþt. 1992-93, A-deild, 2558

¹¹⁰ Alþt. 1992-93, A-deild, 710

¹¹¹ Alþt. 1992-93, A-deild, 713

¹¹² Alþt. 1992-93, A-deild, 737-758

¹¹³ Alþt. 1992-93, A-deild, 756

¹¹⁴ Alþt. 1992-93, A-deild, 714-715

¹¹⁵ Alþt. 1992-93, A-deild, 750-751.

álitsgerðunum væri að finna margþætt rök fyrir því að samningurinn um Evrópskt efnahagssvæði stangist á við grundvallarþætti í stjórnarskrá lýðveldisins. Hann lagði síðan áherslu á að allt frá því þessir tveir virtu fræðimenn lögðu fram ítarlegar álitsgerðir hefði enginn íslenskur lögfræðingur treyst sér til þess að leggja fram álitsgerð þar sem röksemdir þeirra væru hraktar. Ólafur Ragnar taldi því álitsgerðirnar tvær, sýna ótvírætt fram á að ekki væri hægt að samþykka samninginn um Evrópskt efnahagssvæði nema stjórnarskrá lýðveldisins yrði breytt.¹¹⁶

Þrátt fyrir að spurningunni væri enn ósvarað um hvar valdmörk framsals vegna EES-samstarfsins lægju, var samningurinn eins og áður sagði lögfestur að óbreyttri stjórnarskrá. Stjórnskipuleg álitaefni vöknúðu síðan á nýjan leik við inngöngu Íslands í Schengen-samstarfið árið 2001 og í það sinn voru fengnir þrír lagaprófessorar úr Háskóla Íslands til þess að skrifa tvö álit. Niðurstöður álitsgerðanna voru þær að Schengen-samningarnir rúmuðust innan ramma stjórnarskrárinnar. Þó sögðu þeir æskilegra að skjóta frekari stoðum undir heimildir Íslands til milliríkjasamstarfs með breytingum á stjórnarskrá þannig að sérstakur vafi risi ekki í hvert sinn sem nýtt skref til aukinnar alþjóðlegrar samvinnu væri stigið.¹¹⁷

Líkt og ráða má af framangreindri umfjöllun, hefur allt frá árinu 1992 verið litið svo á að framsal þess ríkisvalds sem EES-samningnum hafði í för með sér væri á þröngu og afmörkuðu sviði og innan þeirra marka sem stjórnarskráin leyfði, án þess að breytinga á henni væri þörf. Á sama tíma var þó bent á að þær forsendur kynnu að breytast eftir því sem samningurinn þróaðist, en ljóst er að ör þróun hefur orðið á reglum ESB-réttarins og miklu verið bætt við EES-samninginn síðan þessi umræða var í hámarki og álitsgerðirnar settar fram.

6.2 Forsendur hafa breyst verulega frá upphaflegri aðild að EES-samningnum

Síðan EES-samningurinn tók gildi hefur inntak hans verið í stöðugri þróun og með upptöku ESB-gerða inn í samninginn og innleiðingu EES-reglna hefur verið farið inn á

¹¹⁶ Alþt. 1992-93, B-deild, 29. mál, 6. fundur, (Ólafur Ragnar Grímsson) skoðað 30. mars 2013.

¹¹⁷ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins: skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitaefni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Forsætisráðuneytið 2007) 26 <www.forsaetisraduneyti.is/media/frettir/SkyrslaEvropunefndar-.pdf> skoðað 7. apríl 2013.

brautir sem ekki var upprunalega gert ráð fyrir í samningnum.¹¹⁸ Einsleitnismarkmið EES-samningsins kemur fram í ýmsum myndum innan samningsins en hann gerir ráð fyrir að vera reglulega uppfærður í samræmi við setningu nýrra gerða innan ESB. Samningurinn gerir einnig ráð fyrir samvinnu við stofnanir sem hafa það hlutverk að tryggja að einsleitnismarkmiðið sé virt og ákvæði EES-samningsins séu samsvarandi reglum EB-réttar.¹¹⁹

Við undirbúning aðildar Íslands að EES-samningnum árið 1992, var litið svo á að framsal þess ríkisvalds sem þá leiddi af samningnum væri á þröngu og afmörkuðu sviði og innan þeirra marka sem óbreytt stjórnarskrá leyfði. Einnig var skýrlega bent á að þær forsendur kynnu að breytast eftir því sem samningurinn þróaðist, en ljóst er að það hefur gengið eftir. Á undanförunum árum hafa stöðugt fleiri álitaeftir vaknað um hvort farið sé út fyrir mörk stjórnarskrárinnar með þróun EES-samningsins og innleiðingu nýrra gerða sem stefna að auknu valdframsali. Auk þessi hafa ný svið alþjóðlegar samvinnu á borð við Schengen-samstarfið komið til sögunnar þar sem einnig reynir á takmarkað framsal framkvæmdavalds í tengslum við sameiginlegt landamæraeftirlit á ytri landamærum.¹²⁰

Þannig hafa forsendur breyst í ýmsu tilliti frá því að samningurinn tók gildi en EES-samningurinn er umfangsmesti milliríkjasamningur sem Ísland hefur gert og með samningnum er íslenskum einstaklingum og lögaðilum veittur aðgangur að innri markaði ESB og grundvöllur lagður fyrir opnum og frjálsum markaði ásamt öflugum rannsóknar- og þróunarstarfi hér á landi.¹²¹ Hins vegar er fullveldisafsalið orðið mun víðtækara en gert var ráð fyrir í upphafi og þrátt fyrir að mikilvægt sé að tryggja að rekstur samningsins ákjósanlega, er afsalið orðið slíkt að telja verður óhjákvæmilegt að breyta stjórnarskránni og auðvelda þannig alþjóðasamstarf.

¹¹⁸ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1079 – 621. mál.

¹¹⁹ Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska Efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011) 123-124

¹²⁰ Björg Thorarensen, „Minnisblað um vinnu lagahóps samninganefndar Íslands í aðildarviðræðum við ESB og 111. gr. frv. til stjórnskipunarlaganna um heimildir til framsals ríkisvalds“ (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012)

<www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 15. mars 2013

¹²¹ Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 1229 — 761. mál.

6.3 Er þörf á stjórnarskrárbreytingu?

Lengi hefur verið rætt um hvort þörf sé á stjórnarskrárbreytingu en líkt og fjallað var um hér að framan hefur fjöldi fræðimanna bent á nauðsyn þess að einhversstaðar þurfi að draga mörkin milli leyfilegs og óleyfilegs framsals ríkisvalds til alþjóðastofnana. Til að mynda hefur Davíð Þór Björgvinsson bent á að stjórnarskráin sé fáorð um utanríkismál og ekki verði talið að þar sé að finna heimild til framsals ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana¹²² Þá hefur hann einnig bent á nauðsyn þess að taka upp ákvæði um framsal valdheimilda ríkisins í stjórnarskrána.¹²³ Dr. Guðmundur Alfredsson tekur einnig í sama streng í fyrrgreindri álitsgerð sinni um EES-samninginn og stjórnarskrána.¹²⁴

Að sama skapi vakna einnig spurningar hvort tímabært sé að tryggja sjórnskipulegan grundvöll EES-samningsins með því að gera ráð fyrir framsali til alþjóðastofnana með frekari þróun hans auk þess sem núverandi fyrirkomulag felur ekki í sér fullnægjandi heimild fyrir því viðtæka framsali sem myndi felast í aðild að ESB. Í því sambandi má nefna að nái tillögur Stjórnlagaráðs til nýrrar stjórnarskrár fram að ganga, mun stjórnarskráin veita heimild til þess að ríkisvald verði framselt til alþjóðastofnana að tilteknum skilyrðum uppfylltum og verður því innleiðing reglugerða í líkingu við þær sem hér hafa verið til umfjöllunar, án allra annmarka og án stjórnskipulegra álitaeftna. Nánar verður fjallað um þær tillögur hér á eftir ásamt því að skoðað verður hvernig stjórnarskrár Norðurlandanna hafa tekið breytingum til þess að auðvelda fyrir alþjóðasamstarfi. Fyrst verður hins vegar fjallað um stjórnarskrána í núverandi mynd og leitast við að finna vísbendingar í henni um heimildir til valdframsals.

6.3.1 Stjórnarskráin og framsalsheimildir

Stjórnarskrá Íslands nr. 33/1944 gerir ekki ráð fyrir framsali á fullveldi en endurskoðun á stjórnarskránni hefur aldrei farið fram líkt og algengt var í öðrum ríkjum innan Evrópu eftir síðari heimsstyrjöldina sem bættu við framsalsákvæðum í stjórnarskrár sínar.¹²⁵ Einna helst eru það 2., 21., og 60. gr. stjórnarskrárinnar sem gefa einhverja

¹²² Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, (Bókaútgáfan Codex 2006) 431

¹²³ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, (Bókaútgáfan Codex 2006) 481, 483

¹²⁴ Alþt.1992-93, A-deild, 716-736.

¹²⁵ Krístrún Heimisdóttir, „Stjórnarskrárbundin fullveldi Íslands” (2003) 53 *Tímarit lögfræðinga* 19, 41

vísbendingu um hvers konar framsal er heimilt. Um þær vísbendingar verður fjallað nánar í undirköflunum hér á eftir.

6.3.1.1 Um 2. gr. stjórnarskrárinnar

2. gr. stjórnarskrárinnar fjallar um skiptingu ríkisvalds. Þar segir:

Alþingi og forseti Íslands fara saman með löggjafarvaldið. Forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið. Dómendur fara með dómsvaldið.

Í fyrrgreindri álitserð sem unnin var af nefnd þeirri er utanríkisráðherra skipaði árið 1992 til þess að meta hvort EES-samningurinn bryti í bága við íslensku stjórnarskrána, segir um 2. gr. hennar að hvorki í þessari grein né í öðrum greinum stjórnarskrárinnar sé þess getið að heimilt sé að fela alþjóðlegum stofnunum það ríkisvald sem ákvæðið tekur til. Þá taldi nefndin að það ætti alls ekki að túlka inntak ákvæðisins þannig að ekki megi fela alþjóðlegum stofnunum hluta af því valdi sem hér um ræðir. Þá sagði nefndin ennfremur: „*Ekki er tekið fram að þetta skuli vera alíslensk stjórnvöld og hugsanlegt er að alþjóðastofnanir séu stjórnvöld eftir 2. gr.*”¹²⁶

Af þessu má ráða að niðurstaða Björns Þ. Guðmundssonar og dr. Guðmundar Alfredssonar lá þvert á niðurstöðu nefndarinnar, en að þeirra mati er það augljóst að 2. gr. stjórnarskrárinnar eigi einungis við um íslenska aðila.

6.3.1.2 Um 21. gr. stjórnarskrárinnar

Samkvæmt núverandi fyrirkomulagi íslensku stjórnarskrárinnar er aðeins eitt ákvæði sem fjallar um samskipti Íslands við önnur ríki en í 21. gr. segir:

Forseti lýðveldisins gerir samninga við önnur ríki. Þó getur hann enga slíka samninga gert, ef þeir hafa í sér fólgið afsal eða kvaðir á landi eða landhelgi eða ef þeir horfa til breytinga á stjórnarhögum ríkisins, nema samþykki Alþingis komi til.

¹²⁶ Alþt. 1992, A-deild, þskj. 30 – 29. mál

Með orðalagi 21. gr. stjórnarskrárinnar er átt við að ráðherra annist gerð þjóðréttarsamninga, undirriti þá og fullgildir ásamt forseta Íslands að því gefnu að skilyrði þau sem koma fram í tilvitnuninni hér að ofan eigi ekki við. Ef um kvaðir, afsal eða stjórnarhagi ríkisins er að ræða þá er það stjórnskipuleg nauðsyn að leita samþykkis Alþingis. Af þessu má ráða að samþykki Alþingis er ekki almennt skilyrði fyrir því að samningar við önnur ríki séu fullgiltir heldur sé það aðeins nauðsynlegt ef fyrrgreind tilvik eiga við.¹²⁷ Ríkisstjórn er því óheimilt að leita eftir fullgildingu slíkra samninga sé samþykki Alþingis ekki fyrirbyggjandi. Í framkvæmd hefur þetta ferli farið þannig fram að sé þörf á samþykki Alþingis fyrir þjóðréttarsamningi þá er þess leitað að lokinni samningsgerð, það er þegar texti samningsins hefur verið fullunninn og undirritaður af fulltrúum beggja ríkja. Þessi framkvæmd sýnir að ákvæði 21. gr. hafi ekki verið túlkað þannig að Alþingi verði fyrirfram að veita samþykki fyrir samningsgerðinni eða afmarka samningsefnið á einn eða annan hátt. Þegar þessa samþykkis er leitað skv. 21. gr. er það utanríkisráðherra sem leggur fram tillögu til þingsályktunar þess efnis að Alþingi veiti ríkisstjórninni heimild til þess að fullgilda viðkomandi samning. Lagabreyting að frumkvæði þess ráðherra er málið heyrir undir þarf að fylgja í kjölfarið til þess að unnt sé að efna þær skuldbindingar sem samningnum fylgja. Í þessu sambandi er vert að nefna að dæmi eru um að í slíku frumvarpi sé bæði leitað eftir heimild til þess að fullgilda viðkomandi samning ásamt því sem mælt sé fyrir um lögfestingu hans, en slíkt fyrirkomulag er að finna í 1. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Þó ber að nefna að það heyrir til undantekninga að þjóðréttarsamningar séu lögfestir hér á landi í heild sinni. Þegar Alþingi hefur veitt samþykkis sitt skv. 21. gr. stjórnarskrárinnar, er næsta skref að forseti og utanríkisráðherra staðfesti viðkomandi milliríkjasamning. Í kjölfar staðfestingar getur fullgilding samningsins átt sér stað í samræmi við reglur þjóðaréttar. Við fullgildingu stofnast þjóðréttarleg skuldbinding íslenska ríkisins samkvæmt samningnum en ofast nær ber að miða við það tímamark nema samningurinn sjálfur kveði á um síðari gildistökudag.¹²⁸

¹²⁷ Krístrún Heimisdóttir, „Stjórnarskrárbundin fullveldi Íslands” (2003) 53 Tímarit lögfræðinga 19, 42

¹²⁸ Sama heimild 22

Í ritinu „Skýringar við stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands” sem Forsætisráðuneytið gaf út árið 2005 segir að með „afsali á landi” sé átt við afsal yfirráðaréttar íslenska ríkisins á landi með milliríkjasamningi en ákvæðið er talið taka til yfirfærslu á eignarrétti ríkisins, t.d. við sölu ríkisjarða. Orðalagið „kvaðir á landi eða landhelgi“ hefur verið skýrt á þann hátt að um takmörkuð yfirráð annars ríkis yfir landi eða landhelgi sé að ræða. Þessu til útskýringar mætti nefna að samningar sem veita erlendum ríkjum heimild til fiskveiða eða nýtingu annarra auðlinda í íslenskri efnahagslögsögu, myndu fela í sér kvaðir í skilningi 21. gr. og verður Alþingi að veita samþykki fyrir slíkri samningsgerð áður en fullgilding fer fram. Í fyrrgreindu skýringariti Forsætisráðuneytisins koma einnig fram ýmsar vangavelur varðandi hugtakið „stjórnarhagir” í 21. gr. og hvaða merking sé í því fólgin. Þar segir að orðalagið „breytingar á stjórnarhögum” megi túlka sem svo að einungis sé um breytingar á málefnum sé að ræða sem skipað sé í stjórnarskrá en þó er sá fyrirvari settur að sú skýring sé of þröng. Þegar skýringaritið var gefið út árið 2005 hafði aðild Íslands að milliríkjasamningi enn ekki kallað á breytingar á stjórnarskránni þrátt fyrir að aðild að EES-samningnum hafi falið í sér ýmsar umræður þess efnis. Á síðustu áratugum hefur sú venja skapast að samþykkis Alþingis hefur verið leitað þegar þjóðréttarskuldbindingar samnings verða ekki uppfylltar nema með breytingum á lögum. Þegar milliríkjasamningar eru þannig úr garði gerðir, verður að leggja þann skilning til grundvallar að ákvæði slíkra samninga horfi í reynd til breytinga á stjórnarhögum líkt og orðalagið í 21. gr. segir til um. Að lokum er bent á það í skýringarritinu að mikilvæg pólitískt málefni falli utan þeirrar skyldu sem leidd verði af 21. gr. um öflun samþykkis Alþingis, en dæmi eru um að ríkisstjórn hafi leitað samþykkis Alþingis í slíku tilviki.¹²⁹ Ljóst er að um margra ára skeið hefur umræða verið til staðar um nauðsyn þess að breyta stjórnarskránni á þann veg að hún heimili valdframsal til alþjóðastofnana sem Ísland á aðild að en stjórnarskráin í núverandi mynd er þögnul hvað slíkar heimildir varðar.

¹²⁹ Forsætisráðuneytið, „Skýringar við stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands. Sérfræðinganevnd um endurskoðun stjórnarskrárinnar” 22 <www.forsaetisraduneyti.is/media/frettir/skyringar.pdf> skoðað 15. febrúar 2013

6.3.1.3 Um 60. gr. stjórnarskrárinnar

Í 60. gr. segir orðrétt:

Dómendur skera úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda. Þó getur enginn, sem um þau leitar úrskurðar, komið sér hjá að hlýða yfirvaldsboði í bráð með því að skjóta málinu til dóms.

Í álitgerð dr. Guðmundar Alfredssonar frá 16. júlí 1992, ræðir hann að í stjórnarskránni sé ekki að finna heimild til framsals á dómssvaldi til alþjóðlegra dómstóla sem kveðið gætu upp dóma með bindandi niðurstöðu að landsrétti. Slíkt framsal væri að mati dr. Guðmundar eitt skýrasta dæmið um þau stjórnarskrárbrot sem hann taldi að lögfesting EES-samningsins myndi leiða af sér. Enn fremur segir í álitinu að ekki séu til fordæmi um slíka niðurstöðu, en dr. Guðmundur telur hana óheimila að óbreyttri 2. gr. stjórnarskrárinnar með hliðsjón af 60. og 61. gr.¹³⁰

Þá segir meðal annars í álitgerð nefndar utanríkisráðherra frá 6. júlí 1992, að samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar séu það dómendur sem skeri úr um allan ágreining varðandi embættistakmörk yfirvalda. Þetta telur nefndin hins vegar að dómstólar geti ekki gert, að því marki sem framkvæmdavald hefur verið framselt til ESA og dómssvald til EFTA-dómstólsins.¹³¹

Af þessu orðalagi nefndarinnar má draga þá ályktun að dómssvald íslenskra dómstóla nái ekki til ágreinings varðandi embættistakmörk yfirvalda sem framseld hafa verið til EFTA-dómstólsins og ESA.

6.4 Stjórnskipuleg álitaefni vegna valdheimilda Evrópska bankaeftirlitsins

Valdheimildum EBA voru gerð ítarleg skil í 4. kafla en þar kom fram að meðal þeirra bindandi og íþyngjandi heimilda sem eftirlitið býr yfir er að banna eða takmarka tiltekna fjármálastarfsemi og ganga valdheimildirnar það langt að EBA getur stöðvað starfsemi fjármálafyrirtækis undir tilteknum kringumstæðum. Ágreiningi um lögmæti

¹³⁰ Alþt. 1992-93, A-deild, 750

¹³¹ Alþt. 1992-93, A-deild, 688.

ákvarðana í framangreindum tilvikum verður skotið til áfrýjunarnefndar Evrópsku eftirlitsstofnananna og Evrópudómstólsins sbr. 60. og 61. gr. reglugerðarinnar en slíkar ákvarðanir koma ekki til endurskoðunar hjá íslenskum dómstólum eða EFTA-dómstólnum. Þetta gefur tilefni til þess að skoða sérstaklega hvort um heimilt framsal á dómssvaldi sé að ræða miðað við fullveldi landsins.

Fjallað var um 60. gr. stjórnarskrárinnar hér að framan en þar segir að dómendur eigi að skera úr um allan ágreining varðandi embættistakmörk yfirvalda. Með ákvæðinu er þannig tryggt að einstaklingar og lögaðilar á íslensku yfirráðasvæði geti borið ágreining um athafnir stjórnsýsluaðila undir íslenska dómstóla.

Björg Thorarensen telur að líta megi svo á að ákvæðið veiti stjórnarskrárbundna vernd fyrir slíkum athöfnum og ákvæðið geti því mögulega girt fyrir að ákvörðunarvald verði fært út úr landinu með þjóðréttarsamningum til alþjóðastofnunar með þeim afleiðingum að réttarvernd innlendra dómstóla skv. 60. gr. standi ekki lengur til boða.¹³² Þetta fyrirkomulag hefur í för með sér áður óþekkt framsal á dómssvaldi til alþjóðastofnana en í þessu sambandi má þó nefna þá heimild sem ESA, er veitt í 1. mgr. 27. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, en þar segir að þegar íslenskur dómstóll tekur til úrslausnar álitamál sem varðar samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 53. og 54. gr. EES-samningsins í máli sem ESA hefur haft til meðferðar og tekið ákvörðun í því tiltekna máli sem um ræðir, má úrlausn íslenska dómstólsins ekki brjóta í bága gegn þeirri niðurstöðu.¹³³ ESA hefur að nokkru leyti hliðstætt hlutverk og Framkvæmdastjórn ESB þegar kemur að eftirliti. Eftirlitshlutverk ESA felst í því að aðildarríkin efni skuldbindingar sínar samkvæmt EES-samningnum. ESA gegnir einnig því hlutverki að fylgjast með því að reglur samningsins séu rétt innleiddar í landsrétt og sjá til þess að stjórnvöld fylgi þeim eftir.¹³⁴ Hið almenna eftirlitsvald ESA beinist því að mestu leyti að íslenska ríkinu og stofnunum þess en ekki einstaklingum og lögaðilum. Undantekningu frá þessu er þó að finna á sviði samkeppnismála, en með aðild að EES-samningnum var ESA veitt heimild til þess að taka ákvarðanir um álagningu sekta sem hafa bein réttaráhrif fyrir einstaklinga og lögaðila. Í sumum

¹³² Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“ (2012) 3 Útljótur 271, 289

¹³³ Ákvæðið kom nýtt inn í íslensk samkeppnislög árið 2005 í samræmi við breytingar á reglugerð EB um framkvæmd samkeppnisreglna. (1. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003).

¹³⁴ Handbók Stjórnarráðsins um EES (Útanríkisráðuneytið 2005) 13-14

tilvikum hafa eftirlitsaðilar ESB einnig sömu sektarheimild. Fyrirkomulagið í 1. mgr. 27. gr. samkeppnislaganna leiddi til þess að framkvæmdarvald var framselt til stofnana EFTA og ESB og í reynd er þetta eina dæmi þess að íslenskir dómstólar séu formlega bundnir af ákvörðunum alþjóðlegra stofnana við úrlausn mála.¹³⁵ Hins vegar verður það úrlausnarvald í málum íslenskra fjármálafyrirtækja sem Evrópuþómstólum er falið í reglugerðinni, án efa talið framsal dómsvalds þar sem það felur í sér bindandi niðurstöðu fyrir aðila máls án viðkomu innlendra dómstóla eða EFTA-dómstólsins.¹³⁶ Viðurkennt hefur verið að EFTA-dómstólum sé falið úrlausnarvald vegna ágreinings um túlkun á ákvæðum þjóðréttarsamnings sem hefur í för með sér skyldur sem íslenska ríkið eða stofnanir þess þurfa að uppfylla, en ekki hefur verið talið að viðurkenning slíks dómsvalds feli í sér framsal dómsvalds.¹³⁷

Líkt og fjallað hefur verið um hér að ofan gerir reglugerðin ráð fyrir að ágreiningi varðandi þær ákvarðanir sem EBA tekur gagnvart lögbærum stjórnvöldum og fjármálafyrirtækjum á Íslandi, verði fyrst skotið til áfrýjunarnefndar eftirlitsstofnananna sjálfra og þaðan til endanlegs úrskurðar hjá Evrópuþómstólum með bindandi niðurstöðu. Slíkt fyrirkomulag á sér enga hliðstæðu í núverandi skipan, og ef það fer svo að reglugerðin verði innleidd óbreytt í íslenskan rétt liggur það ljóst fyrir að mun lengra verður gengið í framsali dómsvalds en EES-samningurinn gerir ráð fyrir auk þess sem heimildir EBA til afskipta og inngríps í starfsemi fjármálafyrirtækja verður að skilgreinast sem framsal á framkvæmdavaldi.

6.5 Tillögur að breytingu á stjórnarskránni sem veitir Alþingi heimild til þess að framselja ríkisvald til alþjóðlegrar stofnunar

Með ályktun Alþingis frá 24. mars 2011 var Stjórnlagaráði falið að gera tillögur um breytingar á stjórnarskrá. Tillögum ráðsins var síðan breytt í lagafrumvarp sem fulltrúar Stjórnlagaráðs samþykktu einróma þann 27. júlí 2011. Frumvarpið var síðan afhent

¹³⁵ Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“ (2012) 3 Úlfjótur 271, 298

¹³⁶ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn“ (Útanríkisráðuneytið 2012) 31

<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

¹³⁷ Mælt var fyrir um stofnun EFTA-dómstólsins í 2. mgr. 108. gr. EES-samningsins og sérstökum samningi milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls frá 2. maí 1992.

forseta Alþingis þann 29. júlí 2011.¹³⁸ Í frumvarpinu eru lagðar fram tillögur að hinum ýmsu breytingum sem nauðsynlegar eru til þess að bregðast við örri þróun í alþjóðasamvinnu Ísland er þátttakandi og þeim margþættu áhrifum sem þjóðréttarskuldbindingar hafa á íslenskt samfélag og réttarkerfi.¹³⁹ Þess ber að geta að alls er óvíst hvort tillögur Stjórnlagaráðs í heild sinni nái fram að ganga en sú tillaga sem hér verður til umfjöllunar um framsal ríkisvald gefur engu að síður ágæta hugmynd að fyrirkomulagi sem hefur borið góðan árangur í Danmörku og Noregi, en tillagan er að meginstefnu byggð á sambærilegum ákvæðum í stjórnarskrám þeirra.

Í álitum Bjargar Thorarensen sem utanríkismálanefnd Alþingis óskaði eftir í desember 2012, um VIII. kafla frumvarps til stjórnskipunarlaganna sem fjallar um utanríkismál, kemur fram að í gegnum tíðina hafi löggjafanum verið veitt ákveðið svigrúm til rýmri túlkunar á ákvæðum stjórnarskrárinnar svo möguleikar Íslands í alþjóðlegu samstarfi væru ekki óþarflega takmarkaðir. Jafnframt er Björg þeirrar skoðunar að forsendur hafi breyst í verulegum atriðum á undanförunum 20 árum frá því að EES-samningurinn var undirritaður árið 1992, og séu því tillögur frumvarpsins til þess fallnar að mæta breyttum aðstæðum.¹⁴⁰ Þá segir í álitinu að ákvæði frumvarpsins stefni að því að tryggja að ákvörðun um aðild Íslands að Evrópusambandinu eða mögulega öðrum alþjóðastofnunum í framtíðinni sem kalli á *verulegt framsal* valdheimilda verði ávallt háð samþykki þjóðarinnar í bindandi atkvæðagreiðslu.¹⁴¹ Ákvæði frumvarpsins sem hér verður til skoðunar er 111. gr. sem lýtur að framsali ríkisvalds. Eftirfarandi umfjöllun er að hluta til unnin með hliðsjón af þessu álitum Bjargar Thorarensen.

6.5.1 Um 111. gr. Framsal ríkisvalds

111. gr. frumvarps til stjórnskipunarlaganna hljóðar svo:

Heimilt er að gera þjóðréttarsamninga sem fela í sér
framsal ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana sem Ísland á

¹³⁸ Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 3 – 3. mál.

¹³⁹ Stjórnlagaráð, „Frumvarp til stjórnskipunarlaganna ásamt skýringum” (Samskipti ehf 2011) 26 <www.stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/Frumvarp_med_skyringum.pdf> skoðað 11. apríl 2013.

¹⁴⁰ Björg Thorarensen, „Sjónarmið og athugasemdir vegna ákvæða VIII. kafla frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um utanríkismál o.fl.” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/959, Komudagur 09.12.2012, 9. desember 2012) <www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=959> skoðað 30. mars 2013.

¹⁴¹ Sama heimild

aðild að í þágu friðar og efnahagssamvinnu. Framsal ríkisvalds skal ávallt vera afturkræft. Með lögum skal afmarka nánar í hverju framsal ríkisvalds samkvæmt þjóðréttarsamningi felst. Samþykki Alþingi fullgildingu sammings sem felur í sér framsal ríkisvalds skal ákvörðunin borin undir þjóðaratkvæði til samþykktar eða synjunar. Niðurstaða slíkrar þjóðaratkvæðagreiðslu er bindandi.

Ákvæðið leggur til að Alþingi verði veitt heimild til þess að taka ákvörðun um að framselja ríkisvald til alþjóðlegrar stofnunar sem starfar að tilteknum markmiðum og nánar skuli afmarka slíkt framsal með lögum. Framsalið þarf að vera í þágu friðar og efnahagssamvinnu en slíkt skilyrði er meðal annars að finna í 93. gr. norsku stjórnarskrárinnar þar sem vísað er til alþjóðastofnunar um frið og öryggi en nánar verður fjallað um það í kafla 6.6.1. hér á eftir.

Í álitum Bjargar Thorarensen segir í umfjöllun um 111. gr. að rökrétt sé að afmarka hvert sé markmið þeirra alþjóðastofnana sem taka við því valdi sem Ísland hugsanlega framselur. Björg telur að lítillaga megi víkka út tilvísunina varðandi *frið og efnahagssamvinnu*. Sem dæmi nefnir hún að við þetta megi bæta við markmiði á borð við „réttarvörslu“ og undir það mætti svo til að mynda fella Schengen samstarfið sem snýr einkum að ákvörðunum um að framfylgja lögum og reglum um landamæraeftirlit og annarri samvinnu löggæsluyfirvalda í Evrópu. Í álitinu segir enn fremur að líta megi til fyrirmýnda í öðrum norrænum stjórnarskrám sem hafi opnara orðalag. Í því sambandi er vísað til ákvæða 20. gr. dönsku stjórnarskrárinnar og 93. gr. norsku stjórnarskrárinnar sem séu samhljóða að hluta, en þar er vísað til stofnana sem vinna að *réttarskipan og samvinnu á milliríkjagrundvelli*.¹⁴² Nánar verður fjallað um stjórnarskrár Norðurlandanna í kafla 6.6. hér á eftir.

Í 111. gr. frumvarpsins segir einnig að framsal verði ávallt að vera afturkræft en slíkt skilyrði verður að teljast nauðsynlegt ef sá möguleiki er fyrir hendi að forsendur framsalsins breytist. Líkt og ítarlega hefur verið fjallað um í köflunum hér á undan stendur nú fyrir dyrum að innleiða reglugerð ESB um Evrópskt bankaeftirlit í íslenskan

¹⁴² Björg Thorarensen, „Sjónarmið og athugasemdir vegna ákvæða VIII. kafla frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um utanríkismál o.fl.“ (Alþingi, erindi nr. Þ 141/959, Komudagur 09.12.2012, 9. desember 2012) <www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=959> skoðað 30. mars 2013.

rétt. Fram hefur komið að reglugerðin geri ráð fyrir meira framsali framkvæmdarvalds en áður hefur komið til álita innan EES-samstarfsins og ætla má að hún verði ekki innleidd í íslenskan rétt að óbreyttri stjórnarskrá.

Í fyrrgreindu álitu segir Björg að hún telji ákvæði 111. gr. frumvarpsins mjög þarft, ekki síst fyrir þær sakir að með því myndist stjórnskipuleg stoð fyrir framsali ríkisvalds á vettvangi EES-samstarfsins. Til dæmis myndi það veita heimild fyrir innleiðingu á reglugerð um Evrópska bankaeftirlitið en ekki þyrfti að gera ráð fyrir sérstakri málsmeðferð á Alþingi, þ.e. að aukinn meirihluta atkvæða þurfi til að samþykkja slíkt framsal eins og finna má dæmi um í stjórnarskrám annarra Norðurlanda.

Alþingi getur ákveðið að efna til þjóðaratkvæðagreiðslu um tiltekið málefni eða lagafrumvarp og fer um framkvæmd slíkrar atkvæðagreiðslu eftir lögum nr. 91/2010. Hins vegar er enga stjórnskipulega skyldu að finna í núgildandi stjórnarskrá til þess að bera ákvörðun um aðild að þjóðréttarsamningum eða alþjóðastofnunum undir þjóðaratkvæði. Í niðurlagi 111. gr. frumvarpsins segir að samþykki Alþingi fullgildingu samnings sem felur í sér framsal ríkisvalds skuli ákvörðunin borin undir þjóðaratkvæði til samþykktar eða synjunar. Í álitu sínu segir Björg það ótvírætt að slíkur áskilnaður muni verða til þess fallinn að tryggja að ákvörðun um aðild Íslands að Evrópusambandinu, eða mögulega öðrum alþjóðastofnunum í framtíðinni sem feli í sér verulegt framsal valdheimilda allra þátta ríkisvalds, verði ávallt háð samþykki þjóðarinnar í bindandi atkvæðagreiðslu. Hún telur það mun betri stjórnskipulegan farveg heldur en ráðgefandi þjóðaratkvæðagreiðsla um efnið líkt og lagt var til í umræðu Alþingis um þingsályktunartillögu um aðildarumsókn Íslands að Evrópusambandinu. Í ljósi þess að um mikilvægt frávík sé að ræða frá núgildandi 2. gr. stjórnarskrárinnar sem mælir fyrir um handhöfn ríkisvalds, segir Björg að rökrétt sé að tryggja að þjóðin eigi lokaorðið um það með bindandi niðurstöðu. Þá leggur hún til að hugsanlega megi mæla svo fyrir að feli lög í sér *heimildir til framsals á valdheimildum allra þátta ríkisvaldsins*, eða hugsanlega á sviði *löggjafarvalds og dómsvalds*, skuli þau borin undir þjóðaratkvæði. Í því sambandi má nefna að í aðdraganda aðildar annarra Norðurlanda að ESB, var málefnið borið undir þjóðaratkvæðagreiðslu. Í Danmörku var það árið 1972 og í Finnlandi og Svíþjóð árið 1994. Þess má geta að aðildarsamningur

Noregs við ESB hefur tvisvar verið borinn undir þjóðaratkvæði og í bæði skiptin, árið 1972 og 1994, var hann felldur.¹⁴³

Þann 27. mars sl. samþykkti Alþingi frumvarp til stjórnskipunarlaganna um breytingu á stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum. Í breytingunni felst að lögð er til tímabundin heimild til þess að breyta stjórnarskránni með öðrum hætti en 79. gr. hennar gerir ráð fyrir. Með breytingunni verður því heimilt að afgreiða stjórnarskrárbreytingar óháð þingkosningum en í staðinn er það áskilið að breytingarnar þurfi bæði aukinn meiri hluta á Alþingi og í þjóðaratkvæðagreiðslu.¹⁴⁴

Í frumvarpinu felst nýtt tímabundið breytingarákvæði stjórnarskrárinnar en þar segir orðrétt í 1. gr.:

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. 79. gr. er heimilt, fram til 30. apríl 2017, að breyta stjórnarskránni með eftirfarandi hætti: Samþykki Alþingi frumvarp til laga um breytingu á stjórnarskrá með minnst $\frac{3}{5}$ hlutum greiddra atkvæða skal það borið undir atkvæði allra kosningarbærra manna í landinu til samþykktar eða synjunar. Atkvæðagreiðslan skal fara fram í fyrsta lagi sex mánuðum og í síðasta lagi níu mánuðum eftir samþykkt frumvarpsins á Alþingi.

Tilgangur frumvarpsins er sagður vera að ná sem víðtækastri sátt á Alþingi um framhald og lyktir þeirrar víðtæku endurskoðunar stjórnarskrárinnar sem staðið hefur yfir undanfarin ár.¹⁴⁵ Ljóst er að tafir hafa verið á fyrirtöku frumvarps til nýrra stjórnskipunarlaganna um nokkurt skeið og virðist sem Alþingi sé með fyrir greindri breytingu að ryðja veginn fyrir nýja ríkisstjórn sem mun væntanlega þurfa að taka málið fyrir með endanlegri niðurstöðu.

¹⁴³ Björg Thorarensen, „Greinargerð um breytingar á stjórnarskrá sem tengjast mögulegri aðild Íslands að Evrópusambandinu og leiðir til að leita samþykkis þjóðarinnar fyrir aðild” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012) 7
<www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 31. mars 2013

¹⁴⁴ Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1139 - 641. mál.

¹⁴⁵ Sama heimild.

6.6 Heimildir í stjórnarskrám Norðurlandanna til framsals á ríkisvaldi

Í umfjöllun sem þessari er til samanburðar rétt er að líta til stjórnarskráa Norðurlandanna. Margar af þeim nýju stjórnarskrám sem settar voru í Evrópu um miðja 20. öld voru uppfærðar í samræmi við þá öru þróun sem orðið hefur á þjóðréttarsamningum en aukning alþjóðasamvinnu á vettvangi alþjóðastofnana hefur verið mikil síðast liðna áratugi. Einnig voru sumstaðar tekin upp ákvæði sem mæla fyrir um heimild til framsals á ríkisvaldi til alþjóðastofnana að nánar tilteknum skilyrðum uppfylltum.¹⁴⁶ Framsal á ríkisvaldi í líkingu við það sem fjallað hefur verið um hér að framan telst rúmast innan stjórnarskráa þeirra ríkja sem tekið hafa upp ákvæði sem heimilar slíkt framsal til alþjóðastofnana, en í ríkjum þar sem slíka heimild er ekki að finna, líkt og raunin er hér á landi, verður að telja að slíkt framsal liggi á gráu svæði. Í stjórnarskrá margra ríkja er viðurkennt að í valdbærni æðstu handhafa ríkisvalds felist heimild til að deila fullveldi sínu með öðrum ríkjum og fela alþjóðastofnunum heimild til þess að taka bindandi ákvarðanir til dæmis á sviði efnahags- og viðskiptamála, varnarmála, umhverfismála o.s.frv. en í slíkum málum eru til umfjöllunar sameiginlegir hagsmunir allra þeirra sem standa að viðkomandi alþjóðastofnun.¹⁴⁷ Dr. Guðmundur Alfreðsson setti fram þá tillögu í útvarpsviðtali þann 2. desember 1992, að hægt væri að breyta íslensku stjórnarskránni á sama hátt og þegar hefur verið gert í sumum ríkjum Norðurlanda og yrði þá breytingin í samræmi við ákvæði sem þar hafa verið viðtekin.¹⁴⁸

6.6.1 Danmörk

Í 1. mgr. 20. gr.¹⁴⁹ dönsku stjórnarskrárinnar nr. 169 frá 5. júní 1953¹⁵⁰ eru talin upp þau skilyrði sem uppfylla þarf til þess að heimilt sé að framselja ríkisvald til alþjóðastofnana á grundvelli þjóðréttarsamninga til þess að efla alþjóðlega réttarskipan og samvinnu. Umfang framselds valds ber að afmarka nánar með lögum. Í 2. mgr. 20.

¹⁴⁶ Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“ (2012) 3 Úlfjótur 271, 286.

¹⁴⁷ Eivind Smith, *Konstitutionelt demokrati* (2. útg., Fagbokforlaget 2009) 167

¹⁴⁸ Alpt. 1991-1992, A-deild, þskj. 462 - 275. mál.

¹⁴⁹ 1. mgr. 20. gr. er svohljóðandi:

Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde.

¹⁵⁰ Danmarks riges grundlov nr. 169/1953. <www.grundloven.dk> skoðað 15. mars 2013.

gr.¹⁵¹ segir síðan að til þess að lagafrumvarp um framsal valdheimilda öðlist gildi, þurfi 5/6 hluti þingmanna að samþykkja framsalið. Náist slíkur meirihluti ekki, en þó nægur atkvæðafjöldi til að samþykkja venjulegt lagafrumvarp, og styðji ríkisstjórnin frumvarpið eftir sem áður, þarf að fara fram þjóðaratkvæðagreiðsla til samþykktar eða synjunar.

Upp hefur komið ágreiningur um hversu langt megi teygja framsalsheimild 20. gr. dönsku stjórnarskrárinnar og deilt hefur verið um hversu ítarlega beri að tilgreinar þær valdheimildir sem framseldar eru á grundvelli hennar. Í dómi Hæstaréttar Danmerkur, *UfR. 1998, bls. 800*, voru þessi álitæfni tekin til úrlausnar. Aðdragandi málsins var samþykkt Maastricht sáttmálans frá 7. febrúar 1992, sem hafði í för með sér töluverðar breytingar á stofnskrá og skipulagi ESB. Í dómnum var ekki fallist á að með breytingunum væri brotið gegn stjórnarskránni. Af dómnum má draga þá ályktun að danskir dómstólar eigi síðasta orðið varðandi mörk og heimildir ESB í dönskum rétti og framsalsheimild 20. gr. stjórnarskrárinnar sé ekki hægt að teygja í þá átt að alþjóðlegri stofnun sé heimilt að veita lögum gildi eða taka ákvarðanir, sem stríði gegn ákvæðum stjórnarskrárinnar.¹⁵²

6.6.2 Svíþjóð

Sænska stjórnarskráin er frábrugðin öðrum stjórnarskrám Norðurlandanna að því að leyti að henni er skipt í fjóra hluta sem hver um sig fjallar um tiltekinn þátt stjórnskipunarinnar.¹⁵³ *Regeringsformen*, er sá hluti sem fjallar um helstu grundvallarreglur sænsks stjórnskipunarréttar en í 10. kafla er fjallað um samskipti við erlend ríki.¹⁵⁴ Þau ákvæði sem koma helst til skoðunar í þessu sambandi eru 6. gr. 10. kafla sem fjallar um framsal ríkisvalds til Evrópusambandsins og síðan 7. gr. 10. kafla, sem snýr að framsali til annarra alþjóðastofnana en ESB. Upprunalega var almennu

¹⁵¹ 2. mgr. 20. gr. er svohljóðandi:

Til vedtagelse af lovforslag herom kræves er flertal på fem sjettedele af folketingets medlemmer. Opnås et sådant flertal ikke, men dog det til vedtagelse af almindlige lovforslag nødvendige flertal, og opretholder regeringen forslaget, forelægges det folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse efter de for folkeafstemninger i § 42 fastsatte regler.

¹⁵² Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, (3. útg., Christian Ejlert Forlag 2001) 298

¹⁵³ Håkan Strömberg og Bengt Lundell, *Sveriges författning*, (20. útg., Studentlitteratur 2007) 13,14.

¹⁵⁴ Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform 10.k. <www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Kungorelse-1974152-om-beslu_sfs-1974-152/?bet=1974:152#K10> skoðað 3. apríl 2013.

ákvæði, 5. gr. 10. kafla, bætt við stjórnarskrána árið 1965 sem helst óbreytt í stjórnarskránni frá 1974. Sú heimild þótti þó ekki fullnægjandi grundvöllur fyrir framsal ríkisvalds til ESB þegar aðild Svíþjóðar var undirbúin á árunum 1992-1994. Árið 1994 bættist því við ný málsgrein við 5. gr. sem innihélt sérstaka heimild til framsals valdheimilda til ESB. Með breytingum á sænsku stjórnarskránni árið 2010, var ákvæðið fært í 6. gr. 10. kafla.¹⁵⁵

Líkt og áður sagði varðar 6. gr. 10. kafla framsal ríkisvalds til ESB og í 1. mgr. segir að slíkt framsal megi ekki brjóta í bága við grundvallarreglur stjórnskipunarréttar og að tryggja skuli að vernd mannréttinda sé sú sama og sænska stjórnarskráin áskilur í samræmi við Mannréttindasáttmála Evrópu.¹⁵⁶ Í 2. mgr. 6. gr. segir síðan að þingið taki ákvörðun um slíkt framsal og þurfi til þess samþykki að minnsta kosti 3/4 hluta þeirra, sem atkvæði greiða. Þá segir að slík ákvörðun verði einnig tekin með þeim hætti sem gildir um setningu grundvallarlaga sbr. 3. gr.¹⁵⁷

Varðandi 7. gr. þegar um annað valdframsal en til ESB er að ræða, eru skorður settar gagnvart því að framselja vald til þess að breyta eða afnema ákvæði grundvallarlaganna eða laga um sænska þingið. Í 1. mgr. 7. gr. segir að framselja megi vald til stofnana sem Svíþjóð á aðild að eða hyggst gerast aðili að, sé það í þágu samstarfs á friðargrundvelli.¹⁵⁸ Í 2. mgr. 7. gr. segir að ef tekin sé ákvörðun um framsal á grundvelli 1. mgr. beri að framkvæma hana líkt og um stjórnarskrárbreytingu væri að

¹⁵⁵ Björg Thorarensen, „Minnisblað um vinnu lagahóps samninganefndar Íslands í aðildarviðræðum við ESB og 111. gr. frv. til stjórnskipunarlaga um heimildir til framsals ríkisvalds“ (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012)

<www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 11. apríl 2013

¹⁵⁶ 1. mgr. 6. gr. hljóðar svo:

Inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan överlåtelse förutsätter att fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁵⁷ 2. mgr. 6. gr. er svohljóðandi:

Riksdagen kan besluta om sådan överlåtelse, om minst tre fjärdedelar av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter röstar för det. Riksdagens beslut kan också fattas i den ordning som gäller för stiftande av grundlag. Överlåtelse kan beslutas först efter riksdagens godkännande av överenskommelse enligt 3 §. *Lag (2010:1408)*.

¹⁵⁸ 1. mgr. 7. gr. er svohljóðandi:

I andra fall än de som avses i 6 § kan beslutanderätt som direkt grundar sig på denna regeringsform och som avser meddelande av föreskrifter, användningen av statens tillgångar, rättskipnings- eller förvaltningsuppgifter eller ingående eller uppsägning av internationella överenskommelser eller förpliktelser, i begränsad omfattning överlåtas till en mellanfolklig organisation för fredligt samarbete, till vilken riket är eller ska bli anslutet, eller till en mellanfolklig domstol.

ræða. Ef ekki vinnst tími til þess að framkvæma slíka breytingu, má taka ákvörðun með samþykki 5/6 hluta greiddra atkvæða þingmanna en að minnsta kosti 3/4 þingmanna þurfa að vera viðstaddir sbr. 6. gr.¹⁵⁹

Í fyrrgreindum breytingum frá árinu 2010, var sænsku stjórnarskránni breytt þannig að hún endurspegladi betur aðild Svíþjóðar að ESB og þátttöku landsins í stofnunum þess. Yfirlýsing um aðild að ESB er að finna í 10. gr. 1. kafla. og í 2. gr. 8. kafla er að finna reglur um kosningar til Evrópuþingsins. Þá er fjallað um aðkomu sænska þingsins að þjóðréttarsamningum sem gerðir eru á vegum ESB í 4. gr. 10. kafla og réttur þingsins til upplýsinga frá ríkisstjórn um mál sem eru til meðferðar hjá ESB er að finna í 10. gr. 10. kafla.¹⁶⁰

6.6.3 Noregur

Í 93. gr. norsku stjórnarskrárinnar er að finna sérákvæði sem skýrir réttarstöðu varðandi alþjóðastofnanir. Ákvæðinu var bætt við stjórnarskrána árið 1962 eftir miklar deilur. Ákvæðið er dæmi um almennt framsalsákvæði er fjallar um aðild að alþjóðlegum og yfirþjóðlegum stofnunum sem vinna að því að tryggja frið og öryggi. Þessar stofnanir geta verið svæðisbundnar, líkt og Evrópusambandið eða NATO, en ekki má framselja valdið til ríkja eða stofnana sem Noregur á ekki aðild að.¹⁶¹ Í 1. mgr. 93. gr. er finna heimild fyrir Stórþingið til þess að framselja ríkisvald til alþjóðastofnunar sem Noregur á aðild að eða hefur hug á að gerast aðili að, svo framarlega sem framsalið sé, líkt og áður sagði í þeim tilgangi að tryggja alþjóðafrið og öryggi eða til þess að efla alþjóðlega réttarskipan og samvinnu. Ekki er heimilt að framselja vald í þeim tilgangi að breyta stjórnarskránni og áskilnaður settur fram um að 3/4 hlutar þingmanna samþykki framsalið og að minnsta kosti 2/3 hlutar allra þingmanna séu viðstaddir.¹⁶² Samkvæmt 2. mgr. 93. gr. er ekki gerður áskilnaður um

¹⁵⁹ 2. mgr. 7. gr. er svohljóðandi:

Beslutanderätt som avser frågor om stiftande, ändring eller upphävande av grundlag, riksdagsordningen eller lag om val till riksdagen eller frågor om begränsning av någon av de fri- och rättigheter som avses i 2 kap. får inte överlåtas enligt första stycket.

Riksdagen fattar beslut om överlåtelse i den ordning som anges i 6 § andra stycket. *Lag (2010:1408)*.

¹⁶⁰ Björg Thorarensen, „Greinargerð um breytingar á stjórnarskrá sem tengjast mögulegri aðild Íslands að Evrópusambandinu og leiðir til að leita samþykkis þjóðarinnar fyrir aðild” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012) 9

<www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 11. apríl 2013

¹⁶¹ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen I Norge* (9. útg., Universitetsforlaget 2004) 244

¹⁶² 1. mgr. 93. gr. hljóðar svo:

samþykki þingsins þegar samvinna við alþjóðastofnun bindur norska ríkið einungis þjóðréttarlega.¹⁶³ Tilgangurinn með slíku ákvæði er að heimila þjóðþingi að samþykkja aðild að alþjóðlegum og oft yfirþjóðlegum stofnunum með auknum meirihluta, þar sem slík aðild hefði annars krafist stjórnarskrárbreytingar,¹⁶⁴ en þessu ákvæði var beitt þegar norska Stórþingið lögfesti og fullgilti EES-samninginn.¹⁶⁵

Í þessu samhengi er vert að nefna að Norðmenn hafa, líkt og Íslendingar einnig áhyggjur af örri þróun EES-samningsins. Þann 17. janúar 2012 var kynnt skýrsla norskrar Evrópunefndar um kosti og galla EES-samningsins og áhrif hans í Noregi. Í skýrslunni er áréttað að EES-samningurinn hafi reynst Norðmönnum afar mikilvægur, sérstaklega í efnahagslegu tilliti. En það kemur einnig fram að EES-samningurinn hafi þróast með allt öðrum og umfangsmeiri hætti en gert hafi verið ráð fyrir í upphafi. Þá segir einnig í skýrslunni að Norðmenn hafi yfirtekið um 6.000 ESB-gerðir og tilskipanir.¹⁶⁶

Þessi umfjöllun leiðir þannig í ljós hvernig breyttar aðstæður og þróun í alþjóðlegu samstarfi urðu til þess að stjórnarskrár Norðurlandanna tóku breytingum og öðluðust heimildir varðandi framsal ríkisvalds til alþjóðastofnana. Umfjöllunin gefur einnig ágæta mynd af því hvaða efnisatriði ættu að koma fram í íslensku stjórnarskránni en samkvæmt frumvarpi Stjórnlagaráðs til breytinga á stjórnskipunarlögum, leit það einna helst til stjórnarskráa Danmerkur og Noregs þegar það vann að 111. gr. tillagna sinna sem fjallað var um í kafla 6.5.¹⁶⁷ Ljóst er að ef Ísland gengur í Evrópusambandið

For at sikre den internationale Fred og Sikkerhed eller fremme international Retsorden og Samarbejde kan Stortinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter sig til, paa et saglig begrænset Omraade, skal kunne udøve Beføjelser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder, dog ikke Beføjelse til at forandre denne Grundlov. Naar Stortinget skal give sit Samtykke, bør, som ved Behandling af Grundlovsforslag, mindst to Trediedele af dets Medlemmer være tilstede.

¹⁶³ 2. mgr. 93. gr. er svohljóðandi:

Bestemmelserne i denne Paragraf gjælde ikke ved Deltagelse i en international Sammenslutning, hvis Beslutninger har alene rent folkeretslig Virkning for Norge.

Norska stjórnarskráin er aðgengileg á vef Lovdata: Sjá 93. gr. Slóð: <<http://lovdata.no/all/tl-18140517-000-006.html#93>> Skoðað 05.04.2013.

¹⁶⁴ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*. (Háskólaútgáfan 1999) 60

¹⁶⁵ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006) 413-414

¹⁶⁶ Norges offentlige utredninger, „Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU” (Aurskog AS 2012) 39 <www.regjeringen.no/pages/36797426/PDFS/NOU201220120002000DDDPDFS.pdf> skoðað 8. apríl 2013

¹⁶⁷ Stjórnlagaráð, „Frumvarp til stjórnskipunarlaga með skýringum” (Samskipti ehf 2011) 196 <www.stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/Frumvarp_med_skyringum.pdf> skoðað 11. mars 2013

verður ákvarðanataka um stjórn landsins að hluta til í höndum stofnana sambandsins. Af þeirri ástæðu má velta því fyrir sér hvort stjórnarskráin ætti að endurspegla aðild að ESB líkt og ákvæði sænsku stjórnarskrárinnar gefa til kynna sbr. umfjöllun í kafla 6.6.2.

6.7 Niðurstöður

Mikil umræða hefur átt sér stað á vettvangi EES samstarfsins um nýjar reglur varðandi eftirlit með fjármálamörkuðum í Evrópu en hér hefur reglugerð 1093/2010 um Evrópska bankaeftirlitið helst verið til umfjöllunar. Í mars 2012 fór Utanríkisráðuneytið þess á leit við Stefán Má Stefánsson og Björgu Thorarensen að taka saman álitsgerð um þau helstu stjórnskipunarlegu álitaefni sem blasa við ef innleiðing reglnanna fer fram að óbreyttu. Í álitsgerð þeirra kemur fram að innleiðing ESB-reglna sem kveða á um heimildir þriggja Evrópskra eftirlitsstofnana á fjármálamarkaði til að taka bindandi ákvarðanir gagnvart íslenskum eftirlitsstofnunum og bindandi ákvarðanir sem hafa bein og íþyngjandi réttaráhrif gagnvart íslenskum fjármálafyrirtækjum, feli í sér ákveðin vandkvæði með tilliti til íslensku stjórnarskrárinnar. Með þessu sé verið að framselja yfirþjóðlegt vald til eftirlitsstofnana þar sem hvorki gagnkvæmni né þátttökuréttur Íslands í ákvörðunum sé tryggður þegar kemur að réttindum og skyldum aðildarríkjanna.¹⁶⁸ Björg og Stefán Már telja að með innleiðingu gerðanna yrði stigið skrefi lengra í framsali framkvæmda- og dómsvalds en áður hefur verið fallist á að rúmist innan 2. gr. stjórnarskrárinnar, enda muni hugsanleg innleiðing reglugerðanna ekki samræmast fyrri viðmiðum um heimildir til afmarkaðs framsal á ríkisvaldi á takmörkuðu sviði.¹⁶⁹

Framangreind umfjöllun hefur sýnt að stjórnarskráin er þögl varðandi framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana, en þrátt fyrir það hefur slíkt framsal engu að síður verið talið að rúmist innan stjórnarskrárinnar í takmörkuðu mæli. Ljóst er að EES-samningurinn hefur þróast mikið síðan hann var lögfestur og forsendur hans tekið breytingum en samningurinn gerir ráð fyrir samvinnu við stofnanir sem hafa það

¹⁶⁸ Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn ” (Utanríkisráðuneytið 2012) 28

<www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013

¹⁶⁹ Sama heimild 27

hlutverk að tryggja að einsleitnismarkmiðið sé virt. Það lítur því út fyrir að breytinga sé þörf til þess að Ísland geti haldið áfram EES-samstarfinu og lausnin að öllum líkindum fólgin í stjórnarskrárbreytingu. Fyrirgreindar tillögur Bjargar Thorarensen og Stjórnlagaráðs gefa ágæta hugmynd að því hvernig slíkt breyting gæti litið út og sömuleiðis þau framsalsákvæði í stjórnarskrám Norðurlandanna sem rakin voru hér að framan.

7 Samantekt og niðurstöður

Eins og fram kemur í inngangi er meginmarkmið ritgerðarinnar að rannsaka hvaða leiðir eru færar fyrir Ísland og hin EFTA-ríkin til þess að taka umræddar gerðir upp í EES-samninginn án þess að tveggja stoða kerfinu sem EES-samningurinn grundvallast á sé stefnt í hættu. Til þess að ná þessu markmiði hefur þess verið freistað að varpa á ljósi á þær miklu breytingar sem framundan eru á regluverki fjármálaþjónustu innri markaðarins, en af ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar um að taka nýja löggjöf upp í EES-samninginn hljótast þjóðréttarlegar skuldbindingar fyrir EES/EFTA-ríkin að innleiða þessar gerðir í landsrétt. Til þess að gefa fyllri mynd af þeim breytingum sem framundan eru var reglugerð nr. 1093/2010 um stofnun Evrópsks bankaeftirlits gerð ítarleg skil en sú umfjöllun leiddi í ljós þær umfangsmiklu valdheimildir sem Evrópska bankaeftirlitinu eru fengnar í umræddri reglugerð en tilmæli þess og ákvarðanir verða að teljast mjög íþyngjandi gagnvart lögbærum yfirvöldum og sérstaklega gagnvart fjármálafyrirtækjum. Höfundur komst að þeirri niðurstöðu að það yrði að telja óvenju ríflegar valdheimildir að alþjóðastofnun geti tekið fram fyrir hendur innlendra yfirvalda með þessum hætti og sömuleiðis sú heimild að EBA geti snúið sér beint til viðkomandi fjármálafyrirtækis og innt það eftir upplýsingum eða knúið fram viðeigandi ráðstafanir. Með hliðsjón af þeim gögnum sem höfundur kynnti sér við úrvinnslu ritgerðarinnar og sömuleiðis skoðunum Bjargar Thorarensen og Stefáns Más Stefánssonar á álitaefninu verður að telja að slíkar valdheimildir samræmist ekki íslensku stjórnarskránni en ekki hefur áður þekkt að alþjóðlegri stofnun séu veitt slík völd sem hafa bein áhrif á íslensk stjórnvöld og einkaaðila og án endurskoðunar frá íslenskum dómstólum.

Þá hafa einnig verið raktar þær leiðir sem Íslandi eru færar til þess að hafa áhrif á mótun og töku ákvarðana á vettvangi ESB en að mati höfundar þótti það áhugavert rannsóknarefni. Rannsókn höfundar leiddi í ljós að áhrif Íslands í þeim málum eru ekki mikil að umfangi, en þátttaka í nefndum á vegum Framkvæmdastjórnarinnar virðist vera sá vettvangur sem einna helst veitir Íslandi og hinum EFTA-ríkjunum möguleika á að koma skoðunum sínum á framfæri varðandi mótun nýrrar löggjafar. Þeir möguleikar virðast þó hafa verið skertir með dvínandi áhrifamætti Framkvæmdastjórnarinnar á löggjöf Evrópusambandsins. Þess má geta að við undirritun EES-samningsins voru aðstæður þannig að Framkvæmdastjórnin hafði mun meiri völd og í upphafi leit það því út fyrir að möguleikar EFTA-ríkjanna á aðkomu að nýrri löggjöf væru í mun ríkari mæli en raunin hefur orðið. Í ljósi þess sem að framan hefur verið fjallað um verður því að telja það ljóst að forsendur hafa breyst síðan að EES-samningurinn var undirritaður. Einnig þykir það athyglisvert sem fram kom í fyrrgreindri skýrslu um stöðu Íslands í Evrópusamstarfi, að EFTA-ríkin hefðu hreinlega gleymst í nýrri löggjöf ESB og mörg dæmi séu um það að EES/EFTA-ríkjum hafi ekki verið veitt tækifæri til samráðs um nýja löggjöf í samræmi við 99. gr. EES-samningsins. Þetta þykir renna stoðum undir framangreindar vangaveltur varðandi áhugaleysi ESB gagnvart EFTA-ríkjunum. Ef til vill væri það ráð fyrir EFTA-ríkin að láta meira til sín taka í störfum sínum innan þeirra nefnda sem þau hafa aðgang að, en líkt og greint hefur verið frá kom fram í skýrslu Forsætisráðuneytisins um tengsl Íslands og Evrópusambandsins að árið 2005 höfðu EFTA-ríkin aðgang að 179 sérfræðinefndum en tóku þó aðeins þátt í störfum 77 þeirra. Telja verður slíka þátttöku mjög dræma en líkt og áður sagði eru slíkar nefndir helsti vettvangurinn fyrir EFTA-ríkin til þess að koma skoðunum sínum á framfæri.

Meginmarkmið ritgerðarinnar er líkt og áður sagði að leitast við að finna leiðir fyrir EFTA-ríkin til þess að taka reglugerðirnar um Evrópska bankaeftirlitið og hinar eftirlitsstofnarnar upp í EES-samninginn, en við þá rannsókn skoðaði höfundur þær aðlaganir sem Ísland áður fengið samþykktar en áfátt var um fordæmi í sambærilegum aðstæðum og nú eru uppi. Sá aðlögunartexti sem vakti athygli höfundar hvað mest var í tilviki Lyfjastofnunar Evrópu en sú leið er þannig úr garði gerð að ákvarðanir stofnunarinnar eru teknar upp í ESS-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar og í kjölfarið taka EFTA-ríkin síðan sambærilega ákvörðun. Eftirlit með því að EFTA-ríkin uppfylli skyldur sínar og innleiði umræddar ákvarðanir í landsrétt er

í höndum ESA. Álykta má að sú leið verði ekki til þess fallin að raska fyrrgreindri áætlun Framkvæmdastjórnarinnar um fjárhagslegar umbætur á fjármálamarkaði og með þeim hætti gætu EFTA-ríkin tekið þátt í henni án þess að tveggja stoða kerfinu væri raskað.

Þá var einnig fjallað var um tillögur Bjargar Thorarensen og Stefáns Más Stefánssonar að aðlögunartexta með umræddum reglugerðum en niðurstöður þeirra voru á þá leið að ákvarðanir Evrópska bankaeftirlitsins og hinna eftirlitsstofnananna yrðu ekki lagalega bindandi þegar EFTA-ríkin eiga í hlut, heldur bæri að túlka þær sem tilmæli. Þá bentu þau einnig á þann möguleika að hægt væri að fallast á ákvarðanir EBA sem lúta að stjórnvöldum og stofnunum þess, en ekki aðilum á fjármálamarkaði. Telja verður að þessar tillögur falli einkar vel að högum EFTA-ríkjanna, en líkt og fyrri umfjöllun hefur leitt í ljós þarf samþykki beggja stoða fyrir slíkum aðlögunum. Ef marka má ummæli Gianluca Grippa fulltrúa Framkvæmdastjórnarinnar á fyrrgreindum fundi þingmannanefndar EES, að það væru skýr takmörk fyrir því hversu langt ESB gæti seilst þegar innri markaðurinn væri annars vegar þar sem einsleitni og lagasamræming væru aðalatriði, má draga þá ályktun að ESB sé ekki reiðubúið að ganga svo langt að undanþiggja EFTA-ríkin frá fullri þátttöku í fjárhagslegum umbótum á fjármálamarkaði og þar með þátttöku í eftirlitskerfi með fjármálamörkuðum. Því verður að telja það ljóst að EFTA-ríkin þurfi að koma með tillögu að lausn sem báðar stoðir geti fallist á og má í því sambandi nefna fyrrgreinda tillögu höfundar að sameiginlegri lausn varðandi þá leið sem farin var í tilviki Lyfjastofnunar Evrópu.

Eftir að komist var að niðurstöðu varðandi mögulega EES-lausn fyrir upptöku gerðanna í EES-samninginn, snerist umfjöllunin yfir í þau stjórnskipulegu álitæfni sem ríkin standa frammi fyrir gagnvart þessu nýja lagaumhverfi. Líklegt þykir að með upptöku reglnanna í EES-samninginn og innleiðingu þeirra í landsrétt felist meira framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana en ákvæði stjórnarskrárinnar heimila. Í því samhengi hefur verið fjallað um það framsal sem áður hefur verið talið að rúmist innan stjórnarskrárinnar og með tilliti til þeirra umfjöllunar var komist að þeirri niðurstöðu að þær valdheimildir sem EBA eru fengnar í fyrrgreindri reglugerð rúmist ekki innan þeirrar venju sem skapast hefur að löggjafanum sé heimilt að framselja ríkisvald í takmörkuðum mæli til alþjóðastofnana. Þá voru tillögur að úrlausn á þeim

stjórnskipulegum álitafnum sem vakna vegna fyrrgreindra valdheimilda raktar en þær voru að breyta þyrfti stjórnarskránni á þann veg sem Norðurlöndin hafa nú þegar gert, að tekið yrði upp ákvæði þess efnis að framal á ríkisvaldi væri heimilt til alþjóðastofnana sem Ísland á aðild að. Slíka breytingu verður að telja nauðsynlega í ljósi þess að EES-samningurinn tekur breytingum dag frá degi og tímabært að Ísland taki þátt í þeirri þróun og heimili það framsal sem af honum leiðir í stjórnarskrá sinni.

Þessu til frekari rökstuðnings ber að nefna líkt og áður hefur verið fjallað um, að engar gerðir í líkingu við umræddar reglugerðir hafa áður verið teknar upp í EES-samninginn og því hefur aldrei þurft að taka afstöðu til álitamála á borð við þau sem nú hafa gert vart við sig. Eðlilegt þykir því að velta upp þeirri spurningu hvaða afleiðingar það muni hafa í för með sér ef Ísland ákveður að láta hjá líða að samþykkja að taka umræddar reglugerðir upp í EES-samninginn á þeim grundvelli að þær stangist á við stjórnarskrána. Að sama skapi vaknar sú spurning hvaða þýðingu það hafi ef reglugerðirnar verða teknar upp í samninginn óbreyttar og síðan innleiddar þannig í landsrétt. Í því fælist áður óþekkt framsal á ríkisvaldi til alþjóðastofnana að ræða enda um nýjar stofnanir á vegum Evrópusambandsins að ræða sem Ísland á ekki aðild að.

Til þess að svara fyrri spurningunni hér að ofan sem snýr að EES-samningnum, má benda á þá umfjöllun sem finna má í 5. kafla um neitunarvald EFTA-ríkjanna en líkt og þar kom fram hefur slíku valdi aldrei verið beitt vegna þeirra afleiðinga sem talið er að beiting þess hafi í för með sér. Í raun yrðu afleiðingar þess, ef Ísland og önnur EFTA-ríki létu hjá líða að taka gerðirnar upp í EES-samninginn, líklega þær að sá hluti samningsins sem lýtur að fjármálaþjónustu yrði gerður óvirkur. Varðandi seinni spurninguna um hvort reglugerðin verði teknar óbreyttar upp í EES-samninginn, verður að telja þann möguleika ólíklegan, því eins og ítarlega hefur verið fjallað um myndi slíkt brjóta gegn tveggja stoða kerfinu sem liggur samningnum til grundvallar. Nauðsynlegt er því að komast að sameiginlegri EES-lausn sem fyrst svo hægt sé að taka gerðirnar upp í samninginn. Eftir að það hefur verið gert með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, vaknar sú þjóðréttarlega skylda að Ísland innleiði gerðirnar í landsrétt en þá fylgja þeim að öllum líkindum umfangsmikið framsal á ríkisvaldi til stofnana EFTA sem er stjórnskipulegt álitafni lít og áður sagði. Því er ljóst að þegar sá dagur kemur, verður að telja það líklegt að stjórnarskrárbreyting þurfi

að eiga sér stað sem heimili framsal til þeirra alþjóðastofnana sem Ísland á aðild að líkt og lagt var til hér að framan. Svo virðist sem Alþingi hafi auðveldar götu slíkrar breytingar með fyrrgreindri breytingartillögu sem samþykkt var í apríl síðastliðnum og fjallað var um hér að ofan.

Líkt og fram kom í inngangi setti höfundur í upphafi fram það markmið að rannsaka hvaða leiðir væru færar fyrir Ísland og hin EFTA-ríkin til þess að taka umræddar gerðir upp í EES-samninginn og með hliðsjón af því sem hér að framan hefur komið fram verður að telja að því markmiði hafi verið náð ásamt öðrum atriðum í rannsókninni sem vöktu athygli höfundar við úrvinnslu ritgerðarinnar og fjallað hefur verið um.

Heimildaskrá

Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 462 - 275. mál.

Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 30 – 29. mál

Alþt. 1992-1993, A-deild, 2558.

Alþt. 1992-1993, A-deild, 710

Alþt. 1992-1993, A-deild, 713

Alþt. 1992-1993, A-deild, 737-758

Alþt. 1992-1993, A-deild, 756

Alþt. 1992-1993, A-deild, 714, 715

Alþt. 1992-1993, A-deild, 750, 751.

Alþt. 1992-1993, B-deild, 29. mál, 6. fundur, (Ólafur Ragnar Grímsson) skoðað 30. mars 2013.

Alþt. 1992-1993, A-deild, 716-736.

Alþt. 1992-1993, A-deild, 750

Alþt. 1992-1993, A-deild, 688.

Alþt. 2003-2004, A-deild, þskj. 829 – 551. mál

Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 590 – 350. mál

Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1079 – 621. mál.

Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 3 – 3. mál.

Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 1229 - 761. mál.

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 987 - 579. mál

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1139 - 641. mál.

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1139 - 641. mál.

Andenæs, J., *Statsforfatningen I Norge* (9. útg., Universitetsforlaget 2004)

Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókaútgáfan Codex 2006)

Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*. (Háskólaútgáfan 1999)

Norberg, S. og fl. *The European Economic Area, EEA law – A commentary on the EEA Agreement*, (Graphic System AB 1993)

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Löggjöf Evrópusambandsins og Evrópska Efnahagssvæðisins*, (Bókaútgáfan Codex 2007)

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska Efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011)

Smith, E., *Konstiutionelt demokrati* (2. útg., Fagbokforlaget 2009)

Zahle, H., *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, (3. útg., Christian Ejlers Forlag 2001)

Strömberg, H. og Lundell, B., *Sveriges författning*, (20. útg., Studentlitteratur 2007)

Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt” (2012) 3 Úlfljótur.

Davíð Þór Björgvinsson, „EES-samingurinn og Mannréttindasáttmáli Evrópu sem réttarheimildir í íslenskum rétti” (1997) 1 Úlfljótur

Dóra Sif Tynes, „Ys og þys út af engu? Hugleiðingar um bókun 35 við samninginn um Evrópska efnahagssvæðið“ (2002) 3 Úlfljótur

Krístún Heimisdóttir, „Stjórnarskrárbundin fullveldi Íslands” (2003) 53 Tímarit lögfræðinga.

Lárus L. Blöndal og Stefán Már Stefánsson, „Lagarök um Icesave” *Morgunblaðið* (Reykjavík 12. janúar 2010)

Björg Thorarensen, „Greinargerð um breytingar á stjórnarskrá sem tengjast mögulegri aðild Íslands að Evrópusambandinu og leiðir til að leita samþykkis þjóðarinnar fyrir aðild” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012) 9 <www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 11. apríl 2013.

Björg Thorarensen, „Minnisblað um vinnu lagahóps samninganefndar Íslands í aðildarviðræðum við ESB og 111. gr. frv. til stjórnskipunarlaganna um heimildir til framsals ríkisvalds” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/1082. Komudagur 8.12.2012, 8. desember 2012) <www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1082> skoðað 11. apríl 2013.

Björg Thorarensen, „Sjónarmið og athugasemdir vegna ákvæða VIII. kafla frumvarps til stjórnarskipunarlaganna um utanríkismál o.fl.” (Alþingi, erindi nr. Þ 141/959, Komudagur 09.12.2012, 9. desember 2012) <www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=959> skoðað 30. mars 2013.

Björg Thorarensen og Stefán Már Stefánsson, „Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn” (Utanríkisráðuneytið 2012) <www.utanrikisraduneyti.is/media/Frettatilkynning/Alitsgerd_BTh_SMS.pdf> skoðað 11. mars 2013.

Commission, „Directive of the European Parliament and of The Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010” COM(2012) 280 final

Commission, „Proposal for a Regulation of the European Parliament and The Council amending Regulation (EC) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No.../... conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions” COM(2012) 512 final

Commission, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Deposit” COM (2010) 369

Commission, „Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes” COM (2010) 369

EFTA Secretariat, „Annual Report of the European Free Trade Association 2012” (Orangemetalic 2013)
<<http://secretariat.efta.int/~media/Files/Publications/Annual%20Report/annual-report-2012.pdf>> skoðað 25. apríl 2013.

EFTA Secretariat, „Evrópska Efnahagssvæðið” (EES)
<www.efta.int/~media/Files/Publications/Fact%20sheets/EEA%20factsheets/FACTSHEET-20ICE-20webversion-202005.pdf> skoðað 18. apríl 2013.

EFTA Secretariat, „The European Economic Area: Decision Shaping and Participation in Committees” (Edition & Imprimerie 2002)
<www.efta.int/~media/Files/Publications/Bulletins/EFTABulletinJune2002.pdf> skoðað 20. apríl 2013.

Forsætisráðuneytið, „Skýringar við stjórnarskrá lýðveldisins Íslands. Sérfræðinganefnd um endurskoðun stjórnarskrárinnar”
<www.forsaetisraduneyti.is/media/frettir/skyringar.pdf> skoðað 15. febrúar 2013.

Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins: skýrsla Evrópunefndar um samstarfið á vettvangi EES og Schengen og um álitæfni varðandi hugsanlega aðild Íslands að Evrópusambandinu” (Forsætisráðuneytið 2007)
<www.forsaetisraduneyti.is/media/frettir/SkyrslaEvropunefndar-.pdf> skoðað 7. apríl 2013.

Grétar Már Sigurðsson, „Evrópusambandið viðurkennir sérstöðu Íslands” (2004) 3 Stiklur vefrit Utanríkisráðuneytisins
<www.utanrikisraduneyti.is/media/Stiklur/040427-2.pdf> skoðað 25. apríl 2013.

Gunnar Þór Pétursson, „Innleiðing gerða skv. EES samningnum á sviði fjármálaþjónustu í íslenskan rétt“ (Viðauki 6 birtur með skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, Rannsóknarnefnd Alþingis 2010)
<<http://rna.althingi.is/pdf/RNAvefVidauki6.pdf>> skoðað 5. apríl 2013.

Halldór Ásgrímsson, „Staða Íslands í Evrópusamstarfi” (Utanríkisráðuneytið 2000)
<www.utanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/skyrsla.pdf> skoðað 30. mars 2013.

Handbók Stjórnarráðsins um EES (Utanríkisráðuneytið 2005)

Norges offentlige utredninger, „Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU” (Aurskog AS 2012)
<www.regjeringen.no/pages/36797426/PDFS/NOU201220120002000DDDPDFS.pdf> skoðað 8. apríl 2013.

Seðlabankinn, „Samkomulag efnahags- og viðskiptaráðuneytisins og fl. um fjármálastöðugleika og viðbúnað”
<<http://sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=8014>> skoðað 11.4.2013.

Stjórnlagaráð, „Frumvarp til stjórnskipunarlaganna með skýringum” (Samskipti ehf 2011)
<www.stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/Frumvarp_med_skyringum.pdf> skoðað 11. mars 2013.

Vefsíður

Commission, „Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions” (MEMO/12/416, *Rapid 6. júní 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm> skoðað 5. mars 2013.

European Union, „Deposit Guarantee Schemes – Frequently Asked Questions” (MEMO/10/318, *Rapid 12. júlí 2012*) <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-318_en.htm?locale=en> skoðað 5. febrúar 2013.

Evrópuvefur, „Helstu sáttmálar ESB“ (Evrópuvefurinn)
<<http://evropuvefur.is/?id=59997>> skoðað 24.4.2013

European Commission, „Commission proposals for a single supervisory mechanism” (Banking Union) <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/index_en.htm> skoðað 8. apríl 2013.

Utanríkisráðuneytið, „Fræðsluefni um EES-samninginn og framkvæmd hans” (EES vefsetrið) <www.utanrikisraduneyti.is/samningar/ees/EESUndir/nr/1716> skoðað 25. apríl 2013.