



2010

Þjóðarspegilinn

# RANNSÓKNIR Í FÉLAGSVÍSINDUM XI

Lagadeild – Ritstýrðar greinar

Erindi flutt á ráðstefnu í október 2010

Ritstjóri  
Helgi Áss Grétarsson

Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands



HÁSKÓLI ÍSLANDS

RANNSÓKNIR Í  
FÉLAGSVÍSINDUM XI

LAGADEILD



# RANNSÓKNIR Í FÉLAGSVÍSINDUM XI

## LAGADEILD

Erindi flutt á ráðstefnu í október 2010

Ritstjóri  
Helgi Áss Grétarsson

© 2010 Höfundar  
ISSN 1670-8725  
ISBN 978-9935-424-05-1

Öll réttindi áskilin

Greinar í bók þessari má afrita í einu eintaki til einkanota, en efni þeirra er verndað af ákvæðum höfundalaga og með öllum réttindum áskildum.



# Efnisyfirlit

Höfundalisti.....	II
Formáli.....	III
Dóra Guðmundsdóttir	
<i>Bankaleynd</i> .....	1
Eyvindur G. Gunnarsson	
<i>Frjáls stofnsetningarréttur fjármálastofnana samkvæmt EES-samningnum</i> .....	17
Helgi Áss Grétarsson	
<i>Um stjórn veiða á kolmunna og markíl – Hver er réttarstaða Íslands í makríldeilunni?</i> .....	28
Trausti Fannar Valsson	
<i>Reglan um aukin aðgang að gögnum</i> .....	44

## Höfundalisti

Dóra Guðmundsdóttir, aðjúnkt við Lagadeild HÍ  
Eyvindur G. Gunnarsson, lektor við Lagadeild HÍ  
Helgi Áss Grétarsson, sérfræðingur við Lagadeild HÍ  
Trausti Fannar Valsson, lektor við Lagadeild HÍ



## Formáli

Þjóðarspegillinn er ráðstefna í félagsvísindum sem er ætlað að kynna og miðla því sem efst er á baugi í rannsóknum í félagsvísindum á Íslandi. Í ár verður ráðstefnan haldin föstudaginn 29. október 2010 og ber yfirskriftina: Þjóðarspegillinn 2010: Ráðstefna í félagsvísindum XI.

Lagadeild Háskóla Íslands tók í fyrsta skipti þátt í ráðstefnunni árið 2003 en þá var hún haldin í fjórða skipti. Síðan 2003 hefur ráðstefnan verið haldin á hverju ári og er þetta því í áttunda skipti sem lagadeildin tekur þátt.

Hingað til hefur ráðstefnurit einstakra deilda í Þjóðarspeglinum verið gefið út á pappír en framvegis verður efni þeirra hýst í Skemmunni, þ.e. rafrænu gagnasafni Háskóla Íslands, Háskólans á Akureyri, Háskólans á Bifröst, Háskólans í Reykjavík, Landbúnaðarháskóla Íslands, Landsbókasafns Íslands – Háskólabókasafns og Listaháskóla Íslands. Efni ráðstefnurits lagadeildar sem og einstakar fræðigreinar verður því framvegis aðgengilegt á Netinu, þ.e. á [www.skemman.is](http://www.skemman.is).

Þetta er ekki eina nýjungin sem nú hefur verið bryddað upp á þar sem höfundum var boðið að skila annars vegar ritrýndum greinum og hins vegar ritstýrðum greinum. Ráðstefnuritum Þjóðarspeglisins hefur svo verið tvískipt, annars vegar rit með ritrýndu efni og hins vegar rit með ritstýrðu efni.

Efni þessa rits er ritstýrt. Það þýðir að höfundar sendu ritstjóra fræðigrein og í framhaldinu tók greinin breytingum eftir athugasemdir ritstjóra eða eftir atvikum annarra sem lásu greinarnar yfir fyrir höfunda.

Á árunum 2007–2009 birti ritstjóri þrjár afar langar greinar á þessum vettvangi. Hins vegar eftir að hafa setið í ritstjórastólnum er honum orðið ljóst að tímabært sé orðið að þrengja lengdarmörk greina í ráðstefnurit lagadeildar í Þjóðarspeglinum. Ráðstefnuritin ættu framvegis miðla greinum þar sem kjarninn er settur fram en hismið skilið eftir. Styttri og kjarnyrtari greinar myndu sem dæmi léttu undir störfum ritrýnenda, ritstjóra og annarra sem koma að útgáfu ritsins.

Tekið skal fram að með þessu er á engan hátt gert lítið úr þeirri vinnu sem liggur að baki ítarlegum og nákvæmum fræðigreinum. Aðalatriðið er að slíkar greinar ætti að birta annars staðar en í þessu árlega ráðstefnuriti.

Lagadeild þakkar höfundum fyrir greinar sínar og erindi sem flutt verða á málstofum á sjálfan ráðstefnudaginn. Einnig ber að þakka fundarstjórum og öðrum sem koma að skipulagningu ráðstefnunnar. Gunnar Þór Jóhannesson stóð vaktina með þryði sem yfirstjórnandi verkefnisins og að baki honum starfaði traust starfslið. Fyrir þeirra starf ber að þakka fyrir.

Fyrir hönd lagadeildar Háskóla Íslands,  
*Helgi Áss Grétarsson*

# Bankaleynd

Dóra Guðmundsdóttir\*

## 1. Inngangur

Tilgangur þessarar greinar er tvíþættur. Annars vegar mun greinin varpa ljósi á þær lagareglur sem gilda um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja og starfsmanna þeirra hér á landi. Hins vegar er tilgangurinn að varpa nokkru ljósi á aðferðafræði lögfræðinnar, til að skýra hvaða áhrif aðferðafræðin hefur á niðurstöðu um tiltekið álitaeefni.

Það er þó ekki aðeins aðferðafræði lögfræðinnar sem skiptir máli hér. Tilgangur greinarinnar er einnig að byggja á umræðu innan fræðigreinarinnar lögfræði um fræðikerfi lögfræðinnar og sjálfstæða þýðingu þess. Í greininni verður þeirri spurningu varpað fram hvort fræðikerfi lögfræðinnar hafi sjálfstæðu hlutverki að gegna við úrlausn lögfræðilegra álitaeafna. Því er haldið fram að skilningur á fræðikerfi lögfræðinnar sé til þess fallinn að *auka skilning* okkar á álitamálum, þannig að þau séu sett í rétt samhengi. Að auki hafi skilningur á fræðikerfi lögfræðinnar áhrif á aðferðafræði. Ef fyrsta stig í lögfræðilegri greiningu er að setja álitaeafnið í samhengi fræðikerfis lögfræðinnar, leiðir af því að tiltekna *meginreglur* sem viðurkenndar eru innan hvers fræðasviðs hafa áhrif á frekari afmörkun efnisins og úrlausn þess.

Tiltekin atriði sem voru dregin fram í almennri umræðu um bankaleynd verða skoðuð út frá þessu sjónarmiði: Hvað felst í bankaleynd og hversu ríka þagnarskyldu leggur hún á fjármálafyrirtæki og starfsmenn þeirra? Hver er bundinn af ákvæðum laga um bankaleynd? Hver eru mörk reglna um bankaleynd annars vegar og reglna um persónuvernd hins vegar? Eru reglur um bankaleynd leiddar af stjórnarskrárbundinni vernd á friðhelgi einkalífs og ef svo er, hvaða áhrif hefur sú niðurstaða á inntak ákvæðanna?

## 2. Heildarmynd laganna og fræðikerfi lögfræðinnar

Í riti sínu um Almenna lögfræði sagði Ármann Snævarr:<sup>1</sup>

Ef lýsa ætti réttarreglunum ósundurgreint og skipulagslaust, yrðu greinargerðir lögfræðinnar óglöggar og óhæg væru slík rit í notkun. Við slíkum óskapnaði er séð með því að skipuleggja starfshætti lögfræðinnar, stíla sundur óskyldum reglum, en skipa skyldum saman og ætla sérstökum greinum lögfræðinnar að ræða þær reglur er samstöðu hafa. Skipan réttarreglna í flokka og til mismunandi greina lögfræðinnar veldur hins vegar hættu á því, að ekki njóti heildarsýnar yfir lögfræðina alla. Af þeirri ástæðu m.a. er myndað fræðikerfi úr einstökum flokkum réttarreglna og lögfræðigreina og lýtur sú kerfisbinding sama meginlög máli og önnur skipulagning innan vísindanda, skyldum greinum er ætlaður sess í sama höfuðbálki, en fjarskyldari bálkar eru greindir að.

Í fræðikerfi lögfræðinnar, eins og það var þá teiknað upp, var greint á milli þjóðaréttar annars vegar og ríkisbundinna réttarreglna hins vegar.<sup>2</sup> Ríkisbundnar réttarreglur

---

\* Höfundur er Cand.Jur., LL.M. og aðjúnkt við lagadeild Háskóla Íslands.

<sup>1</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík 1989, bls. 142.

skiptust aftur í *allsherjarrétt*, þ.e. reglur sem gilda í samskiptum opinbers valds og þegna og varða opinbera hagsmuni fremur en einkahagsmuni og svo *einkarétt* (einkamálarétt), þ.e. reglur sem varða fremur hagsmuni og málefni einstaklinga og samskipti þeirra sín á milli. Var skiptingin byggð á aðgreiningu Rómaréttar á *jus publicum* og *jus privatum*, sem byggðist að miklu leyti á mismunandi verndarhagsmunum. Eins og kom fram hjá Ármanni Snævarr var aðgreiningin gagnger í Rómarétti, allsherjarréttur laut öðrum lögmálum en einkarétturinn.<sup>3</sup>

Skipting ríkisbundinna réttarreglna í allsherjarrétt og einkarétt og sjálfstæð þýðing fræðikerfisins hefur, á hinn bóginn, verið gagnrýnd – þ.á m. af Ármanni Snævarr, sem benti á að allur réttur styddist að einhverju marki við allsherjarhagsmuni og að ekki væri alltaf auðvelt að afmarka hvort málefni ætti undir einkarétt eða allsherjarrétt. Þá væri íslensk löggjöf ekki byggð á skýrri greiningu milli einkaréttar og allsherjarréttar. Þýðing aðgreiningarinnar – og fræðikerfisins – væri því fyrst og fremst til hagræðis, til að auðvelda yfirsýn og skilning og að vera til leiðbeiningar og til vinnusparnaðar, en að gæta þyrfti að því að láta ekki ályktanir um aðferð hafa áhrif á ályktanir um efni þar sem þær ættu ekki við.<sup>4</sup>

Því verður ekki haldið fram að fræðikerfi lögfræðinnar hafi á þeim tíma sem liðinn er frá skrifum Ármanns Snævarr notið mikillar athygli, hvorki sem sjálfstætt viðfangs-efni, eða sem nauðsynlegur grundvöllur lögfræðilegrar aðferðafræði. Má einnig fallast á það að allsherjarréttarlegar áherslur hafi jafnt og þétt aukist í réttarkerfinu; reglusetning, bæði með lögum og ekki síður viðamiklum stjórnvaldsfyrirmælum hafi aukist verulega, auk þess sem ný svið réttarins, sem byggja á þjóðréttarlegum skuldbindingum (og falla því nær flokkun í allsherjarrétt en í einkarétt) hafa sífellt meiri áhrif á íslenskar réttarreglur og beitingu þeirra.

Því verður hins vegar haldið fram í greininni að flokkunin sé ennþá mikilvæg, aðferðafræðilega, og að það skipti máli um niðurstöðu réttaragreinings að setja málið í samhengi réttarkerfisins og taka mið af þeim meginsjónarmiðum og meginreglum sem gilda á viðeigandi réttarsviði. Ólík réttarsvið einkennast af mismunandi grundvallarforsendum og meginreglum, sem hafa áhrif á túlkun og niðurstöðu.<sup>5</sup> Meginregla í refsirétti er að ekki skuli refsað nema refsing sé lögð við broti í lögum; í stjórnarsýslurétti er lögð áhersla á réttláta og málefnalega málsmeðferð; í stjórnskipunarrétti má m.a. nefna mannréttindareglur stjórnarskrárinna<sup>6</sup> og kjarnasvið einkaréttarins, samningarétturinn, byggist á meginreglunni um samningsfrelsi aðila og meginreglunni um að gerða samninga beri að halda.

### 3. Reglur íslensks réttar um bankaleynd

#### 3.1 Inntak bankaleyndar

Reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu stjórnenda og starfsmanna fjármálafyrirtækja eru lögbundnar í íslenskum rétti og hafa verið það frá því að lög voru fyrst sett um einstaka viðskiptabanka. Með lögum um viðskiptabanka, nr. 86/1985 var ákvæði um þagnarskyldu tekið upp í 25. gr. þeirra laga, og sambærilegt ákvæði í 29. gr. laga nr. 87/1985 um sparisjóði. Voru þessi ákvæði síðan tekin nær óbreytt upp í 43. gr. laga um viðskiptabanka og sparisjóði nr. 113/1996. Var þar mælt fyrir um þagnarskyldu

<sup>2</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 142-3.

<sup>3</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 147.

<sup>4</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 146-153.

<sup>5</sup> Sjá almennt Jens Ewald: *Retskilderne og den juridiske metode*. Kaupmannahöfn, 1997, bls. 4 og einnig Sigurð Línal: *Um lög og lögfræði. Grundvöllur laga – Réttarheimildir*. Reykjavík 2003.

<sup>6</sup> Sjá Sigurð Línal: *Um lög og lögfræði*, IX kafla. Sigurður Línal myndi þó ekki viðurkenna eins afgerandi þátt meginreglna í hinni lögfræðilegu aðferð og Jens Ewald. Sigurður Línal greinir auk þess á milli sígildra meginreglna (grundvallarsjónarmiða) sem eru ekki nauðsynlega orðaðar í lögum og tímabundinna meginreglna (markmiðslýsinga) í lögum.

um allt það er varðar hagi viðskiptamanna og um önnur atriði sem leynt skulu fara samkvæmt lögum eða eðli máls, en greinin var svohljóðandi:

Bankaráðsmenn, stjórnarmenn sparisjóðs, bankastjórar og sparisjóðsstjórar, endurskoðendur og aðrir starfsmenn viðskiptabanka eða sparisjóðs eru bundnir þagnarskyldu um allt það er varðar hagi viðskiptamanna hlutaðeigandi stofnunar og um önnur atriði sem þeir fá vitneskju um í starfi sínu og leynt skulu fara samkvæmt lögum eða eðli máls nema dómari úrskurði að upplýsingar sé skylt að veita fyrir dómi eða lögreglu eða skylda sé til að veita upplýsingar lögum samkvæmt. Þagnarskyldan helst þótt látið sé af starfi.

Á þeim tíma er fyrstu lög in sett voru bankar ríkisreknir og svípar ákvæðum um þagnarskyldu starfsmanna þeirra til þágildandi reglna um þagnarskyldu opinberra starfsmanna.<sup>7</sup> Grunnrök ákvæðanna er þó einnig að finna í meginreglum samningaréttarins um gagnkvæmt traust og trúnað.

Lög um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 sameinuðu ákvæði eldri laga um banka og aðrar fjármálastofnanir og taka lög in til innlendra fjármálafyrirtækja og erlendra fjármálafyrirtækja hér á landi samkvæmt nánari skilgreiningu laganna.<sup>8</sup> Ákvæði um þagnarskyldu fjármálafyrirtækja eru í 58. – 60. gr. laganna. Í 58. gr. segir:

Stjórnarmenn fjármálafyrirtækis, framkvæmdastjórar, endurskoðendur, starfsmenn og hverjir þeir sem taka að sér verk í þágu fyrirtækisins eru bundnir þagnarskyldu um allt það sem þeir fá vitneskju um við framkvæmd starfa síns og varðar viðskipta- eða einkamálefni viðskiptamanna þess, nema skylt sé að veita upplýsingar samkvæmt lögum. Þagnarskyldan helst þótt látið sé af starfi. Sá sem veitir viðtöku upplýsingum af því tagi sem um getur í 1. mgr. er bundinn þagnarskyldu með sama hætti og þar greinir. Sá aðili sem veitir upplýsingar skal áminna viðtakanda um þagnarskylduna.

Vísað er til samþykkis viðskiptavina í 60. gr. laganna, þar sem sú regla er lögfest að viðskiptavinir geti samþykkt að þagnarskyldu sé aflétt. Sá skilningur er yfirleitt hluti reglna um bankaleynd, enda byggjast þær á því sjónarmiði að vernda hagsmuni þess einstaklings sem upplýsingar varða, sem sá hinn sami getur afsalað sér með samþykki sínu. Í 60. gr. eru gerðar kröfur um skriflegt samþykki og að í samþykkinu komi fram til hvaða upplýsinga samþykkið tekur, til hverra má miðla upplýsingum og í hvaða tilgangi.

Þröng undantekningarregla er einnig lögfest í 59. gr. laganna, sem heimilar fjármálafyrirtækjum að miðla upplýsingum til annarra fyrirtækja í samstæðu, vegna áhættustýringar. Eins og fram kemur í ákvæðinu sjálfu er miðað við að um þrönga heimild sé að ræða, sem miðist við það sem nauðsynlegt er vegna áhættustýringar og innra eftirlits á samstæðugrunni. Slík upplýsingamiðlun má ekki ná til einkamálefna einstakra viðskiptamanna. Fjármálaeftirlitið á, skv. 2. mgr. 59. gr. að setja nánari reglur um það hvaða upplýsingar tengd fyrirtæki mega miðla sín á milli með þessum hætti.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Samanber til hliðsjónar gildandi ákvæði 18. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Hér verður ekki tekin afstaða til þess að hvaða leyti banka- og fjármálastofnanir eru opinberir aðilar, í kjölfar þeirrar endurskipulagningar sem nú fer fram á fjármálastofnunum, en í þeim tilvikum sem reglur um þagnarskyldu opinberra aðila geta átt við um starfsmenn banka og fjármálafyrirtækja, koma þær til fyllingar ákvæðum laga nr. 161/2002.

<sup>8</sup> Lög in taka til viðskiptabanka, sparisjóða, lánaþyrirtækja sem hafa starfsleyfi samkvæmt lögunum, rafeyrisþyrirtækja, verðbréfaþyrirtækja, verðbréfamíðlunar og rekstrarfélaga verðbréfasjóða sbr. frekar 4. gr., sbr. 6. gr., laganna. Önnur lög um starfsemi á fjármálamarkaði, leggja sambærilegar skyldur á stjórnendur og starfsmenn, s.s. lög um verðbréfasjóði og fjárfestingarsjóði nr. 30/2003, sem vísa til ákvæða laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki varðandi þagnarskyldu (63. gr.) og 68. og 70. gr. leggja sambærileg viðurlög við brotum á þagnarskyldu og framangreind ákvæði laga um fjármálafyrirtæki.

<sup>9</sup> Þessar reglur hafa ekki verið settar, eftir því sem best verður séð af upplýsingum á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins.

Það ræðst af túlkun á ákvæðum laganna hvað felst í trúnaðar- og þagnarskyldu starfsmanna fjármálafyrirtækja. Ekki er þó mikið um aðgengilegar heimildir um túlkun ákvæða um trúnaðar- og þagnarskyldu hér á landi. Í eldri dómum Hæstaréttar má sjá dæmi um ólögmeta upplýsingagjöf. Í *Hrd. 1949, bls. 427* reynir óbeint á reglur um þagnarskyldu, en þar var einstaklingur ákærður fyrir að hafa rofið þagnarskyldu með því að gefa hagsmunaaðila upplýsingar um samning um endurtryggingar, sem líkur voru á að hann hefði komist að í starfi sínu sem símritari. Í málinu reyndi fyrst og fremst á reglur um þagnarskyldu opinberra starfsmanna, en viðkomandi starfsmaður starfaði einnig hjá váttryggingafélagi. Af forsendum dómsins er ljóst að ákvæði um þagnarskyldu vernda viðskiptahagsmuni aðila, og að tekið yrði mið af þeim tilgangi ákvæðanna við skýringu þeirra.

Sama má segja um nýlegan dóm *Hæstaréttar frá 10. desember 2009 í máli nr. 357/2009* Þar var ákærði dæmdur til greiðslu sektar vegna brota á 58. gr. laga nr. 161/2002. Ákærði var stjórnarformaður og starfsmaður fjárfestingabanka sem veitti viðskiptavinum sínum, sem leitaði eftir kaupum á hlutabréfum, upplýsingar um sölu hlutabréfanna til annarra aðila, auk hljóðupptöku á samtali hans við seljanda bréfanna. Var þetta talið varða við ákvæði 58. gr. laganna.

Við gerð ákvæða laga nr. 161/2002 um trúnaðar- og þagnarskyldu virðist hafa verið tekið mið af norskum og dönskum lögum um efnið og breyttist orðalag ákvæðanna nokkuð frá fyrri löggjöf.<sup>10</sup> Þrátt fyrir breytingar á orðalagi laganna, er það niðurstaða mín að við beitingu ákvæðanna verði að miða við að inntak ákvæðanna sé í meginatriðum það sama og í upphaflegu lögunum, þ.e. að trúnaðar- og þagnarskylda eigi við um upplýsingar um fjárhags- og einkamálefni viðskiptamanna, sem leynt skulu fara, nema takmarkanir séu gerðar á þeirri trúnaðar- og þagnarskyldu í lögum. Verður við skýringu ákvæðisins að taka mið af því sem fram kemur í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga að ekki sé um efnisbreytingu á ákvæðinu að ræða. Þrátt fyrir breytt orðalag ákvæðanna verður ekki talið að trúnaðar- og þagnarskylda sé ríkari, skv. ákvæðum laga nr. 161/2002 en áður var.<sup>11</sup> Kemur fram í greinargerð með ákvæðinu að beiting ákvæðisins hljóti ávallt að vera háð mati, með sama hætti og í eldri lögum, en í vafatilvikum beri að túlka ákvæðið þannig að upplýsingar um viðskiptamann falli undir þagnarskylduákvæðin, nema atvik bendi til annars.

Samkvæmt orðalagi ákvæðisins hefur það rúmt gildissvið að því er varðar þá sem ákvæðið bindur og leggur ákvæðið þagnarskyldu á fleiri aðila en eldri lög gerðu. Skýrist það af breyttu starfsumhverfi fjármálafyrirtækja og flóknari og opnari viðskiptum á þessu sviði. Er þagnarskylda lögð á stjórnarmenn, framkvæmdastjóra, endurskoðendur og starfsmenn og hverja þá sem taka að sér verk í þágu fyrirtækisins. Er gildissvið greinarinnar enn rýmra, þar sem 2. mgr. 58. gr. leggur þagnarskyldu einnig á hvern þann sem veitir viðtöku upplýsingum sem falla undir 1. mgr. greinarinnar, en leggur jafnframt þá skyldu á þann sem veitir upplýsingarnar að áminna um þagnarskyldu.

Brot gegn þagnarskylduákvæðum laganna varða refsingu, sektum eða fangelsi.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Sambærileg ákvæði danskra laga eru í 117. gr. o.áfr. í *Lov om finansiel virksomhed* (Lovbekendtgørelse 2008-09-04 nr. 897), sem leggur bann við því að veita eða nýta upplýsingar um viðskiptavinum sem leynt eiga að fara og mælir fyrir um undantekningar frá þagnarskyldu.; og grein 3-4 í *Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitutioner* (Lov 1988-06-10-40) með síðari breytingum, en orðalag í íslenska ákvæðisins svipar til hins norska.

<sup>11</sup> Sjá frekar skýrslu greinarhöfundar *Bankaleynd: lagaumbverfi og framkvæmd á Íslandi og í öðrum Evrópuríkjum*. Skýrsla unnin fyrir viðskiptaráðuneyti í mars 2009.

<sup>12</sup> Með 110. gr. laganna er Fjármálaeftirlitinu veitt heimild til að leggja á sektir vegna brota á 58. gr. og samkvæmt 112. gr. b varðar það sektum eða fangelsi allt að tveimur árum, liggi þyngri refsing ekki við broti samkvæmt öðrum lögum, að brjóta gegn ákvæðum 58. gr

#### 4. Sjóarmið sem byggja á fræðikerfi lögfræðinnar

Ef við beitum aðferðafræði sem tekur mið af fræðikerfi lögfræðinnar getum við byrjað á því að spyrja hvort reglurnar um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálastofnana séu hreinar einkaréttarlegar reglur og ef svo er, hvort sú niðurstaða hjálpar okkur við afmörkun á inntaki reglnanna.

Ef reglurnar væru að öllu leyti einkaréttarlegar reglur mætti ætla að þær væru útfærðar í lögum sem samningsbundnar reglur með samningsbundnum viðurlögum, eins og er í breskum rétti og þýskum.

Í breskum rétti byggist meginreglan um trúnaðar- og þagnarskyldu á sjóarmiðum samningaréttar þess efnis að trúnaður milli banka og viðskiptavina felist í samnings-sambandi þeirra. Þessi regla var staðfest í dómi frá 1924,<sup>13</sup> sem er enn vísað til sem fordæmis um bankaleynd í Bretlandi og slær því föstu að trúnaðar- og þagnarskylda sé undirsskilin í samningssambandi aðila.

Í þýskum rétti er trúnaðar- og þagnarskylda byggð á meginreglum samningaréttar um trúnaðarsamband banka og viðskiptavina og leiðir af skyldum bankans í samnings-sambandi aðila, en ekki af lögfestum reglum um þagnarskyldu. Í þagnarskyldunni felst bann við því að veita upplýsingar um þau málefni viðskiptavina sem þeir óska eftir að fari leynt. Meginreglan um bankaleynd nær til allra banka og fjármálafyrirtækja í Þýskalandi, hvort sem þeir eru einkareknir eða reknir af hinu opinbera.<sup>14</sup> Til viðbótar getur þagnarskylda opinberra starfsmanna komið til álitá þegar um ríkisrekna banka er að ræða og getur það í þeim tilvikum varðað refsingu að láta uppi upplýsingar, í stað þess sem almennt er, að brot á trúnaðar- og þagnarskyldu varði bótaskyldu vegna brota á samningi.

Í rétti Norðurlandanna er hins vegar, eins og hér á landi, um það að ræða að reglur, sem áður voru grundvallaðar á meginreglum á sviði samningaréttar, njóta nú ríkari verndar, sem m.a. birtist í því að trúnaðar- og þagnarskyldan er lögbundin og brot gegn ákvæðinu varðar refsiviðurlögum. Þetta skýrist líklega af tilgangi löggjafarinnar, þ.e. öðrum þæði að vernda einstaklinga í viðskiptum þeirra við fjármálafyrirtæki og má í því sambandi einnig vísa í breyttar áherslur í samningarétti.<sup>15</sup>

Sú vernd sem felst í trúnaðar- og þagnarskylduákvæðunum nær enn lengra en vernd sú sem samningalögin veita, þar sem refsíáabyrgð er lögð við broti á þagnarskyldu. Má því vísa til þeirra sjóarmiða sem einnig koma fram í frumvarpi með lögnum, þ.e. að þar sem um er að ræða málefni sem njóta verndar sem einkamálefni, komi sjóarmið til skoðunar sem dregin eru af vernd stjórnarskrárinnar á friðhelgi einkalífs. Hér leggur ríkið því skyldur á einkaaðila (fjármálafyrirtæki) til verndar öðrum einkaaðila, í samræmi við sjóarmið um jákvæðar skyldur ríkisins til að vernda réttindi þegnana.<sup>16</sup>

Það er ljóst af lýsingu á ákvæðum íslenskra laga um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja hér að ofan að ekki er um hreinar einkaréttarlegar reglur að ræða og

<sup>13</sup> *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 K.B. 461. Í málinu braut bankastarfsmaður þagnarskyldu þegar hann hringdi í vinnuveitanda stefnanda og upplýsti hann um yfirdrátt hans og skuld við bankann.

<sup>14</sup> Inntak þagnarskyldu í þýskum rétti ræðst af samningssambandi aðila og er vilji viðskiptavinarins meginatriði sem líta þarf til. Í stöðluðum samningsskilmálum fyrir fjármálafyrirtæki er mælt fyrir um skyldu banka og fjármálafyrirtækja að veita ekki þriðja aðila upplýsingar um viðskiptasamband aðila. Viðskiptavinir geta þó samþykkt að upplýsingar séu veittar og venjubundnar undanþágur eru einnig viðurkenndar.

<sup>15</sup> Sbr. einkum breytingar þær sem gerðar voru á 36. gr. laga nr. 7/1936, um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa á 9. áratug 20. aldar.

<sup>16</sup> Sjá frekar umfjöllun hér síðar um lagaákvæði um persónuvernd. Hér verður þó mögulega að gera greinarmun á einkamálefnum annars vegar og fjárhagsmálefnum hins vegar, sbr. frekari umfjöllun í lokakafli greinarinnar.

eru reglurnar því dæmi um það að ekki sé alltaf hægt að skilja með óvirkum hætti á milli einkaréttarlegra reglna og allsherjarréttarlegra reglna.

Þegar réttarsamband aðila er einkaréttarlegt, eins og er um réttarsamband einstaklings og fjármálafyrirtækis, er kjarni þess þó byggt á reglum einkamálaréttar. Meginreglur um samningsfrelsi, vilja aðila samningsins, sem og efni samnings þeirra, yrði því haft til hliðsjónar við túlkun á ákvæðunum. Gera má ráð fyrir því að samningsskilmálar banka þar sem samþykki viðskiptavina er fengið til að nota eða miðla upplýsingum standist ákvæði laganna, að uppfylltum skilyrðum þeim sem 60. gr. laganna setur, og að teknu tilliti til laga um persónuvernd. Ekki virðist hafa reynt á þetta álitafni fyrir dómstólum eða Fjármálaeftirlitinu (FME) og má ætla að um þetta standi ekki verulegur ágreiningur. Ef skera þarf úr um hvort um réttmæta upplýsingagjöf er að ræða eða ekki, yrði því m.a. leitast við að leiða í ljós ætlun aðila og huglæga afstöðu þeirra, auk sjónarmiða sem byggjast á eðli máls og öllum aðstæðum.<sup>17</sup>

Svipuð sjónarmið gætu eðli málsins samkvæmt, komið til álita við samninga einkaaðila, t.d. varðandi sölu eða endurskipulagningu fyrirtækja þar sem fjármálafyrirtæki hefur hagsmuni af því að veita upplýsingar, þar sem m.a. er að finna upplýsingar um fjárhagsmálefni viðskiptavina. Verður þá að ætla að við samningsgerð sé heimilt að nota upplýsingar, sem áfram yrðu bundnar trúnaði viðtakanda, eftir nánari samkomulagi aðila, þ.e. ekki væri skilyrði að fá samþykki viðskiptavinar um einstakar upplýsingar.<sup>18</sup> Þá hefur verið viðurkennt í réttarframkvæmd í öðrum ríkum að fjármálafyrirtæki geti með öðrum hætti, m.a. fyrir dómi, notið undantekninga frá þagnarskyldu um málefni einstakra viðskiptavina, ef réttmætir hagsmundir fjármála-fyrirtækisins krefjast þess.

Loks verður því haldið fram hér að einkaréttarlegt eðli reglna um trúnaðar- og þagnarskyldu hafi áhrif á það hvernig persónulegt gildissvið ákvæðanna verði afmarkað. Í 1. og 2. mgr. 58. gr. laga nr. 161/2002 er lögð skylda á hvern þann sem tekur að sér verk í þágu fyrirtækis, sem og þá sem veita upplýsingum sem háðar eru trúnaðar- og þagnarskyldu, enda séu þeir áminntir um þagnarskylduna. Svipuð ákvæði í dönskum rétti hafa ekki verið skýrð fyrir dómstólum, en ummæli í greinargerð benda þó til þess að miðað sé við að leggja þagnarskyldu á aðila, sem ekki eru þegar bundnir þagnarskyldu, og sem ekki falla þegar undir ákvæði laganna, en fá þó upplýsingar frá fjármálafyrirtækinu, fyrir tilstilli samningsbands við fyrirtækið.

Verður ekki talið að ákvæðið verði túlkað svo rúmt að það taki til hvers þess sem fær í hendur efni, sem háð er trúnaðar- og þagnarskyldu, eins og hugmyndir voru uppi um hér á landi, að því er varðaði notkun blaðamanna á efni sem þeir komust á snodir um. Koma þar einnig til þau sjónarmið réttarins, þegar um refsímál er að ræða, að refsheimildir í lögum séu skýrar, sbr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Verður því að telja að þegar brotið er gegn trúnaðar- og þagnarskyldu, varði það starfsmann fjármálafyrirtækis refsingu; refsíabyrgð verði hins vegar ekki lögð á viðtakanda sem nýttir upplýsingar sem heimildir við fjölmiðlun, þar sem refsing er ekki ótvírætt lögð við slíkra háttsemi í ákvæðum laga nr. 161/2002.<sup>19</sup> Önnur ákvæði laga geta þó komið til skoðunar um þetta efni.

<sup>17</sup> Sjá til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar frá 10. desember 2009 í máli nr. 357/2009*, sem fjallað er um hér að framan.

<sup>18</sup> Sbr. til hliðsjónar niðurstöðu danska fjármálaeftirlitsins í ákvörðun 2005-07-05 (þar sem reyndi á sölu lánabókar frá einu fjármálafyrirtæki til annars og var nauðsynlegur þáttur í samningsgerðinni að veita upplýsingar um lánin). Sjá tilvísun í Karnov 2009 (nóta 421).

<sup>19</sup> Ekki er ástæða til að fjalla um þetta frekar hér, en þó má benda á að löggjöf sem legði óvirkða refsíabyrgð á blaðamenn, í tilvikum sem þessum, myndi að öllum líkindum ekki samrýmast þeim kröfum sem tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar, 73. gr., gerir, þ.e. að takmarkanir á tjáningarfrelsi séu nauðsynlegar í lýðfrjálsum samfélagi og gæti meðalhófs. Á árinu 2009 vísaði settur ríkissaksóknari frá kærnum Fjármálaeftirlitsins á hendur tilteknu fjölmiðlafólki, fyrir brot á ákvæðum 58. gr. laga nr. 161/2002, en dómstólar hafa ekki skorið úr því álitafni hvort 2. mgr. 58. gr. laga nr. 161/2002 nær til tilvika sem þessara.

## 5. Íslenskar réttarreglur um bankaleynd og reglur um persónuvernd

### 5.1 Skörun reglna um bankaleynd og reglna um persónuvernd

Í lögum nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, er fjallað um vinnslu persónuupplýsinga, en það eru allar persónugreindar eða persónugreinanlegar upplýsingar um hinn skráða. Þessar reglur tilheyra ótvírætt allsherjarrétti. Hér er stuðlað að vernd einstaklinga bæði gegn upplýsingaöflun ríkisins um einkamálefni manna og sambærilegri upplýsingasöfnun og vinnslu annarra einkaaðila. Eins og fram kemur í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 77/2000 felst í reglunum útfærsla á reglum um friðhelgi einkalífs, sem varið er í 71. gr. Stjórnarskrárinnar og eru þessar reglur einnig dæmi um jákvæðar skyldur ríkis til að standa vörð um réttindi einstaklinga, umfram þá skyldu sem stjórnarskrárákvæði leggja á handhafa ríkisvalds að forðast afskipti af einkamálefnum manna.

Reglur um persónuvernd hafa verið samræmdar innan Evrópusambandsins (ESB), í tilskipun 95/46/EB, en reglur þeirrar tilskipunar hafa verið teknar upp í EES-samninginn og innleiddar hér á landi með áðurgreindum lögum. Reglur um persónuvernd varða fyrst og fremst meðferð upplýsinga og hátt á skráningu þeirra, þannig að gæði skráningar, réttindi einstaklinga og eftirlit með starfsemi ábyrgðaraðila sé tryggt. Að því marki sem þær varða heimild til skráningar, sem og heimild til afhendingar til þriðju aðila þeirra upplýsinga sem skráðar eru, geta reglurnar skarast við reglur um þagnarskyldu fjármálfyrirtækja, en svo þarf þó ekki að vera.

Rafræn skráning á upplýsingum, er ekki leyfisskyld, skv. 33. gr. laganna og er því skráningarkerfi banka ekki leyfisskyld skv. 33. gr. Öll vinnsla persónuupplýsinga sem fellur undir lögina er hins vegar tilkynningarskyld til Persónuverndar, skv. 31. gr. laganna og ber fjármálfyrirtækjum því að tilkynna Persónuvernd um þá starfsemi sína. Samþykkis einstaklings fyrir vinnslu er krafist, sbr. 8. gr. laganna, og er kröfum um samþykki fyrir skráningu persónuupplýsinga og miðlun upplýsinga til annarra, sem undanþágu frá trúnaðar- og þagnarskyldu, oft slegið saman á stöðluðum formum fjármálfyrirtækja, þar sem viðskiptavinur skrifar undir.<sup>20</sup>

Reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálfyrirtækja eru sérreglur gagnvart reglum um persónuvernd. Eru reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu rýmri, m.a. að því er tekur til lögaðila, en ákvæði laga nr. 77/2000 eru fyrst og fremst miðuð við einstaklinga.<sup>21</sup> Í sumum tilvikum falla álitafæni þó eingöngu undir ákvæði laga um persónuvernd, s.s. ef starfsmenn banka fletta upp upplýsingum um einstaka viðskiptavini, án þess að það tengist sérstaklega starfssviði þeirra eða verkefni. Ef upplýsingunum er ekki miðlað til annarra fellur slík framkvæmd ekki undir ákvæði laga nr. 161/2002, þar sem ákvæðið tekur aðeins til þess að starfsmenn fjármálfyrirtækis veiti öðrum upplýsingar um einkamálefni viðskiptavinar. Hér reynir hins vegar á reglur um meðferð persónuupplýsinga og innra eftirlit þess aðila sem vinnur slíkar upplýsingar.

<sup>20</sup> Sem dæmi má benda á staðlað eyðublað íslensks banka: „Samþykki til vinnslu upplýsinga“ – „Samþykki samkvæmt þessu umbóði uppfyllir áskilnað um ótvírætt samþykki skv. lögum nr. 161/2002 um fjármálfyrirtæki og lögum nr. 77/2000 um persónuvernd.

<sup>21</sup> Lög nr. 77/2000 taka að nokkru leyti til upplýsinga um lögaðila og í 45. gr. laganna er reglugerðarheimild til að safna upplýsingum sem varða fjárhagsmálefni og lánstraust fyrirtækja og annarra lögaðila. Er slík starfsemi leyfisskyld. Um þessa starfsemi gildir reglugerð nr. 246/2001 um söfnun og miðlun upplýsinga um fjárhagsmálefni og lánstraust. Reglugerðin á aðeins við um slíkar fjárhagsupplýsingastofur, en ekki um vinnslu einstakra banka eða fjármálfyrirtækja á upplýsingum til eigin nota. Miðlun banka og fjármálastofnana til fjárhagsupplýsingastofa, ef um það er að ræða, fer þá eftir reglum um trúnaðar- og þagnarskyldu, og byggist á samþykki viðskiptavina. Aldrei er heimilt að vinna með viðkvæmar persónuupplýsingar, sbr. 3. gr. í reglugerð nr. 246/2001. Eins og fram kom í úrskurði stjórnar Persónuverndar frá 22. júní 2010 í máli *V gegn Creditinfo-Lánstrausti*, ber ábyrgðaraðili (hér aðili sem vann og miðlaði áhættumati um einstaklinga) ábyrgð á því að samþykki viðkomandi liggi fyrir, áður en vinnsla fer fram.



## 6. Lögbundnar takmarkanir á trúnaðar- og þagnarskyldu

### 6.1 Ákvæði íslenskra laga

Í íslenskum rétti hefur orðið sambærileg þróun og í öðrum ríkjum, innan og utan ESB, sem lýsir sér í auknum lögbundnum takmörkunum á trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja í þágu ýmissa almannahagsmuna. Hefur þessi breyting á reglum um þagnarskyldu kallað á athugasemdir á borð við þær að sífellt sé gengið nær kjarna þeirrar verndar sem reglurnar veita, þannig að reglurnar séu allt að því marklausar. Á hinn bóginn hefur það verið viðurkennt að breytt starfsumhverfi fjármálastofnana, einkum aukin alþjóðavæðing, kalli á frekari upplýsingaöflun í þágu opinbers eftirlits, t.d. fjármálaeftirlits, samkeppniseftirlits, skatteftirlits, réttarvörslu og baráttu gegn alþjóðlegri glæpastarfsemi, s.s. peningingaþvætti.<sup>22</sup> Er enginn vafi á því að í flestum vestrænum ríkjum, og víðar, eru viðamiklar takmarkanir viðurkenndar á trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja. Er það einkum í ríkjum eins og Lúxemborg, Sviss og Liechtenstein, sem löngum hafa verið þekkt fyrir ríka bankaleynd, sem ákvæði laga um trúnaðar- og þagnarskyldu eru túlkuð þannig að þau veiti ríka vernd gegn miðlun upplýsinga, oft með vísan til sjónarmiða sem byggja á grundvallarregum um friðhelgi einkalífs. Þá hafa sömu ríki verið treg til að gangast undir þjóðréttarlegar skuldbindingar um skipti á upplýsingum eða alþjóðlega samvinnu til að koma í veg fyrir skattsvik.<sup>23</sup>

Hér á eftir verður gefið stutt yfirlit yfir þau ákvæði íslenskra laga sem mæla fyrir um lögbundnar takmarkanir á þagnarskyldu fjármálafyrirtækja.

#### 6.1.1 Fjármálaeftirlit

Um fjármálaeftirlit er fjallað í lögum nr. 87/1998, um opinbert eftirlit með fjámálastarfsemi, auk þess sem ýmis ákvæði laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki afmarka hlutverk Fjármálaeftirlitsins (FME) og þar með heimildir þess til eftirlits, sbr. einkum ákvæði XIII. kafla þeirra laga um almennar eftirlitsheimildir.

Í 3. mgr. 9. gr. fyrrgreindu laganna, með síðari breytingum kemur fram eftirfarandi viðmið um skyldu einstaklinga og lögaðila til að láta FME í té upplýsingar:

Í tengslum við eftirlit og athuganir mála samkvæmt ákvæðum sérlaga er einstaklingum og lögaðilum skylt að láta Fjármálaeftirlitinu í té allar upplýsingar og gögn sem það telur nauðsynleg. Skiptir ekki máli í því sambandi hvort upplýsingarnar varða þann aðila sem beiðninni er beint til eða þau skipti annarra aðila við hann er hann getur veitt upplýsingar um og varða athuganir og eftirlit Fjármálaeftirlitsins. Lagaákvæði um þagnarskyldu takmarka ekki skyldu til þess að veita upplýsingar og aðgang að gögnum. [...]

Þótt eftirlit með fjármálafyrirtækjum miðist fyrst og fremst við starfsemi fjármálafyrirtækja, og leiði því ekki sjálfkrafa til þess að upplýsingar um einstaka viðskiptavinum þeirra séu nauðsynlegar í þágu eftirlits, getur þó til þess komið og kallað sé eftir slíkum upplýsingum og er ljóst að þagnarskylda vikur fyrir heimildum FME til eftirlits.

Hér má sem dæmi nefna ákvæði 107. gr. laga nr. 161/2002, einkum 2. mgr. 107. gr. (upplýsingar frá eða um einstaklinga og lögaðila sem eiga eða hyggjast eignast eignarhlut í fjármálafyrirtæki) og 4. mgr. 107. gr., en með heimild í þeirri grein getur FME krafist upplýsinga, m.a. um viðskipti fjármálafyrirtækis við dóttur- og hlut-

<sup>22</sup> F.W.F Neate: *Bank Confidentiality*. Tottel 2006, inngangur.

<sup>23</sup> Sjá frekar Dennis Campbell (ritstjóri): *International Bank Secrecy*. London, 1992. Í ritinu er fjallað um Luxembourg (Guy Harles, bls. 471-480), um Sviss ( Hans Bollmann, bls. 663-699) og um Liechtenstein (Andreas Batliner, bls. 429-467). Ekki er fjallað hér um alþjóðlega samvinnu eða samninga sem miða að samstarfi milli ríkja til að koma í veg fyrir skattundanskot, o.fl., en samningar milli ríkja um skipti á upplýsingum eru þáttur í þeirri samvinnu.

deildarfélög þess, félög sem hafa yfirlit yfir eða eiga hlutdeild í fjármálafyrirtækinu og við önnur dóttur- og hlutdeildarfélög þeirra félaga og einstaklinga sem eiga 20% hlut eða stærri í framangreindum félögum. Í þessum tilvikum víkur þagnarskylda fjármálafyrirtækja um málefni viðskiptavina fyrir heimildum FME til að fá upplýsingar, samkvæmt skýru orðalagi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998.

Reglur um fjármálaeftirlit eru reglur á sviði allsherjarréttar og styðjast við vernd almannahagsmuna, sem m.a. eru afmarkaðir með tilliti til stöðugleika fjármálakerfisins, nauðsyn á eftirliti með góðum viðskiptaháttum og heilbrigðri samkeppni, sem og gjaldfærni fjármálafyrirtækja. Þau meginsjónarmið sem ráða túlkun á þessu sviði eru kunnugleg úr stjórnisýslurétti. Miða verður við að ákvarðanir fjármálaeftirlits byggist á lögum, þ.e. á þeim heimildum til eftirlits sem því eru veittar; að valdi sé beitt málefnalega og gætt að meðalhófsreglu. Ef sýnt er fram á að þeim meginsjónarmiðum sé fullnægt, verður að telja litlar líkur á því að dómstólar kæmst að þeirri niðurstöðu að trúnaðar- og þagnarskylda fjármálafyrirtækja gengi framur upplýsingaskyldu sem leiðir af beinum ákvæðum laganna, m.a. með hliðsjón af úrlausnum dómstóla á sviði skatteftirlits, sem fjallað verður um hér á eftir.

Ef um sérstakar athuganir eða haldlagningu gagna er að ræða, sem er þáttur í rannsókn sakamáls eru meiri kröfur gerðar. Fjármálaeftirlitinu er þannig heimilt að gera sérstakar athuganir og leggja hald á gögn í samræmi við ákvæði laga um meðferð sakamála, enda séu ríkar ástæður til að ætla að eftirlitsskyldur aðili eða einstaklingar og lögaðilar hafi brotið gegn lögum eða reglum sem Fjármálaeftirlitinu er falið að hafa eftirlit með eða ástæða er til að ætla að athuganir eða aðgerðir Fjármálaeftirlitsins nái að öðrum kosti ekki tilætluðum árangri. Verður ákvæðum laga um meðferð sakamála þá beitt við framkvæmd.

#### 6.1.2 Rannsókn refsiverðra brota – réttarvarsla

Lög um meðferð sakamála nr. 88/2008 gilda um rannsókn og ákæru vegna ætlaðra refsiverðra brota. Í 2. þætti, VII kafla eru ákvæði um rannsókn mála, þar sem m.a. kemur fram að fá má atbeina dómstóla ef vitni neitar að svara spurningum. Getur héraðsdómur úrskurðað um lögmæti aðgerða á rannsóknarstigi og á það við t.d. ef vitni neitar að gefa skýrslu, sem og um ágreining um lögmæti rannsóknarathafna lögreglu eða ákæranda, sbr. 102. gr., sbr. 59. gr. laganna. Það veltur því á úrskurði dómara hvort einstaklingi er skylt að bera vitni, sbr. nánar 119. gr. laganna.

Óvíst er að þau ákvæði greinarinnar sem mæla fyrir um takmarkaða vitnaskyldu<sup>24</sup> eigi við um starfsmenn fjármálafyrirtækja. Í greininni eru þær starfsstéttir tilteknar sem eru taldar vera í sérstöku trúnaðarsambandi við skjólstæðinga sína, og eru þar taldir endurskoðendur, félagsráðgjafar, lögmenn, lækningar, prestar, forstöðumenn trúfélaga, sálfræðingar eða aðrir sem viðlíka trúnaðarskylda fylgir. Verður að telja að hér sé fyrst og fremst miðað við að vikið verði frá vitnaskyldu að því er varðar persónuleg málefni, þar sem sérstök trúnaðarskylduákvæði laga eiga við, en ekki er víst að starfsmenn fjármálafyrirtækja teldust falla hér undir.

Hvað sem öðru líður getur dómari úrskurðað, skv. 3. mgr. 119. gr. laganna að ríkari hagsmunir séu af því að spurningunum verði svarað, en trúnaði haldið, fyrir utan atriði sem ákærði hefur trúað verjandi presti eða forstöðumanni trúfélags um. Þá verður einnig að gæta að ákvæði 118. gr., þess efnis að engum sé skylt að bera vitni um atriði sem geta fellt sök á viðkomandi. Loks njóta viðskiptaleyndarmál verndar samkvæmt ákvæðum 2. mgr. 118. gr. og fer það þá eftir úrskurði dómara hvort hagsmunir einstaklings af að halda þeim upplýsingum leyndum teljast ríkari en hagsmunir af vitnisburði.

<sup>24</sup> Þetta þýðir með öðrum orðum að vitni sé ekki skylt að svara spurningum um einkamálefni manna, sem háð eru trúnaði vegna sérstaks sambands aðila, eða um leyndarmál um viðskipti, sem vitnið hefur komist að í starfi sínu, sjá b. og d. lið 2. mgr. 119. gr. laganna.

### 6.1.3 Skattefirlit

Skattyfirvöldum eru með lögum fengnar víðtækar heimildir til að fá upplýsingar um fjárhagsmálefni einstaklinga frá bönkum og fjármálafyrirtækjum, hvort sem er almennar upplýsingar, s.s. um greidda vexti og afdregna staðgreiðslu; sem og innistæður eða inneignir í árslok,<sup>25</sup> eða eftir beiðni skattyfirvalda vegna skattlagningar eða rannsókna á skattlagningu. Ber fjármálafyrirtækjum samkvæmt greininni að upplýsa um og láta í té gögn að því marki sem þeim er unnt, sbr. 94. gr. laga nr. 90/2003.

Með nýlegum breytingum á ákvæðum 94. gr. laganna<sup>26</sup> hafa verið tekin af tvímæli um að ákvæði annarra laga um trúnaðar- og þagnarskyldu víki fyrir þessum ákvæðum. Örugg dómafordæmi eru einnig fyrir því að trúnaðar- og þagnarskylda fjármálafyrirtækja víkur fyrir þessum heimildum skattyfirvalda, sbr. einkum *Hrd. 1965, bls. 930 (mál nr. 201/1965)*.<sup>27</sup> Í dómi *Hæstaréttar frá 8. mars 2007 í máli nr. 333/2006* og dómi *Hæstaréttar frá 8. mars 2007 í máli nr. 345/2006* var deilt um heimildir ríkisskattstjóra til að krefjast upplýsinga samkvæmt 2. mgr. 92. gr. laga nr. 75/1981 um viðskipti með hlutabréf, en um var að ræða kröfu um sundurliðaðar upplýsingar á tilteknu formi frá ríkisskattstjóra. Taldi héraðsdómur að miðað við hlutverk skattyfirvalda væri tilgangur lagaheimildarinnar málefnalegur og beiting skattyfirvalda innan marka meðalhófsreglu. Þá var tekið fram að þagnarskylda samkvæmt 58. gr. laga nr. 161/2002 viki fyrir heimildum skattalaga. Niðurstaðan var staðfest í *Hæstarétti* í báðum málum, sem voru sambærileg.

Í *Hrd. 1999, bls. 3750 (mál nr. 156/1999)* var einnig staðfest að þagnarskylda viki fyrir heimildum skattyfirvalda samkvæmt 15. gr. laga nr. 94/1996 um staðgreiðslu skatts á fjármagnstekjur, sem er sambærileg við 94. gr. þágildandi laga nr. 75/1981, og mælir fyrir um skyldu allra, bæði framtalsskyldra aðila og annarra til að láta skattyfirvöldum í té allar nauðsynlegar upplýsingar og gögn er þau biðja um. Í niðurstöðu *Hæstaréttar* sagði að játa bæri skattyfirvöldum rúmar heimildir til mats um það hvenær slíkra upplýsinga sé þörf, með þeim takmörkunum að slíkt mat yrði að vera málefnalegt. Var könnun skattyfirvalda á framkvæmd laga nr. 94/1996, með samanburði á framtöldum fjármagnstekjum rúmlega 1300 skattgreiðenda og fjárhæð sem bankar og sparisjóðir höfðu reiknað saman, innan þeirra marka.<sup>28</sup>

Með áðurgreindum breytingum á lögum um tekjuskatt, með lögum nr. 46/2009, voru einnig tekin upp þau nýmæli að aðilum sem eiga a.m.k. helming eignarhalds í félagi (eða fara með stjórnunarleg yfirráð) ber að veita upplýsingar um viðskipti dótturfélags eða útibús í öðrum ríkjum við aðila í lágsfattaríkjum, skv. 1. mgr. 57. gr. a laganna. Auk þess er fjármálafyrirtækjum, endurskoðendum, lögmönnum og öðrum sem sem veita skattaráðgjöf eða þjónustu, sem snertir umráð eða beina eða óbeina eignaraðild viðskiptavinanna að rekstri félaga, sjóða eða stofnana sem skráð eru erlendis eða eignir þar, skylt að láta skattyfirvöldum í té umrædda skrá er þau beiðast þess.<sup>29</sup> Víkur trúnaðar- og þagnarskylda fjármálafyrirtækja hér einnig fyrir upplýsinga-skyldu, en almennt verður að líta svo á að í þagnarskyldunni felist að hvorki skuli upplýsa um að viðskiptasamband sé til staðar, né hvers eðlis það er.

<sup>25</sup> Sjá 2. og 3. mgr. 92. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt, með síðari breytingum.

<sup>26</sup> Sjá nú 5. mgr. 94. gr. laganna, sbr. lög nr. 46/2009.

<sup>27</sup> Í málinu hafði Landsbanki neitað að svara upplýsingum ríkisskattstjóra um reikninga tiltekinna aðila, innistæður, skuldir og önnur viðskipti á þeim grundvelli að það væri óheimilt vegna ákvæða 1. mgr. 17. gr. laga nr. 11/1961 um Landsbanka Íslands, sem fjallaði um þagnarskyldu. *Hæstiréttur* staðfesti úrskurð sakadóms þess efnis að samkvæmt ákvæðum skattalaga (þáverandi 36. gr. laga nr. 90/1965) væri viðkomandi „skýlaust gert að skyldu að láta í té slíkar upplýsingar til tilekins aðilja“. Ákvæði skattalaga væru sérákvæði, sem auk þess væru yngri, og gengju framar almennu ákvæði laga um Landsbanka Íslands. Jafnframt var tekið fram í úrskurði sakadóms að það væri komið undir mati skattyfirvalda hvort þörf væri á upplýsingum og að ekki væri þörf dómsúrskurðar í hverju tilviki.

<sup>28</sup> Sjá einnig dóm *Hæstaréttar* frá 3. október 2008 í máli nr. 514/2008.

<sup>29</sup> Sjá nú 4. mgr. 94. gr. laga nr. 90/2003, sbr. lög nr. 46/2009.

#### 6.1.4 Peningaþvætti og innherjaviðskipti

Fyrsta tilskipun Evrópusambandsins um peningaþvætti, tilskipun 91/308/EBE miðaði að því að koma í veg fyrir peningaþvætti innan innri markaðarins með því að leggja skyldur á fjármálafyrirtæki að bera kennsl á viðskiptamenn og tilkynna vísbendingar um peningaþvætti til lögbærra yfirvalda. Með peningaþvætti er átt við yfirfærslu eigna eða fjármuna sem eiga uppruna í refsiverðum brotum yfir í löglegt fjárstreymi, sbr. nákvæma skilgreiningu í 1. gr. tilskipunar 2005/60/EB. Sú tilskipun, sem er þriðja tilskipunin á þessu sviði, uppfærir fyrri tilskipanir og tekur auk þess til fjármögnunar hryðjuverka. Allar þessar tilskipanir hafa verið teknar upp í EES-samninginn, sbr. viðauka IX við EES-samninginn (fjármálaþjónusta), liðir 23-23.b.

Reglur til að koma í veg fyrir peningaþvætti fela augljóslega í sér undantekningar frá trúnaðar- og þagnarskyldu, sbr. einnig 22. gr. tilskipunarinnar. Auk þess er aðildarríkjum gert að setja á stofn eftirlitsstofnanir og skulu eftirlitsstofnanir skiptast á upplýsingum. Þessar reglur gilda í öllum ríkjum ESB og EES. Eftirlit fer eftir frekari reglum í hverju ríki um sig, en ríkjunum ber skylda til þess, skv. 37. gr. tilskipunarinnar að sjá til þess að virkt eftirlit sé haft með starfseminni og að yfirvöld hafi nægilegar valdheimildir til að krefjast allra upplýsinga sem nauðsynlegar eru.

Ákvæði þessarar tilskipana eru innleidd hér á landi með lögum nr. 64/2006 um aðgerðir gegn peningaþvætti og fjármögnun hryðjuverka. Kemur þar skýrt fram að tilkynningar sem gefnar eru í góðri trú brjóti ekki gegn þagnarskyldu skv. öðrum lögum, sbr. 21. gr. laganna og skapi hvorki refsí- né skaðabótaskyldu. Löggin geyma frekari fyrirmæli um það hvenær tilkynna ber um viðskipti, sem ætla má að brjóti gegn lögnum til lögreglu, sbr. 17. gr. laganna, og bann við upplýsingagjöf, sem í þessu tilviki á við um það að þeim sem grunaðir séu um ólögsmæta starfsemi séu ekki veittar upplýsingar, sbr. 20. gr. laganna.

Reglur um innherjaviðskipti eru settar í tilskipun 2003/6/EB, sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn, í viðauka IX, lið 29.a. Nauðsynlegt eftirlit og rannsókn vegna ætlaðra innherjaviðskipta getur takmarkað reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu. Reglurnar hafa verið innleiddar hér á landi með XIII. kafla laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti, auk þess sem ákvæði laga um meðferð sakamála, nr. 88/2008 geta skipt máli.

#### 6.2 Áhrif samræmdra reglna ESB og EES á trúnaðar- og þagnarskyldu

Eins og sjá má á framangreindu yfirliti eru það fyrst og fremst takmarkanir á trúnaðar- og þagnarskyldu, á ákvæðnum sviðum, sem eru til komnar, eða verða fyrir áhrifum af lagasamræmingu innan Evrópu (ESB og EES). Þar er einkum um að ræða samræmdar reglur til að koma í veg fyrir peningaþvætti og innherjaviðskipti, og eru þær reglur, eins og aðrar reglur á sviði innri markaðarins settar með heimild í ákvæðum sem varða það markmið sambandsins að koma á og viðhalda sem virkustum innri markaði.<sup>30</sup> Reglur um vernd persónuupplýsinga eru, innan ESB, settar öðrum þræði til að auðvelda flutning slíkra upplýsinga á innri markaðinum, en einnig er það sjónarmið ráðandi að þess sé gætt að við vinnslu persónuupplýsinga í þágu yfirvalda og einkaaðila, sé ekki gengið gegn grundvallarsjónarmiðum um vernd einkalífs.<sup>31</sup> Lagasamræming á sviði skattaréttar er mun styttra komin, vegna takmarkaðra valdheimilda ESB, og gætir þeirrar lagasamræmingar lítið innan EES-samningsins.<sup>32</sup> Ekki eru að svo komnu máli

<sup>30</sup> Samræmdar reglur um peningaþvætti voru settar á grundvelli eldri ákvæða samninganna (þ.e. ákvæði 47 gr. (sem er nú, eftir breytingu 53. gr. samnings um starfsemi ESB, sbr. einnig almenna lagasamræmingarheimild í þáverandi 95. gr. (nú eftir breytingu 114.gr); reglur um innherjaviðskipti voru einnig settar á grundvelli þáverandi 95. gr.)

<sup>31</sup> Reglur um persónuvernd eru settar á grundvelli almennrar lagasamræmingarheimildar (þáverandi 100. gr.a, síðar 95. gr. og nú, eftir breytingu 114. gr.)

<sup>32</sup> Stefna ESB í skattamálum er fyrst og fremst á sviði óbeinna skatta, s.s. virðisaukaskatts. Að því er varðar beina skatta hafa samræmdar reglur ESB aðeins tekið til samvinnu yfirvalda, í tilskipun

ítarlegar heimildir til lagasamræmingar á sviði refsiréttar, né á sviði einkaréttar, þar sem reglur hvers ríkis um sig ráða ferð í meginatriðum. Inntak trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja er þannig ekki samræmd, en heimildir fjármálaeftirlits til eftirlits með fjármálafyrirtækjum og til að krefjast upplýsinga frá þeim bæði innan hvers ríkis um sig – og milli eftirlitsaðila innan EES-samningsins - hefur í auknum mæli orðið fyrir áhrifum frá samræmdum reglum ESB, sem einnig hafa verið teknar upp í EES-samninginn, einkum í tilskipun 2006/48/EB (endurbirt þriðja bankatilskipunin), sem byggir á fyrri tilskipunum, sem hafa verið teknar upp í EES-samninginn og innleiddar hér á landi. Af þessum reglum leiðir m.a. samstarf yfirvalda í aðildarríkjum og upplýsingaskipti um öll þau atriði sem auðvelda lögbundið eftirlit, skv. ákvæðum tilskipunarinnar.<sup>33</sup>

Ekki er svigrúm til að fjalla ítarlega um áhrif reglna EES-samningsins á túlkun innlendra reglna á þessu sviði, enda um viðamiknið og nýtt svið að ræða í fræðikerfi lögfræðinnar og lögfræðilegri aðferðafræði. Reglur á þessum sviðum verður að flokka með þjóðréttarreglum, en þær eru að auki innleiddar og fá gildi sem íslenskar lagareglur, að meira eða minna leyti. Við túlkun og skýringu laga verður því að taka mið af eðli og tilgangi reglnanna, sem oft er að stuðla að því að reglur innri markaðarins nái tilgangi sínum, frekar en að svipa til lagareglna í landsrétti, sem mæla fyrir um eða banna tiltekna háttsemi. Það eru því alltaf reglur landsréttar, skýrðar til samræmis við viðeigandi ákvæð EES-réttar, sem koma til álita við úrlausn réttarágreinings.

### 6.3 Grunnrök þagnarskylduákvæða og áhrif þeirra

Þó að ekki sé fjallað um það sérstaklega hér leiðir það af grunnsjónarmiðum sem ákvæði um trúnaðar- og þagnarskyldu byggjast á, að þar sem takmarkanir eru gerðar á þagnarskyldu, í þágu eftirlits eða réttarvörslu, hvílir sambærileg þagnarskylda á þeim stjórnvöldum sem taka við upplýsingum.<sup>34</sup> Ekki er því um það að ræða að upplýsingar sem veittar eru, vegna takmarkana á þagnarskylduákvæðum, verði við það aðgengileg hverjum sem er<sup>35</sup> eða að hver sem er eigi rétt á að fá slíkar upplýsingar. Má hér vísa til þeirra grunnraka sem ákvæði um trúnaðar- og þagnarskyldu hvíla á, þ.e. að aðilum er almennt ekki skylt að láta af hendi upplýsingar um einkamálefni sín, nema þeir kjósi sjálfir, eða þeim sé það skylt samkvæmt tilteknum fyrirmælum. Með sama hætti er þeim sem fá slíkar upplýsingar, annað hvort vegna samningsgerðar eða samskipta aðila, eða stjórnvöld í lögbundnu hlutverki sínu, hvorki rétt né skylt að miðla þeim upplýsingum áfram, nema rök standi til þess.

Í þessu sambandi má benda á, annars vegar að samkvæmt upplýsingalögum, nr. 50/1996, þar sem mælt er fyrir um skyldu stjórnvalda til að veita einstaklingum sem þess krefjast upplýsingar og gögn í tengslum við stjórnvörslu ríkis og sveitarfélaga, vikur upplýsingaskylda fyrir einkahagsmunum sem sanngjarnt er og eðlilegt er að leynt fari. Samkvæmt 5. gr. laga nr. 50/1996 taka slíkir einkahagsmunir til einka- og fjárhagsmálefna einstaklinga og myndu upplýsingar sem trúnaðar- og þagnarskylda fjármála-

---

77/799/EBE, sem mælir fyrir um samvinnu og upplýsingaskipti varðandi álagningu tekju- og fjármagnstekjuskatts, en tilskipunin gefur aðildarríkjum mikið svigrúm. Reglur hafa einnig verið settar um skattlagningu á sparnað í tilskipun 2003/48/EB, sem hefur það að markmiði að samræma reglur um skattlagningu fjármagnstekna þannig að þær séu skattlagðar í búseturíki einstaklings. Þessar reglur hafa ekki verið innleiddar hér á landi.

<sup>33</sup> Sjá m.a. 42. gr. tilskipunarinnar um samstarf eftirlitsaðila, sbr. og 44. gr. um þagnarskyldu starfsmanna eftirlitsaðila. Tilskipunin setur ekki reglur um þagnarskyldu fjármálafyrirtækjanna sjálfra, en gerir ráð fyrir því að þær séu til staðar, þó að þær reglur víki í þágu eftirlits. Sérstök upplýsingaskylda er lögð á þá sem bera ábyrgð á eftirliti með ársreikningum og samstæðureikningum um mikilvæg atriði sem varða rekstur fjármálafyrirtækja.

<sup>34</sup> Víða eru dæmi um slíka þagnarskyldu sem ekki verða rakin hér.

<sup>35</sup> Undantekningar frá þessu eru einkum ef upplýsingar koma fram m.a. við rekstur dómsmála, þar sem þær upplýsingar verða að jafnaði opinberar.

fyrirtækja tekur til því oft falla undir undantekningarákvæði upplýsingalaga, ef til þess kæmi að upplýsingalög ættu við.

Þá er rétt að benda á að með lögum nr. 135/2008 um embætti sérstaks saksóknara og lögum nr. 142/2008 um rannsókn á aðdraganda og orsökum falls íslensku bankanna 2008 og tengdra atburða, voru lögfestar sérstakar heimildir til að rannsaka atriði sem tengjast starfsemi íslenskra fjármálafyrirtækja á liðnum árum. Um sérstök og víðtæk úrræði var að ræða og fengu rannsóknaraðilar víðtækar heimildir sem ganga framfar þagnarskyldu fjármálafyrirtækja og auk þess heimildir til að birta niðurstöður sínar opinberlega. Er þar um að ræða víðtæk frávik frá ákvæðum laga um trúnaðar- og þagnarskyldu, sem helgast af þeim sérstöku aðstæðum sem uppi voru.

## 7. Eru reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu leiddar af ákvæðum stjórnarskrár?

Álitaefni um inntak og réttaráhrif stjórnarskrárákvæða eru með erfidari álitaefnum. Í samhengi þessarar greinar má lýsa því vandasama álitaefni m.a. með vísan til þess að í fræðikerfi lögfræðinnar er ríkisrétturinn (stjórnskipunarréttur og stjórnsýsluréttur) hluti allsherjarréttar, þar sem hann fjallar um grunnatriði stjórnskipunarinnar. Á hinn bóginn er stjórnarskráin af sumum talin grundvöllur og grunnheimild allrar löggjafar, auk þess að vera rétt hærrí en önnur löggjöf. Koma þá upp sjónarmið um það að dómstólar meti stjórnskipulegt gildi laga og geti fellt þau úr gildi ef þau brjóta gegn stjórnarskrá.<sup>36</sup>

Í íslenskum rétti hefur sú þróun sem viðurkennir vald dómstóla til að skera úr um stjórnskipulegt gildi laga verið nokkuð hröð, en á fyrri hluta síðustu aldar einkennist íslenskt réttarkerfi af meginsjónarmiðum sambærilegum við það sem gildi í rétti annarra Norðurlanda, þar sem lýðræðisrök þóttu leiða til þess að vald dómstóla til að endurskoða gerðir löggjafans var talið takmarkað. Meira bar hins vegar á því á síðari hluta aldarinnar að dómstólar vikju til hliðar lögum (eða ákvörðunum stjórnvalda) vegna þess að þau stæðust ekki gagnvart ákvæðum stjórnarskrárinnar, einkum mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar.

Eins og fram er komið eiga reglur um persónuvernd og reglur um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja um einkamálefni einstaklinga rót að rekja m.a. til stjórnarskrárákvæðis um friðhelgi einkalífs, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar, eins og henni var breytt með lögum nr. 97/1995. Greinin, sem mælir fyrir um rétt til friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu<sup>37</sup> felur í sér að einstaklingar eigi stjórnarskrárvarinn rétt á að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi, tilfinningalíf, samskipti og tilvinningasambönd við aðra.<sup>38</sup> Kjarni greinarinnar varðar því persónuleg málefni, þ.e. atriði sem tengjast líkamlegu og andlegu sjáfræði, sjálfsmynd, þ. á m. kynímynd og kynfrelsi og persónufrelsi almennt.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Hér verður ekki fjallað um fræðileg álitaefni á borð við mikilvægi stjórnarskrárinnar, sem grunnheimildar réttarkerfisins (constitutionalism), en fræðilegur ágreiningur stendur um þessar áherslur, sem fara gegn flokkun réttarkerfisins í allsherjarrétt og einkarétt. Í þeirri flokkun er stjórnskipunarrétturinn undirgrein allsherjarréttar, en ekki sjálfstæð grein.

<sup>37</sup> Greinin er orðuð svo: „Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu./Ekki má gera líkamsrannsókn eða leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Það sama á við um rannsókn á skjölum og póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum, svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manns./Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.“

<sup>38</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*. Reykjavík 2008, bls. 288.

<sup>39</sup> Sama heimild þar sem einnig er vísað til inntaks 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem hefur áhrif á skýringu stjórnarskrárákvæðisins.

Ekki hefur verið úr því skorið að hve miklu leyti upplýsingar um fjármál fólks falla innan verndarsviðs greinarinnar. Má nefna í því sambandi að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur aldrei fallist á það með óyggjandi hætti að réttur til að halda fjárhagslegum málefnum sínum leyndum falli undir ákvæði greinarinnar.<sup>40</sup> Úrlausnir íslenskra dómstóla benda heldur ekki til þess að upplýsingar um fjárhagsleg málefni falli, sem slíkar, undir ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í *Hrd. 1999, bls. 3750 (mál nr. 156/1999)*, sem áður er nefndur, tók Hæstiréttur á þeim röksemdum að 71. gr. stjórnarskrárinnar kæmi í veg fyrir að bankanum væri skylt að afhenda ríkisskattstjóra upplýsingar vegna skattrannsóknna. Komust bæði héraðsdómur og Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að ákvæði stjórnarskrárinnar stæði ekki í vegi fyrir því að lagaákvæðum um upplýsingaskyldu yrði beitt.

Í *dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. apríl 2009 í máli nr. E-6010/2008* var fjallað um kröfu þess efnis að Skattstjóranum í Reykjavík væri óheimilt að leggja fram álagningar-skrár í samræmi við 1. mgr. 98. gr. laga nr. 90/2003, þar sem slíkt bryti í bága við rétt stefnanda til að njóta friðhelgi um einkalíf sitt samkvæmt 71. gr. Stjórnarskrárinnar. Taldi héraðsdómari að líta mætti svo á að fjárhagsupplýsingar gætu verið viðkvæmar persónuupplýsingar og birting þeirra gæti farið gegn 71. gr. Stjórnarskrárinnar, en löggjafinn hefði, í samræmi við heimildir ákvæðisins um takmörkun á réttindum í þágu annarra, ákvarðað að um lögmeata skerðingu á réttindum einstaklinga væri að ræða.

Ef við lítum enn til fræðikerfis lögfræðinnar til leiðbeiningar um úrlausn álitafna þar sem reynir á ákvæði laga um trúnaðar- og þagnarskyldu má halda því fram að við ákvörðun á réttarsamböndum aðila, sem falla undir einkarétt, fari eftir lögum sem um það gilda, þ.e. lögum nr. 161/2002, sem leggur refsíbyrgð við broti á trúnaðar- og þagnarskyldu, og lögum nr. 77/2000 um meðferð persónuupplýsinga. Umfram þau ákvæði koma sjónarmið um túlkun 71. gr. stjórnarskrárinnar ekki beint til skoðunar við úrlausn á réttarsambandi einkaaðila, enda eru einkaréttarleg áhrif stjórnarskrár-ákvæða að mestu bundin við þær jákvæðu skyldur sem ríkið fullnægir með laga-setningu á tilteknum sviðum og fer um réttarsamband aðila eftir þeim lögum.

Að því er varðar eftirlitsheimildir og framkvæmd fjármálaeftirlitsins reynir á réttarsamband eftirlitsaðila og fjármálafyrirtækis, sem fellur undir svið allsherjarréttar. Ekki ætti því að vera um það að ræða að fjármálafyrirtæki sinni réttargæslu fyrir einstaka viðskiptavini að því er varðar stjórnarskrárvarin réttindi þeirra til friðhelgi einkalífs, eða meint brot á slíkum réttindum, vegna upplýsingagjafar fjármálafyrirtækis, sem er í samræmi við lög.

Helst getur reynt á inntak ákvæðis 71. gr. stjórnarskrárinnar þegar um rannsóknar-heimildir skattfyrivalda er að ræða, þar sem þar reynir beint á réttarsamband opinbers aðila og einkaaðila, þ.e. ef einkaaðila er gert skylt að gefa stjórnvöldum upplýsingar um einkamálefni sín. Í þessum tilvikum hafa dómstólar fjallað um það hvort upplýsingar um fjárhagsmálefni einstaklinga njóti verndar 71. gr. stjórnarskrárinnar, þannig að byggja megi á því ákvæði beinan rétt. Hefur Hæstiréttur í einu máli komist að þeirri niðurstöðu að upplýsingar um fjárhagsmálefni, sem krafist er vegna skatteftirlits, njóti ekki verndar ákvæðisins og er það í samræmi við sjónarmið í réttarkerfum annarra Norðurlanda. Í nýlegum héraðsdómi hefur verið fallist á þau rök að opinberar upplýsingar um fjárhagsmálefni einstaklinga í álagningarskrá geti notið verndar ákvæðisins. Úrlausn Hæstaréttar liggur ekki fyrir um þá skýringu á ákvæðinu.

<sup>40</sup> Í *dómi Mannréttindadómstóls Evrópu í máli J.B gegn Sviss frá 13. maí 2001* var fjallað um réttinn til að fella ekki sök á sjálfan sig í máli þar sem upplýsinga var krafist um fjárhagsleg málefni. Dómstóllinn tók fram að ekki væri tekin afstaða til álitafnis varðandi réttinn til að neita að gefa upplýsingar um persónuleg málefni. *Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli J.B. gegn Sviss frá 13. Maí 2001, mál nr. 31827/96, www.echr.coe.int.*

## 8. Niðurstöður

„Rétturinn er allur ein lífræn heild og á miklu stendur að menn missi ekki yfirsýnar yfir réttinn og lögfræðina.“<sup>41</sup> Þetta þarf að hafa í huga við úrlausn margvíslegra lögfræðilegra álitaefna, m.a. þeirra sem hér hafa verið rakin.

Í greininni hef ég leitast við að skýra tilteknar reglur réttarins, þ.e. reglur sem lúta að trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja um málefni viðskiptavina þeirra, með vísan til fræðikerfis lögfræðinnar. Eins og komið hefur fram verða þær reglur sem varða trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja, og takmarkanir á þeirri þagnarskyldu, ekki flokkaðar með einföldum hætti innan fræðikerfisins, sem reglur einkaréttarlegs edlis eða reglur allsherjarréttarlegs edlis. Getur réttarágreiningur sem tengist þessum ákvæðum fallið undir mismunandi flokka fræðikerfisins; mismunandi verndarhagsmunir koma fram í þeim ákvæðum laga sem máli skipta á þessu sviði og líta þarf til meginreglna þeirra sviða sem máli skipta við úrlausn hvers máls. Er því haldið fram að þótt ekki sé hægt að flokka reglur og álitaefni sem undir þær falla með einföldum hætti, sé gagnlegt að taka mið af fræðikerfi lögfræðinnar við úrlausn réttarágreinings.

Í greininni kemur fram að kjarni reglna um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja fellur undir svið einkaréttar, þegar um er að ræða réttarsamband banka og fjármálafyrirtækja við viðskiptavini. Hafa meginsjónarmið þess réttarsviðs því þýðingu við túlkun á inntaki ákvæðanna. Ákvæðin sæta þó einnig takmörkunum í þágu almannahagsmuna, í samræmi við lögfestar reglur þar um, og við skýringu þeirra ákvæða verður að taka mið af sjónarmiðum ríkisréttar, einkum stjórnarsýsluréttar, sem og refsiréttar og réttarfars, þegar það á við. Til skýringarauka lýsir greinin helstu ákvæðum sem gilda um trúnaðar- og þagnarskyldu fjármálafyrirtækja hér á landi, sem og takmörkunum á trúnaðar- og þagnarskyldu og áhrifum samræmdar löggjafar innan Evrópusambandsins, sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn.

Þá er það niðurstaða greinarinnar, að þó að ákvæði laga um trúnaðar- og þagnarskyldu séu að einhverju leyti byggð á sjónarmiðum sem rekja má til stjórnarskrár-ákvæða sem vernda friðhelgi einkalífs, sé vafi um það að hve miklu leyti upplýsingar um fjárhagsleg málefni falla undir verndarsvið 71. gr. stjórnarskrárinnar, auk þess sem ákvæði stjórnarskrárinnar koma ekki alltaf til álita við úrlausn réttarágreinings á öðrum meginsviðum réttarins.

---

<sup>41</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 153.



## Heimildir

- Árman Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík: Bókautgáfa Orators, 1989.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík: Bókautgáfan Codex, 2008.
- Dennis Campbell (ritstjóri): *International Bank Secrecy*. London: Sweet & Maxwell, 1992.
- Dóra Guðmundsdóttir: *Bankaleynd: lagaumbverfi og framkvæmd á Íslandi og í öðrum Evrópuríkjum*. Skýrsla unnin fyrir viðskiptaráðuneyti í mars 2009. <http://www.efnahagsraduneyti.is/utgefing-efni/skyrslugreinagerdir/nr/2886>
- F.W.F Neate: *Bank Confidentiality*. Tottel: Haywards Heath, 2006.
- Jens Ewald: *Retskilderne og den juridiske metode*. Jurist- og Økonomforbundets forlag, Kaupmannahöfn 1997.
- Sigurður Líndal: *Um lög og lögfræði. Grundvöllur laga – Réttarheimildir*. Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2003.

### Dómar og aðrar úrlausnir

- Hrd. 1949, bls. 427
- Hrd. 1965, bls. 930
- Hrd. 1999, bls. 3750 (mál nr. 156/1999)
- Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2007 í máli nr. 333/2006
- Dómur Hæstaréttar frá 8. mars 2007 í máli nr. 345/2006
- Dómur Hæstaréttar frá 3. október 2008 í máli nr. 514/2008
- Dómur Hæstaréttar frá 10. desember 2009 í máli nr. 357/2009
- Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. apríl 2009 í máli nr. E-6010/2008
- Úrskurður Persónuverndar frá 22. júní 2010 í máli V gegn Creditinfo-Lánstrausti
- Tournier v National Provincial and Union Bank of England [1924] 1 K.B. 461
- Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli J.B. gegn Sviss frá 13. Maí 2001, mál nr. 31827/96, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

# Frjáls stofnsetningarréttur fjármálastofnana samkvæmt EES–samningnum

Eyvindur G. Gunnarsson \*

## 1. Inngangur

Hugmyndin að baki hinum innri markaði Evrópusambandsins (ESB) er m.a. að afnema hindranir fyrir frjálsri þjónustustarfsemi og frjálsum flutningum fjármagns.<sup>1</sup> Á árunum upp úr 1980 vantaði töluvert upp á að markmiðum um fullkomið markaðsbandalag væri náð og var fjármálaþjónusta þar ekki undanskilin.<sup>2</sup> ESB gerði sér því far um að tryggja einsleitni á markaði fyrir fjármálaþjónustu með því að samræma reglur aðildarríkjanna í því sambandi. Þau áform lánuðust ekki. Niðurstaðan var því sú að miða skyldi við gagnkvæma viðurkenningu aðildarríkja á lögum hvers annars um fjármálafyrirtæki og verðbréfavíðskipti. Sú leið var þó takmörkunum háð. Á þessari öld hefur því verið leitast við að samræma enn frekar löggjöf á sviði fjármálamarkaðar, einkum þó lög um verðbréfavíðskipti.<sup>3</sup>

Við gildistöku EES-samningsins hinn 1. janúar 1994 varð Ísland þátttakandi í sameiginlegum innri markaði ESB, með vissum takmörkunum. EFTA-ríkin tóku upp fjórfrelsisreglur sambandsins sem lúta að frjálsum vöruflutningum, frjálsum fjármagnsflutningum, frjálsri þjónustustarfsemi (stofnsetningarrétti) og frjálsri för launþega, sbr. 2. mgr. 1. gr. EES-samningsins.<sup>4</sup> Síðan hafa tilskipanir og reglugerðir ESB á sviði fjármálamarkaðar verið innleiddar í íslenskan rétt.

Síðustu árin hafa einkennst af mikilli alþjóðavæðingu fjármálamarkaða. Nú er svo komið að fjöldi fjármálastofnana og samstæðna fjármálastofnana starfar í fleiri en einu landi. Ætla má að markmið Evrópusambandsins um einsleitt markaðssvæði hafi stuðlað að þessari þróun, a.m.k. í Evrópu. Löngum hefur þó verið vitað hvaða hætta fylgir starfsemi fjármálastofnana þvert á landamæri á innri markaði EES.

Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður lýst meginatriðum þeirrar löggjafar sem gildir um starfsemi lánastofnana á EES-svæðinu (2. kafli) en tekið skal fram að orðin banki, fjármálastofnun og lánastofnun eru notuð jöfnum höndum. Því næst verður fjallað um nokkur álitamál sem tengjast starfsemi fjármálastofnana á hinum innra markaði (3. kafli). Þá verður stuttlega vikið að áformum ESB um endurbætur á löggjöf (4. kafli). Loks er að finna samantekt og niðurstöður (5. kafli).

## 2. Bankatilskipunin

Í EES-samningnum er byggt á svonefndum stofnsetningarrétti (staðfesturéttur) sem felur í sér rétt til að stofna til ótímabundinnar atvinnustarfsemi í öðru aðildarríki, sbr. 31. gr. EES-samningsins. Í réttinum felst bæði réttur til að hefja atvinnurekstur eða flytja rekstur frá einu aðildarríki til annars (frumstofnsetningarréttur) og réttur til þess að setja á fót dótturfélag, útibú eða umboðsskrifstofu í öðru aðildarríki (afleiddur

---

\* Höfundur er lektor við lagadeild Háskóla Íslands.

<sup>1</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*. Reykjavík 2000, bls. 44.

<sup>2</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*. Reykjavík 2008, bls. 33–34.

<sup>3</sup> Hal S. Scott: *International Finance – Transactions, Policy and Regulation*, New York 2008, bls. 195.

<sup>4</sup> Sjá Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006, bls. 40.

stofnsetningarréttur).<sup>5</sup> Í IX. viðauka EES-samningsins er vikið að stofnsetningarrétti lánastofnana.

Um starfsemi lánastofnana á EES-svæðinu gildir tilskipun um 2006/48/EB um stofnun og rekstur lánastofnana.<sup>6</sup> Með *lánastofnun* er átt við fyrirtæki með starfsemi sem felst í því að taka á móti innlánnum eða öðru fé frá almenningi til endurgreiðslu og veita lán fyrir eigin reikning eða rafeyrisstofnun, sbr. 1. tölul. 4. gr. tilskipunarinnar.<sup>7</sup>

Í tilskipuninni er á því byggt að lánastofnun sem fengið hefur starfsleyfi í einu aðildarríki geti á grundvelli þess opnað útibú í hinum ríkjunum án sérstaks leyfis þarlendrar stjórnvalda (svonefndur „Evrópupassi“).<sup>8</sup> Einnig er byggt á meginreglunni um eftirlit heimaríkis. Þannig sætir lánastofnun að meginstefnu eftirliti stjórnvalda í heimaríki stofnunarinnar. Það kemur svo að mestu leyti í hlut þeirra stjórnvalda að hafa eftirlit með starfsemi stofnunarinnar annars staðar á EES-svæðinu og með *útibúum* hennar í öðrum aðildarríkjum. Frá þessari reglu eru þó vissar undantekningar, enda hefur það skref aldrei verið stigið til fulls að byggja alfarið á eftirliti heimaríkis. Því hefur gistiríki ýmsar heimildir, einkum til þess að framfylgja eigin peningamálastefnu og hafa eftirlit með lausafjárstöðu útibúa viðkomandi lánastofnunar, sbr. einkum 29.-37. gr. tilskipunarinnar.

Þá er í tilskipuninni vísað til þess að gistiríki hafi heimild til þess að grípa til ýmissa úrræða til verndar almannahagsmunum (e. general good).<sup>9</sup> Þó hefur verið bent á að ekki megi nota þessa heimild til að sniðganga frelsið sem að sé stefnt, auk þess sem heimildin hafi ekki lengur þýðingu á þeim sviðum þar sem búið er að samræma reglur. Engu að síður sé svigrúm til staðar til þess að vernda smærri fjárfesta samkvæmt lögum gistiríkisins, en líklega einnig til þess að takast á við svik og aðra óreiðu og lausung (e. other forms of irregularities). Það er því ljóst að sjónarmið um vernd smærri fjárfesta skipta miklu máli.<sup>10</sup>

Á grundvelli Evrópupassans er lánastofnun, sem hefur starfsleyfi í EES-ríki, heimilt að stofna *útibú* og bjóða einstaklingum og lögaðilum í öðrum EES-ríkjum þjónustu sína. Þessum sömu lánastofnunum er einnig heimilt að eiga *dótturfélög* með höfuðstöðvar í öðrum EES-ríkjum. Þjónusta lánastofnana á innri markaðnum (e. cross-border banking) fer því ýmist fram í gegnum útibú eða dótturfélög. Um dótturfélög lánastofnana gildir reglan um eftirlit gistiríkis, þ.e. eftirlit þess ríkis þar sem höfuðstöðvar dótturfélags eru. Engu að síður hefur það verið gagnrýnt að í raun hafi eftirlit gistiríkja með dótturfélögum lánastofnana, sem eru með höfuðstöðvar í öðru aðildarríki, verið takmarkaðra en vænta mætti. Þannig séu lykilákvæðanir oft teknar í móðurfélaginu í heimaríkinu og fjárhagsleg staða dótturfélags sé nátengd fjármálasamstæðunni. Eftirlitið sé því fyrst og fremst á hendi stjórnvalda í heimaríkinu sem fari með eftirlit með fjármálasamstæðunni á samstæðugrundvelli (de facto control).<sup>11</sup> Aftur

<sup>5</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 33-34.

<sup>6</sup> Um þjónustu lánastofnana á innri markaðinum var fyrst sett tilskipun 77/780/EBE um samræmingu á lögum og stjórnsýslufyrirmælum um stofnun og rekstur lánastofnana (fyrsta bankatilskipunin). Tilskipun 89/646/EBE um samræmingu laga og stjórnsýslufyrirmæla um stofnun og rekstur lánastofnana og um breytingu á tilskipun nr. 77/780/EBE (önnur bankatilskipunin) leysti hina eldri tilskipun af hólmi. Sú tilskipun var leyst af hólmi með tilskipun 2000/12/EB um stofnun og rekstur lánastofnana, en síðastnefnd tilskipun var aftur leyst af hólmi með tilskipun 2006/12/EB um sama efni.

<sup>7</sup> Með rafeyrisstofnun er átt við fyrirtæki sem gefur út greiðslumiðil í formi rafeyris samkvæmt ákvæðum tilskipunar 2000/46/EB um stofnun og rekstur rafeyrisstofnana og eftirlit með þeim.

<sup>8</sup> Þannig getur t.d. íslensk lánastofnun opnað útibú í Englandi án sérstaks leyfis enskra stjórnvalda. Sjá Alpt. 2002–2003, A-deild, bls. 1092, og 16. gr. tilskipunar 2006/48/EB.

<sup>9</sup> Sjá um sjónarmið Framkvæmdastjórnar EB varðandi almenna hagsmuni SEC (97) 1193, final, June 20, 1997. Sjá einnig Michael Blair og George Walker: *Financial Services Law*, New York 2006, bls. 773-774 og Hal S. Scott: *International Finance – Transactions, Policy and Regulation*, bls. 232-233.

<sup>10</sup> Sjá J.H. Dalhuisen: *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law*. Oxford 2007, bls. 1129.

<sup>11</sup> Sjá Dirk Schoenmaker og Sander Oosterloo: „Financial Supervision in an Integrating Europe: Measuring Cross-Border Externalities“. *International Finance* 8:1, 2005, bls. 4.

á móti gildir sú meginregla, sem áður er getið, að eftirlit með útibúum lánastofnana í öðrum aðildarríkjum hvílir á heimaríkinu.

Í 1. viðauka tilskipunar 2006/48/EB er að finna skrá yfir starfsemi sem er háð gagnkvæmri viðurkenningu. Þetta er starfsemi sem talin er óaðskiljanlegur hluti hefðbundinnar starfsemi lánastofnana á EES-svæðinu.

1. Móttaka innlánsfjár og annars fjár til endurgreiðslu
2. Útlánastarfsemi
3. Fjármögnunarleiga
4. Greiðslumiðlunarþjónusta
5. Útgáfa og umsýsla greiðslumiðla (t.d. greiðslukorta, ferðatékka og bankatékka)
6. Ábyrgðir og skuldbindingar
7. Viðskipti fyrir eigin reikning eða fyrir reikning viðskiptamanna með: a) greiðsluskjöl á peningamarkaði (tékkka, víxla, innlánskírteini o.s.frv.); b) erlendan gjaldeyri; c) staðlaða framvirka samninga og valrétti í fjármála-starfsemi; d) gengis- og/eða vaxtatengd skjöl; e) framseljanleg verðbréf
8. Þátttaka í verðbréfaútboðum og þjónusta tengd þeim
9. Ráðgjöf til fyrirtækja um uppbyggingu fjármagns, áætlanagerð og skyld mál og ráðgjöf og þjónusta varðandi samruna fyrirtækja og kaup á þeim
10. Miðlun á peningamarkaði
11. Stjórnun og ráðgjöf varðandi samval verðbréfa
12. Varsla og umsýsla verðbréfa
13. Upplýsingar um lánshæfi
14. Útleiga geymsluhólfa

Ljóst er að framangreindar starfsheimildir, sem um getur í 1. viðauka tilskipunarinnar, gera ráð fyrir því að starfsemi lánastofnana geti verið fjölbreytt. Áréttað skal að krafa tilskipunarinnar um viðurkenningu á starfsleyfi heimaríkis tekur einungis til þeirrar starfsemi sem getið er í 1. viðauka, en annars konar starfsemi lánastofnana fellur þar utan. Vera má að heimildir lánastofnana séu að lögum tiltekins aðildarríkis takmarkaðri en 1. viðauki gerir ráð fyrir. Hins vegar tryggir Evrópupassinn að þetta breytir engu um heimild lánastofnunar með höfuðstöðvar í öðru aðildarríki til þess að bjóða þjónustu sína innan þess ríkis (gistiríkisins), enda þótt lög þess geri ráð fyrir mun takmarkaðri starfsheimildum lánastofnunum til handa. Ætla má að þetta stuðli að því að einstök aðildarríki veiti lánastofnunum allar þær heimildir sem er að finna í 1. viðauka. Ella nytu lánastofnanir frá öðrum aðildarríkjum, sem starfa í viðkomandi ríki á grundvelli Evrópupassans, e.t.v. rýmri heimilda til að bjóða þjónustu sína en lánastofnanir með höfuðstöðvar í gistiríkinu. Hefur þetta verið orðað svo að tilskipunin feli í sér óbeina samræmingu á lögum aðildarríkjanna, enda eru líkur á að aðildarríki rýmki starfsheimildir lánastofnana til þess að gæta eigin hagsmuna.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Hal S. Scott: *International Finance – Transactions, Policy and Regulation*, bls. 228.

### 3. Nokkur álitamál varðandi fjármálastofnana á innri markaðinum

#### 3.1 Fjármálaeftirlit og ábyrgð á fjármálastöðugleika ekki á sömu hendi

Hættan sem fylgt getur starfsemi banka á innri markaðinum var þekkt fyrir fjármálakreppuna árið 2008.<sup>13</sup> Síðustu árin fyrir kreppuna var hröð samþjöppun á þessu sviði innri markaðarins. Sú þróun einkenndist af samrunum banka frá mismunandi aðildarríkjum og fjölgun á útibúum í öðrum aðildarríkjum en þeim sem viðkomandi bankar hafa höfuðstöðvar sínar.<sup>14</sup> Útibú Landsbankans í Bretlandi og Hollandi voru dæmi um það. Aukin starfsemi banka þvert á landamæri og upptaka evrunnar var talin geta aukið hættuna á því að bankakreppa í einu aðildarríki leiddi til sambærilegrar kreppu í öðru aðildarríki.<sup>15</sup>

Skipting verka og ábyrgðar milli eftirlitsstjórnvalda í heimaríki og gistiríki var gagnrýnd. Þótt eftirlit heimaríkis með bönkum (fjármálaeftirlit) kynni að vera skilvirk og hagkvæmt bæru stjórnvöld heimaríkis ekki ábyrgð á fjármálastöðugleika í gistiríkinu.<sup>16</sup> Aukin einsleitni þessa markaðar var talin auka hættuna á smitáhrifum af falli banka, þ.e. fall banka í einu aðildarríki gæti valdið erfiðleikum í öðrum aðildarríkjum. Bent var á að eftirlit heimaríkis með starfsemi banka, en ábyrgð gistiríkis á fjármálastöðugleika, gæti vart staðist á sameiginlegum innri markaði.<sup>17</sup> Auk þess sætti innstæðutryggingakerfið mikilli gagnrýni. Eftir því sem bönkum fjölgaði með höfuðstöðvar í einu aðildarríki, en útibú í öðrum aðildarríkjum, varð flækjustigið enn meira.<sup>18</sup> Þó að borgarar allra aðildarríkjanna skuli sæta sömu meðferð benti seðlabanki Svíþjóðar (Sveriges Riksbank) á eftirfarandi:

If a cross-border [branch bank] were to fail, it is improbable that either politicians or authorities in the respective countries would be willing to risk taxpayers' money to guarantee stability in countries other than their own. This could prompt the concerned countries to try to ring-fence the bank's assets in their own country with a view to minimizing the costs to the domestic economy, or not to intervene at all in the hope that other countries in which the bank has a bigger presence feel forced to act. The result could be a suboptimal resolution of the crisis that proves more costly or that produces greater adverse effects for all the countries involved.<sup>19</sup>

Eins og framangreind tilvitnum ber með sér var sú hættu kunn sem felst í því að hvert ríki taki fyrst og fremst tillit til eigin hagsmuna þegar banki sem er með útibú í öðrum aðildarríkjum fellur. En þó að ýmis vandi fylgi meginreglunni eftirliti heimaríkis

<sup>13</sup> Sjá t.d. Jean Dermine: „European Banking Integration: Don't Put the Cart before the Horse“. *INSEAD, Fontainebleau*, 2005; Dirk Schoenmaker and Sander Oosterloo: „Financial Supervision in an Integrating Europe: Measuring Cross-Border Externalities“; Inwon Song: „Foreign Bank Supervision and Challenges to Emerging Market Supervisors“, *IMF Working Paper WP/04/82*, 2004.

<sup>14</sup> Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document, European Financial Integration Report 15 (2007), SEC (2007) 1696, bls. 10 og 17.

<sup>15</sup> Reint Gropp, Marco Lo Duca og Jukka Vesala: „Cross-Border Bank Contagion in Europe.“ *European Central Bank Working Paper Series 662* (July 2006). Á grundvelli þessarar heimildar gæti lánastofnun með höfuðstöðvar í öðru EES-ríki opnað útibú á Íslandi og boðið hagstæð lán í erlendri mynt á lágum vöxtum, sem gæti leitt til þenslu. Hætt er við að stjórnþæki Seðlabanka Íslands hefðu litla þýðingu, auk þess sem fjármálastöðugleika kynni að vera ógnað ef margir taka lán í erlendri mynt, þar sem greiðslubyrðin sveiflast óháð tekjum.

<sup>16</sup> D. Mayes og J. Vesala: „On the Problems of Home Country Control, Current Politics and Economics of Europe“, 10 (2000), bls. 1-26.

<sup>17</sup> Dirk Schoenmaker og Sander Oosterloo: „Financial Supervision in an Integrating Europe: Measuring Cross-Border Externalities“, bls. 4.

<sup>18</sup> Robert A. Eisenbeis og George G. Kaufman: „Cross-Border Banking: Challenges for Deposit Insurance and Financial Stability in the European Union“, *Federal Reserve Bank of Atlanta, Working Paper 2006-15a, January 2007*, bls. 19.

<sup>19</sup> Sveriges Riksbank, 2003, Financial Stability Report, 2/2003, Stockholm, bls. 87.

má fallast á það sjónarmið að ýmsir kostir fylgi eftirliti heimaríkis, t.d. getur þetta fyrirkomulag stuðlað að hagkvæmni og komið í veg fyrir tvíverknað. Aftur á móti er það ókostur að það kann að veita stjórnvöldum gistiríkis ófullnægjandi heimildir til þess að vernda innstæðueigendur. Schoenmaker og Osterloo tóku t.d. svo til orða:

Consider the case of an out-of-state bank closed by its home supervisors when deposit insurance coverage may be adequate in the home but not in the host country.<sup>20</sup>

Eisenbeis og Kaufman bentu á að eftirlitsstjórnvöld, hvort heldur í heimaríki eða gistiríki, tækju venjulega ákvarðanir sem kæmu sér best fyrir eigin þjód. Vera mætti að eftirlitsstjórnvöld í heimaríkinu tækju ekki nægilegt tillit til þess hvaða áhrif fall banka og viðbrögð við því kynni að hafa í gistiríki. Þess vegna væri nauðsynlegt að taka til athugunar hvernig fyrirkomulagi með eftirliti og innstæðutryggingum á innri markaðnum væri háttað þegar um útibú banka væri að ræða. Hinu sama gegndi um álítaefni um það hvernig staðið væri að því að bjarga bönkum. Þetta verðskuldaði athygli „because costs of any resulting crisis may be more than offset the efficiency benefits of the branching.“<sup>21</sup> Framkvæmdastjórn ESB var kunnugt um þennan vanda og tók fram í skýrslu frá 2005 að frekari vinna þyrfti þó að fara fram til þess að tryggja að fyrirkomulag um innstæðutryggingar virkaði með skilvirkum hætti milli aðildarríkja og samræmist aðgerðum lánveitanda til þrautavara og ábyrgðinni á fjármálakreppu.<sup>22</sup>

Augljóst dæmi um framanritað eru aðgerðir annars vegar íslenskra stjórnvalda og hins vegar breskra og hollenskra stjórnvalda við fall Landsbankans haustið 2008. Útibú bankans í London og Amsterdam tóku við innlánnum á svonefnda Icesave reikninga. Þegar Landsbankinn féll ákváðu íslensk stjórnvöld að tryggja innstæður í bankanum hér á landi með því að færa þær yfir í nýstofnaðan banka, bresk stjórnvöld ákváðu að frysta eignir útibús bankans í London á grundvelli hryðjuverkalaga og hollensk stjórnvöld ákváðu að skipa hollenska skiptastjóra yfir útibúi bankans í Amsterdam andstætt reglum Evrópuréttar.<sup>23</sup> Eftirlitsaðilar bæði á Íslandi og í Bretlandi og Hollandi gripu því til aðgerða til verndar eigin íbúum og fjármálastöðugleika í sínum löndum. Ákvörðun breskra og hollenskra yfirvalda um að endurgreiða innstæður í útibúum Landsbankans er skiljanleg með tilliti til fjármálastöðugleika, þ.e. að koma í veg fyrir áhlaup á aðra banka í þessum löndum. Síðan hefur verið um það deilt hver skuli bera kostnaðinn af þeim aðgerðum. Ekki verður annað ráðið en að atburðarrásin hafi þróast með svipuðum hætti og á var bent í þeim skrifum, sem að framan eru rakin, löngu fyrir fall Landsbankans.

### 3.2 Rúmar starfsheimildir lánastofnana

Með aðild Íslands að EES-samningnum urðu umfangsmiklar breytingar á þeim lögum sem giltu um starfsemi lánastofnana. Í skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis er gerð grein fyrir helstu breytingunum. Nánar tiltekið eru þetta 1) auknar heimildir

<sup>20</sup> Dirk Schoenmaker og Sander Oosterloo: „Financial Supervision in Europe: Do We Need a New Architecture?“, *Cahier Comte Boël No. 12, European League for Economic Cooperation (2005)*.

<sup>21</sup> Robert A. Eisenbeis og George G. Kaufman: „Cross-Border Banking: Challenges for Deposit Insurance and Financial Stability in the European Union“, bls. 43.

<sup>22</sup> White Paper – Financial Services Policy 2005-2010, bls. 10.

<sup>23</sup> Um þetta efni gildir tilskipun 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana. Samkvæmt 3. og 9. gr. tilskipunarinnar skulu stjórnvöld eða dómsmálayfirvöld heimaríkis ein hafa vald til þess að ákveða endurskipulagningarráðstafanir, t.d. greiðslustöðvun, eða að slitameðferð lánastofnunar skuli hefjast, þ.m.t. fyrir útibú með staðfestu í öðrum aðildarríkjum (e. principle of universality). Þá er meginreglan sú að við endurskipulagningu og slit lánastofnunar skuli farið að lögum, reglum og málsmeðferð sem í gildi eru í heimaríkinu, sbr. 2. mgr. 3. gr. og 1. mgr. 10. gr. Tilskipunarinnar (lex fori).

lánastofnana til að fjárfesta í ótengdum atvinnurekstri, 2) auknar heimildir til lánaþyrirgreiðslu til stjórnenda, 3) auknar heimildir til að fjárfesta í fasteignum og félögum um fasteignir, 4) auknar heimildir til að veita lán vegna kaupa á eigin hlutum, 5) minni kröfur um rekstrarþyrirkomulag verðbréfaþyrirtækja, 6) auknar heimildir til að reka váttryggingafélög og 7) auknar heimildir til að fara með eignarhluti í öðrum lánastofnunum.<sup>24</sup> Þetta sýnir að með breytingunum voru afnumin höft sem áður höfðu verið á starfsheimildum lánastofnana. Lagbreytingar þessar voru í samræmi við almenna þróun löggjafar og starfsheimilda lánastofnana í næstu nágrannalöndum á EES-svæðinu, samhliða þróun innri markaðarins og alþjóðavæðingar fjármálakerfisins.<sup>25</sup>

Framangreindar breytingar á löggjöf um lánastofnanir má flokka sem „deregulation“, en með því er almennt átt við afnám eða einföldun laga og reglna sem setja hinum frjálsa markaði skorður. Óhætt er að fullyrða að hér á landi hafi þetta gerst með afnámi lagahindrana, en ekki með einföldun laga og reglna. Þetta kerfi byggist á þeirri forsendu að skilvirkt eftirlit, bæði af hálfu stjórnvalda og lánastofnananna sjálfra, veiti fullnægjandi vörn gegn óhóflegri áhættutöku og hagsmunaaðrekstrum.

Í bankatilskipuninni og íslenskum lögum er miðað við að lánastofnanir stundi bæði hefðbundna viðskiptabankastarfsemi sem og fjárfestingarbankastarfsemi (e. universal banking). Í kjölfar þess að starfsheimildir íslensku bankanna voru rýmkaðar breyttust þeir á örfáum árum í alþjóðlega banka sem ráku bæði hefðbundna viðskiptabankastarfsemi og fjárfestingarbankastarfsemi. Þannig buðu bankarnir upp á verðbréfamíðlun, verðbréfasjóði, eigin viðskipti, eignastýringu og fyrirtækjaráðgjöf. Allir voru með starfsemi í hlutabréfum, skuldabréfum, gjaldeyri, skiptasamningum og afleiðum. Þá hófu þeir allir smíði nýrra fjármálagerninga, svo sem skuldavafninga, í einhverjum mæli. Hver um sig var með starfsemi í mörgum löndum, ýmist í gegnum skrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki. Í skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis kemur fram að þegar stærð og flækjustig banka er orðið svo mikið sé mjög erfitt að hafa yfirsýn yfir starfsemi og eigi þetta bæði við um stjórn bankanna, áhættustýringu og eftirlitsaðila.<sup>26</sup> Athuganir nefndarinnar á starfsemi íslensku bankanna bentu til þess að rýmkaðar starfsheimildir hefðu orðið til að auka verulega áhættu í rekstri þeirra.<sup>27</sup>

Enginn vafi leikur á því að öflugt eftirlit með bönkum er þýðingarmikið. Hins vegar er vandinn sá að hversu gott sem eftirlitið er getur það eitt og sér aldrei komið í veg fyrir að þeir lendi í vandræðum. Það hefur sýnt sig að bankar komast öðru hverju í kröggur. Þess vegna verður að taka tillit til þess að því eru takmörk sett hversu vel er unnt að framfylgja lögum. Núverandi þyrirkomulag tekur ekki nægilegt tillit til þessara takmarkana. Má færa fyrir því rök að of mikið traust sé lagt á eftirlit með stórum og flóknum bönkum í stað þess að setja starfsheimildum þeirra frekari skorður að lögum. Þess konar skorður kæmu einnig í veg fyrir hagsmunaaðrekstra og myndu jafnframt takmarka vöxt banka sem vera kann að sé æskilegt. Hér má benda á að fjárfestingarbankastarfsemi íslensku bankanna var helsta ástæða falls þeirra, en ekki hefðbundin viðskiptabankastarfsemi. Að þessu virtu má spyrja hvort rétt sé að skilja að þessi tvö svið, eftir því sem unnt er. Í Bandaríkjunum var t.d. komið á lögbundnum aðskilnaði milli viðskiptabankastarfsemi og fjárfestingarbankastarfsemi árið 1933 með svokölluðum Glass-Steagall lögum.<sup>28</sup> Lögin voru umdeild allt þar til þau voru numin úr gildi árið 1999. Í ljósi fjármálakreppunnar 2008 hafa menn þar í landi spurt hvort þeir

<sup>24</sup> „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir.“ Reykjavík 2010, 5. bindi, bls. 12-22.

<sup>25</sup> „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“, 5. bindi, bls. 38.

<sup>26</sup> „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“, Reykjavík 2010, 1. bindi, bls. 198.

<sup>27</sup> „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“, 1. bindi, bls. 34.

<sup>28</sup> Sjá Alan D. Morrison og William J. Wilhelm, Jr.: *Investment Banking – Institutions, Politics and Law*, New York 2007, bls. 209.

sem spáðu alvarlegum afleiðingum af afnámi laganna hafi ekki haft rétt fyrir sér.<sup>29</sup> Misheppnuð fjárfestingarbankastarfssemi viðskiptabanka stofnar innstæðueigendum í mikla hættu. Innstæður hafa sérstöðu og sagan sýnir að stjórnvöld grípa almennt til aðgerða þeim til bjargar. Reikningurinn lendir svo á skattgreiðendum.

### 3.3 „Too big to fail“

Fjármálakreppan sýndi enn og aftur að bankar geta verið of stórir til þess að mega falla (e. too big to fail). Fullyrða má að hinu sama hafi gegnt um íslensku bankana sem féllu í október 2008. Sérstaða Íslands var aftur á móti sú að bankarnir voru ekki einungis of stórir til að falla, heldur voru þeir einnig of stórir til þess að bjarga (e. too big to bail), enda nam stærð fjármálakerfisins nífaldrri þjóðarframleiðslu.<sup>30</sup>

Stærð banka eru ekki settar beinar skorður í lögum. Almennar reglur samkeppnisréttar geta þó átt við í þessum efnum, en þær leysa þó ekki þann vanda sem hér um ræðir. Ekki verður séð að á vettvangi ESB hafi verið gripið til aðgerða til þess að taka á vandanum sem fylgir bönkum sem eru of stórir til þess að mega falla. Joseph E. Stiglitz hefur fært rök fyrir því að setja eigi stærð banka skorður til að koma í veg fyrir að þær verði of stórir til þess að mega falla.<sup>31</sup> Að hans mati er eina réttlætningin fyrir því að leyfa bönkum að vera svo stórar sem raun ber vitni, marktæk stærðarhagkvæmni sem að öðrum kosti myndi glatast. Þó sé ekki að sjá neina sönnun þess efnis. Litlu sé að tapa, en til mikils að vinna, með því að brjóta upp þessi ferliki, sem séu ekki einungis of stór til að falla, heldur einnig of stór til að bjarga og stjórna. Kostnaðurinn við að leyfa bönkum að verða of stórar sé nú ljós, en hagkvæmni stærðarinnar megi draga í efa.<sup>32</sup>

## 4. Fyrirhugaðar breytingar innan ESB

### 4.1 Almenn

Um árábil hefur verið rætt um þann vanda sem felst í því að eftirlit með fjármálastofnunum er á hendi heimaríkis, en ábyrgð á fjármálastöðugleika á hendi gistiríkis. Meðal hugmynda sem stundum hefur verið hreyft er samevrópskt fjármálaeftirlit. Sú hugmynd hefur verið pólitískt umdeild, enda eru aðildarríki ESB öll fullvalda ríki. Í þessu sambandi hefur verið nefnt að þar sem öll aðildarríkin eru ábyrg fyrir eigin fjármálastöðugleika séu þau treg til að fela öðrum eftirlitsskyldur sínar. Einnig hefur það álitamál lengi verið óleyst hvernig dreifa skuli byrðunum þegar bönkum er bjargað frá falli. ESB hefur aldrei komið með neinar fullmótaðar tillögur í þeim efnum. Afleiðingin er sú að þann vanda hafa menn þurft að nálgast á grundvelli „constructive ambiguity.“<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Joseph E. Stiglitz: „Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions“, April 21, 2009, Washington DC, bls. 6, segir að gagnrýnendur hafi „... warned about conflicts of interest, the increase in concentration of the banking system, with increasing risks of too-big-to-fail institutions – and increasing systemic risk as a result. They warned about the consequences of transferring the investment banking culture to the commercial banks, who are entrusted with the management of the payment system and ordinary individuals’ savings – insured by the government. The critics suggested that the benefits from economies of scope and scale were exaggerated, and, if present at all, these were almost surely outweighed by the costs.“

<sup>30</sup> „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“, 1. bindi, bls. 46.

<sup>31</sup> Joseph E. Stiglitz: „Regulation and the Theory of Market and Government Failure“, April 2009, bls. 8

<sup>32</sup> Joseph E. Stiglitz: „Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions“, bls. 5.

<sup>33</sup> Í „constructive ambiguity“ eða „uppbyggilegri tvíræðni“ felst að stjórnvöld gefa ekki skýr skilaboð um það hvort banka verði bjargað frá falli og þá með hvaða skilyrðum. Þannig er kröfuhöfum banka haldið í óvissu um það hvort þeir eigi á hættu að tapa fjármunum sínum. Sjá t.d. Gary H. Stern og Ron J. Feldman: *Too Big To Fail – The Hazards of Bank Bailouts*, Washington DC, 2004, bls. 96.



#### 4.2 de Larosière skýrslan

Hin svokallaða de Larosière skýrsla frá 25. febrúar 2009 er afrakstur vinnu sérfræðingahóps sem skipaður var til þess að koma með tillögur um aðgerðir í kjölfar fjármálakreppunnar og framtíðarskipulag fjármálamarkaðar og eftirlits með honum.<sup>34</sup> Í skýrslunni er að finna ýmsar athyglisverðar tillögur um endurbætur á löggjöf og eftirliti með fjármálamarkaðinum. Þar má nefna ábendingar varðandi áhættumat innan sem utan fjármálastofnana, hagsmunaárekstra innan matsfyrirtækja, galla á Basel II reglum, galla á reglum ESB (einkum það hversu sundurlausar reglur ríkjanna eru) o.fl. Þá er sérstaklega vikið að eftirliti með starfsemi fjármálamarkaðar, en í þeim efnum er bent á ófullnægjandi reglur til að grípa inn í starfsemi á innri markaðinum.<sup>35</sup> Í skýrslunni er sérstaklega vikið að „íslenska tilvikinu.“ Með þessu er við það átt þegar útibú, sem sætir eftirliti heimaríkis, safnar miklum innlánnum í gistiríki. Meginallinn við þessa tilteknu gagnrýni er þó sá að í skýrslunni er algerlega horft fram hjá þeim heimildum sem gistiríki þó hafa samkvæmt bankatilskipuninni.<sup>36</sup>

Í de Larosière skýrslunni er ekki beinlínis að því vikið hvernig bregðast eigi við grundvallaratriðunum, sem áður eru rakin, þ.e. að fjármálaeftirlit og ábyrgð á fjármála-stöðugleika sé ekki á sömu hendi, rúmum starfsheimildum fjármálastofnana og vandanum við „too big to fail“. Breytingar á ýmsum reglum sem gilda um starfsemi fjármálastofnana, evrópskt kerfi eftirlitsaðila o.fl. getur að vissu marki dregið úr þeirri hættu sem hlotist getur af starfsemi fjármálastofnana, sérstaklega stórra og flókinna, en þær leysa hann ekki.

#### 4.3 Áform Evrópusambandsins

Hinn 2. september 2010 tilkynnti Michel Barnier, framkvæmdastjóri innri markaðs og þjónustu, að innan ESB hefði náðst samstaða um meginatriði í samevrópsku fjármálaeftirliti. Annars vegar er um að ræða stjórn með kerfisáhættu, European Systemic Risk Board (ESRB) og hins vegar þrjá eftirlitsaðila, European Supervision Authorities (ESAs), sem hafa eftirlit með bönkum, tryggingum og fjármálagerningum. Hlutverk ESRB verður að hafa eftirlit með kerfisáhættu, þ.e. hættu sem steðja kann að stöðugleika fjármálakerfisins í heild. ESAs munu svo aftur fylgjast með hættum sem ógna stöðugleika á einstökum mörkuðum (bankar, tryggingar og fjármálagerningar). Miðað er við að þessar stofnanir taki til starfa hinn 1. janúar 2011. Breytingar þessar byggjast á tillögum Framkvæmdastjórnarinnar frá því í september 2009, sem aftur byggjast að miklu leyti á de Larosière skýrslunni.

#### 4.4 Hugleiðingar um lagabreytingar

Umræðan um lagabreytingar á innra markaðinum hefur einkum snúist um enn frekari samræmingu laga (e. harmonisation) og betra eftirlit (e. better supervision). Auk þess hefur verið lögð áhersla á að fara varlega í sakirnar. Hér má benda á að í de Larosière skýrslunni segir að “[o]ver-regulation, of course, should be avoided because it slows down financial innovation and thereby undermines economic growth in the wider economy.”<sup>37</sup>

Álitamál er hvort fyrirhugaðar breytingar í átt til samræmingar á lögum og eftirliti eru fullnægjandi. Leggja verður að áherslu á að samræming reglna er ekki lausn á þeim vanda sem fylgir alþjóðlegri starfsemi fjármálastofnana. Það verður vart hjá því komist að eftirlit með þessum stofnunum haldist í hendur við stjórn efnahagsmála einstakra aðildarríkja, auk þess sem mikilvægt er að eftirlitið byggist ekki einungis á formlegum

<sup>34</sup> The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired by Jacques de Larosière, Report, Brussels, February 25, 2009.

<sup>35</sup> Sjá nánari umfjöllun um skýrsluna Dóra Guðmundsdóttir: „Fjármálamarkaður innan Evrópusambandsins og EES reglur og eftirlit“, Úlfjótur 2009, bls. 9 o.áfr.

<sup>36</sup> de Larosière skýrslan, bls. 34.

<sup>37</sup> de Larosière skýrslan, bls. 13-14.

þáttum, heldur skuli fylgja reglunni um „economic substance not legal form.“<sup>38</sup> Þá er ljóst að áherslan á „beta“ eftirlit leysir ekki þann grundvallarvanda sem í því felst að bankar munu áfram lenda í vandræðum sama hversu öflugt eftirlit með þeim er. Ef lög eru vel úr garði gerð taka þau mið af þeim takmörkunum sem fólgnar eru í því að innleiða hana og framfylgja.<sup>39</sup> Hættan er sú að lagabreytingar gangi ekki nægilega langt, heldur verði eins konar „lýtaaðgerðir.“<sup>40</sup>

## 5. Samantekt og niðurstaða

Hér að framan hefur verið gerð gein fyrir nokkrum vandamálum sem tengjast frjálsum stofnsetningarrétti starfsemi fjármálastofnana á EES-svæðinu. Í fyrsta lagi var fjallað um þann vanda sem felst í því að eftirlit með fjármálastofnunum og ábyrgð á fjármálastöðugleika er ekki á sömu hendi. Í kjarna hins frjálsa stofnsetningarréttar felst réttur fjármálastofnana til þess að stofna útibú eða dótturfélög í öðrum aðildarríkjum. Eftirlit með starfsemi útibúa hvílir að mestu leyti á heimaríki þótt fjármálastöðugleiki sé á ábyrgð gistiríkis. Við þessar aðstæður er hætt við að eftirlitsstjórnvöld, bæði í heimaríki og gistiríki, grípi til ráðstafana til þess að slá skjaldborg um eignir fjármálastofnana, sem staðsettar eru í viðkomandi aðildarríki, til þess að lágmarka kostnað eigin ríkis (e. ring-fencing), eins og dæmið um Landsbankann sýnir. Þó að sú atburðarrás hafi verið fyrirsjáanleg var ekki brugðist við þessari hættu þótt við henni væri varað, hvorki á vettvangi ESB né einstakra aðildarríkja.

Af framangreindu leiðir jafnframt að nauðsynlegt er að með lögum verði tekið á því hvernig bregðast skuli við gjaldþroti banka sem starfar í fleiri en einu aðildarríki. Tilskipun 2001/24/EB um slit lánastofnana er hvergi nærri fullnægjandi grundvöllur í þeim efnum, enda tekur hún eingöngu á gjaldþrotaskiptum og skyldum úrræðum. Aftur á móti felst vandinn í björgunaraðgerðum og innstæðutryggingum. Það er óheppilegt ef sjálfgefið telst að bönkum sé bjargað frá falli. Á hinum innri markaði þarf að koma upp fullnægjandi málsmeðferð sem gerir kleift að taka banka, þar á meðal kerfislega mikilvæga banka, til gjaldþrotaskipta.

Í öðru lagi var fjallað um rúmar starfsheimildir lánastofnana. Eftir aðild Íslands að EES urðu breytingar á lögum um starfsemi lánastofnana. Helsta einkenni breytinganna, sem voru í samræmi við Evrópurétt, var afnám lagahindrana. Afleiðingin var m.a. sú að innan sömu lánastofnunar var nú unnt að stunda bæði viðskiptabankastarfsemi og fjárfestingarbankastarfsemi. Einnig eykst hætta á hagsmunaárekstrum innan lánastofnana ef starfsheimildir þeirra eru rúmar. Þá er ljóst að það var fyrst og fremst fjárfestingarbankastarfsemin sem var ástæðan fyrir falli íslensku bankanna. Í þessu ljósi má spyrja hvort tilefni sé til breytinga í þá veru að takmarka starfsheimildir fjármálfyrirtækja. Umræða um þetta mál hefur þó verið fremur takmörkuð og kemur það nokkuð á óvart.

Í þriðja lagi var fjallað um vandamál sem tengist framangreindu álitafni og felst í því þegar fjármálastofnun er of stór til þess að falla („too big to fail“). Þessi vandi hefur aukist hin síðari ár með samrunum og stækkun fjármálastofnana. Nú er svo komið að sumar fjármálasamstæður eru risavaxnar á alþjóðlegan mælikvarða. Hinir föllnu íslensku bankar voru risavaxnir í samanburði við íslenska hagkerfið. Ljóst má vera að falli svo stórar fjármálasamstæður geta afleiðingarnar verið alvarlegar fyrir efnahagskerfið í heild. Því má spyrja hvort rök standi ekki til þess að setja stærð þeirra skorður að lögum. Raunar fæli það líklega einnig í sér nokkra takmörkun á stærð

<sup>38</sup> Sjá Turner Review. A regulatory response to global banking crisis. March 2009, bls. 9.

<sup>39</sup> Joseph E. Stiglitz: „Regulation and the Theory of Market and Government Failure“, April 2009, bls. 3.

<sup>40</sup> Joseph E. Stiglitz: „Regulation and the Theory of Market and Government Failure“, bls. 11.

fjármálastofnana væri farin sú leið að takmarka starfsheimildir þeirra eða skilja að viðskiptabankastarfsemi og fjárfestingarbankastarfsemi.

Í fjórða lagi var fjallað um fyrirhuguð áform á vettvangi ESB um annars vegar eftirlit með kerfisáhættu og hins vegar eftirlitsaðila með bönkum, tryggingafélögum og fjármálagerningum. Breytingar í þá veru eru tvímælalaust til þess fallnar að draga úr áhættu. Þau leysa hins vegar ekki þann vanda sem felst í því að gistiríkið fer með stjórn efnahagsmála og ber ábyrgð á fjármálastöðugleika, að starfsheimildir fjármálafyrirtækja eru rúmar og sum fjármálafyrirtæki eru of stór til að falla. Engu að síður kann þetta að vera skref í rétta átt. Þó verður að hafa í huga að lagabreytingar geta ekki einar sér breytt ástandi á fjármálamarkaði. Meira þarf að koma til, svo sem vilji til að framfylgja lögum o.fl.

Þær leiðir sem helst virðast koma til greina til að mæta framangreindu vandamáli eru annað hvort að takmarka réttinn til þess að stofna útibú í öðrum aðildarríkjum eða ná fram algerum samruna þar sem eftirlit með fjármálastofnunum og eftirlit með fjármálastöðugleika er á sömu hendi. Ekki verður séð að seinni leiðin sé fær á meðal fullvalda ríkja á EES-svæðinu. Í ljósi reynslunnar má aftur á móti spyrja hvort fyrri leiðin komi ekki til greina, þ.e. að takmarka hinn óskoraða rétt lánastofnana til þess að stofna útibú í öðrum aðildarríkjum á EES-svæðinu. Vissulega fæli þetta í sér frávik frá meginreglu Evrópuréttarins um stofnsetningarrétt. Aftur á móti er ljóst að mikil hætta getur skapast af útibúum, bæði fyrir heimaríki og gistiríki, eins og m.a. dæmið um útibú Landsbankans sýnir. Takmörkun á stofnsetningarrétti að þessu leyti, eða algert bann, byggðist því fyrst og fremst á reynslunni og mjög sannfærandi gagnrýni fræðimanna á þetta fyrirkomulag. Í þessu sambandi ber að hafa í huga að fjármálastofnanir eru alveg sérstaks eðlis, þar sem þær gegna lykilhlutverki í gangverki efnahagslífsins. Starfsemi þeirra verður því ekki lögð að jöfnu við annars konar fyrirtækjarekstur.

Verði talið að verulegar takmarkanir við stofnun útibúa eða algert bann komi ekki til greina kæmi hugsanlega til greina að viðurkenna áfram réttinn til stofnunar útibúa, en með frávikum. Um innstæðutryggingar, sem heimaríki ber ábyrgð á, má nefna að í Bandaríkjunum og Ástralíu er þarlendur fjármálastofnunum heimilt að stofna útibú í öðrum löndum. Aftur á móti er sú regla skýr að innstæðutryggingar ná ekki til hinna erlendu útibúa. Að því er varðar gistiríki má nefna auknar heimildir gistiríkisins til þess að grípa inn í starfsemi útibúsins. Þó verður að benda á að þessar heimildir eru að miklu leyti til staðar í Evrópurétti þótt þær hafi verið notaðar sparlega, ef svo má að orði komast.

Fjármálastofnanir gegna lykilhlutverki í gangverki efnahagslífs hvernar þjóðar. Þau miðla greiðslum, veita lán og taka á móti innlánunum. Gjaldþrot þeirra getur haft keðjuverkandi áhrif og leitt til hruns fjármagnsmarkaðarins eða einstakra hluta hans. Afleiðingarnar geta verið alvarlegar fyrir efnahagskerfið í heild. Þó að frjáls stofnsetningarréttur sé almenna reglan í Evrópurétti er mikilvægt að hafa í huga að heilbrigð skynsemi, byggð á reynslunni, eigi að ráða för við lagasetningu sem ætlað er að endurreisa hið fallna fjármálakerfi.

## Heimildir

- Alþingistiðindi.
- Alan D. Morrison og William J. Wilhelm, Jr.: *Investment Banking – Institutions, Politics and Law*. New York 2007.
- Arthur O'Sullivan og Steven M. Sheffrin: *Economics: Principles in Action*. New Jersey, 2006.
- Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document.
- D. Mayes og J. Vesala: „On the Problems of Home Country Control, Current Politics and Economics of Europe“, 10 (2000), bls. 1-26.
- Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.
- Dirk Schoenmaker og Sander Oosterloo: „Financial Supervision in an Integrating Europe: Measuring Cross-Border Externalities“, *International Finance* 8:1, 2005.
- Dirk Schoenmaker og Sander Oosterloo: „Financial Supervision in Europe: Do We Need a New Architecture?“, *Cahier Comte Boël No. 12*, European League for Economic Cooperation (2005).
- Dóra Guðmundsdóttir: „Fjármálamarkaður inna Evrópusambandsins og EES reglur og eftirlit“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 2009, bls. 9–40.
- European Financial Integration Report 15 (2007), SEC (2007) 1696.
- Gary H. Stern og Ron J. Feldman: *Too Big To Fail – The Hazards of Bank Bailouts*, Washington DC, 2004.
- Hal S. Scott: *International Finance – Transactions, Policy and Regulation*. New York 2008.
- Inwon Song: „Foreign Bank Supervision and Challenges to Emerging Market Supervisors“. *IMF Working Paper WP/04/82*, Washington 2004.
- J.H. Dalhuisen: *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law*. Oxford 2007.
- Jean Dermine: „European Banking Integration: Don't Put the Cart before the Horse“, *INSEAD*, Fontainebleau 2005.
- Joseph E. Stiglitz: „Regulation and the Theory of Market and Government Failure“. April 2009 ([www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2009\\_Regulation\\_Theory\\_Failure.pdf](http://www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2009_Regulation_Theory_Failure.pdf)).
- Joseph E. Stiglitz: „Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions“. Washington DC, April 21, 2009 ([http://www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2009\\_JEC\\_TooBigToFail.pdf](http://www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2009_JEC_TooBigToFail.pdf)).
- Michael Blair og George Walker: *Financial Services Law*. New York 2006.
- Rannsóknarnefnd Alþingis: *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Reykjavík 2010.
- Reint Gropp, Marco Lo Duca og Jukka Vesala: „Cross-Border Bank Contagion in Europe“. *European Central Bank Working Paper Series 662*, Brussel júlí 2006.
- Robert A. Eisenbeis og George G. Kaufman: „Cross-Border Banking: Challenges for Deposit Insurance and Financial Stability in the European Union“. *Federal Reserve Bank of Atlanta*, Working Paper 2006-15a, January 2007.
- SEC (97) 1193, final, June 20, 1997.
- Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*. Reykjavík 2000.
- Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*. Reykjavík 2008.
- Sveriges Riksbank: *Financial Stability Report*, 2/2003. Stokkhólmur 2003.
- The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired by Jacques de Larosiére, Report, Brussels, February 25, 2009.
- Turner Review. A regulatory response to global banking crisis. March 2009. London.
- White Paper – Financial Services Policy 2005-2010 ([http://ec.europa.eu/internal-market/finances/docs/white\\_paper/white\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal-market/finances/docs/white_paper/white_paper_en.pdf)).

# Um stjórn veiða á kolmunna og makríl –

## Hver er réttarstaða Íslands í makríldeilunni?

Helgi Áss Grétarsson\*

Þessi grein er um samkomulag ríkja um stjórn veiða á kolmunna og makríl en þessar uppsjávartegundir flakka á milli efnahagslögsagna strandríkja á Norðaustur–Atlantshafi ásamt því að vera á úthafinu. Með ritun þessarar greinar er ætlunin að veita aðgengilegt yfirlit yfir ákvarðanir um árlegar aflatakmarkanir í þessum tegundum og hvernig þeim hefur verið skipt á milli ríkja. Aðildarríki Evrópusambandsins (ESB)<sup>1</sup>, Færeyjar, Ísland, Noregur og Rússland hafa mestra hagsmuna að gæta við stjórn veiða á þessum tegundum.<sup>2</sup>

Óhjákvæmilegt er að tengja stjórn veiða á þessum tegundum við viðeigandi ákvæði hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna<sup>3</sup> og úthafsveiðisamnings Sameinuðu þjóðanna.<sup>4</sup> Einnig þykir nauðsynlegt að fjalla stuttlega um Norðaustur–Atlantshafsfiskveiðinefndina (NEAFC).<sup>5</sup>

Viðfangsefni greinarinnar er nálgast með hliðsjón af hefðbundnum aðferðum lögfræðinnar, þ.e. áhersla er lögð á að skýra og lýsa réttarstöðu. Sérstök áhersla verður lögð á að greina réttarstöðu Íslands hvað varðar stjórn veiða á makríl en makríldeilan svokallaða hefur vakið athygli undanfarin misseri.<sup>6</sup>

---

\* Höfundur er sérfræðingur við Lagastofnun Háskóla Íslands og doktorsnemi við lagadeild Háskóla Íslands.

<sup>1</sup> ESB er einn þjóðréttaraðili að samningum um stjórn veiða á deilistofnum, þ.e. aðildarríki þess hafa framselt valdi til sambandsins um að semja um þessi málefni, sbr. nú 2. mgr. 3. gr. Lissabon–sáttmálans.

<sup>2</sup> Ekki verður fjallað hér um stjórn veiða á uppsjávartegundinni norsk–íslenskri síld en ítarlega umfjöllun um stjórnkerfi þeirra veiða er að finna í ritgerð Helga Áss Grétarssonar: „Stjórnkerfi veiða á norsk–íslensku síldinni 1994–2007: Veitir það vísbendingu um gildi kenningar um stjórn fiskveiða, jafnræði og atvinnufrelsi?“. *Rannsóknir í félagsvísindum IX – Lagadeild*. Reykjavík 2008, bls. 81–132. Sú grein og þessi grein sem hér er birt, eiga að veita glögga mynd af þeim flóknu viðfangsefnum sem við er að glíma þegar ríki eru að nýta deilistofna sem flakka um margar ólíkar efnahagslögsögur og um úthafið.

<sup>3</sup> Hafréttarsamningur Sameinuðu þjóðanna (e. United Nations Convention on the Law of the Sea) var undirritaður árið 1982 og tók gildi 16. nóvember 1994 þegar nægilegur fjöldi ríkja hafði fullgilt hann. Samningurinn hefur verið fullgiltur hér á landi, sbr. auglýsingu nr. 7/1985 í C–deild Stjórnartíðinda.

<sup>4</sup> Úthafsveiðisamningurinn var samþykktur í ágúst 1995 en samningurinn ber hið formlega heiti: „Samningur um framkvæmd ákvæða hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna frá 10. desember 1982 um verndun deilistofna og víðförulla fiskstofna og stjórnun veiða úr þeim“ (e. Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks). Samningurinn tók gildi í desember 2001 þegar fullnægjandi fjöldi ríkja hafði fullgilt hann. Samningurinn hefur verið fullgiltur hér á landi, sbr. auglýsingu nr. 8/1997 sem birt er í C–deild Stjórnartíðinda.

<sup>5</sup> Stofnsamningur NEAFC var samþykktur árið 1980 og tók gildi 1982 en íslenskum stjórnvöldum var veitt heimild til að fullgilda þennan samning með setningu laga um aðild Íslands að samningi um framtíðarsamvinnu ríkja varðandi fiskveiðar á Norðaustur–Atlantshafi nr. 68/1981. Með samkomulagi allra aðildarríkja NEAFC var stofnsamningnum breytt árin 2004 og 2006. Þær breytingar hafa ekki öðlast formlegt gildi þar sem eftir er að staðfesta þær í aðildarríkjunum. Á hinn bóginn hefur verið farið eftir þeim í störfum NEAFC undanfarin ár.

<sup>6</sup> Tekið skal fram að um þessa deilu verður fjallað með hliðsjón af þeim málsatvikum sem máli skipta og þeim lagareglum er varða efnið. Eðlilegt er að margir hafi áhuga á að fjalla um efnið á grundvelli annarra sjónarmiða en laga en reynt verður að forðast það í þessari grein.

Ástæða þykir til að veita hagnýtar upplýsingar um stjórn veiða á kolmunna og makríl er varða ýmis önnur atriði en lögfræðileg. Þetta er gert til að tengja laga-reglurnar við þann veruleika sem þeim er ætlað að leysa úr. Með þessu á að auka skilning lesenda á málefnum.

## 1. Hafréttarsamningur Sameinuðu þjóðanna

Á grundvelli hafréttarsamningsins hafa strandríki víðtækar heimildir til að stjórna fiskveiðum í atvinnuskyni innan efnahagslögsögu sinnar, sbr. 55., 61. og 62. gr. samningsins. Samkvæmt þessum ákvæðum mega strandríki banna skipum annarra ríkja að stunda veiðar innan efnahagslögsögunnar.<sup>7</sup> Meginreglan er því sú að eingöngu fiskiskip, sem sigla undir fána strandríkis, mega stunda veiðar innan efnahagslögsögu þess. Frá þessari meginreglu er hins vegar vikið af hálfu strandríkja, eftir atvikum með stöð í landslögum eða tvíhliða milliríkjasamningum.<sup>8</sup>

Samkvæmt 63. gr. hafréttarsamningsins ber ríkjum skylda til að starfa saman að stjórn og verndun deilistofna, þ.e. nytjastofna sem eru annars vegar í efnahagslögsögum tveggja eða fleiri strandríkja<sup>9</sup> og nytjastofna sem eru hins vegar bæði í efnahagslögsögu strandríkja og á aðlægu hafsvæði utan efnahagslögsagna strandríkja<sup>10</sup>. Þessi grein varðar eingöngu stjórn veiða á síðarnefndu nytjastofnunum, þ.e. tilteknum uppsjávarstofnum sem falla undir skilgreiningu 2. mgr. 63. Hafréttarsamningsins.

Rétt eins og 63. gr. hafréttarsamningsins eru önnur ákvæði hans um stjórn veiða á deilistofnum hvorki nákvæm né afdráttarlaus.<sup>11</sup> Þau kveða fyrst og fremst á um skyldu ríkja, sem hagsmuna hafa að gæta við stjórn veiða á þessum tegundum, til að starfa saman og tryggja þannig heildarstjórn veiða. Ef ríki ná ekki saman um þessi málefni eru fátækleg úrræði til að þvinga þau til tiltekinna aðgerða í því skyni að stöðva óábyrgar veiðar á úthafinu eða koma í veg fyrir stjórnlitlar veiðar á deilistofnum innan efnahagslögsögu strandríkja.

## 2. Úthafsveiðisamningur Sameinuðu þjóðanna

Með gerð úthafsveiðisamningsins stóðu vonir til að mörg álitæfni tengd stjórn veiða á úthafinu og á deilistofnum myndu leysast. Þótt samningurinn hafi reynst vel um margt er í honum ekki kveðið skýrlega á um hvernig ríki skuli leysa deilumál sín á milli ásamt því að úrræði til að fylgja ákvæðum hans eftir, t.d. vegna veiða hentifánaskipa, eru þunglamaleg. Rétt þykir að rekja helstu ákvæði hans er hafa þýðingu við stjórn veiða á kolmunna og makríl.

### 2.1 Tilgangur og markmið úthafsveiðisamningsins

Í aðfararorðum úthafsveiðisamningsins er rætt um tilgang þess að samþykkja samninginn, svo sem með tilliti til þess að auka samstarf ríkja á þessu sviði, m.a. til að tryggja ábyrgar veiðar. Í 2. gr. úthafsveiðisamningsins er kveðið á um það markmið

<sup>7</sup> Í þröngum undantekningartilvikum ber strandríkjum þjóðréttarleg skylda að veita fiskiskipum annarra ríkja aðgang að nýtingu lifandi auðlinda hafsins innan efnahagslögsögu sinnar, sbr. 69.–70. gr. samningsins. Þær undantekningar eru þó ekki ýkja raunhæfar, þ.e. það þekkest vart í framkvæmd að fiskiskipum annarra ríkja sé veittur aðgangur að veiðum innan efnahagslögsögu strandríkja á þessum lagagrundvelli.

<sup>8</sup> Sjá m.a. Gunnar G. Schram: *Hafréttur*. Reykjavík 2001, bls. 107–109.

<sup>9</sup> Sjá 1. mgr. 63. gr. Hafréttarsamningsins.

<sup>10</sup> Sjá 2. mgr. 63. gr. Hafréttarsamningsins.

<sup>11</sup> Með þessu er verið að vísa til e–liðar 87. gr. og 116–119 gr. hafréttarsamningsins. Sjá nánari umfjöllun um þau ákvæði í riti Gunnars G. Schrams: *Hafréttur*, bls. 110–111.

samningsins að tryggja langtímaverndun og sjálfbæra nýtingu deilistofna og víðförulla fiskstofna með virkri framkvæmd viðeigandi ákvæða hafréttarsamningsins.

Í aðfararorðum samningsins er m.a. vísað til C-þáttar 17. kafla dagskrár 21 sem samþykktur var af ráðstefnu Sameinuðu þjóðanna um umhverfi og þróun í Ríó árið 1992 en í þessum þætti kom m.a. fram að stjórn úthafsveiða væri ófullnægjandi á mörgum svæðum og sumar auðlindir væru ofnýttar. Einnig er í aðfararorðunum hvatt til þess að fánaríki, hafnríki og strandríki framfylgi á virkari hátt þeim verndunar-ráðstöfunum sem ákveðnar eru vegna deilistofna og víðförulla fiskstofna ásamt því sem ríkin geri sér ljósa nauðsyn þess að draga sem mest úr hættu á langvarandi eða varanlegum afleiðingum veiða.

## 2.2 Gildissvið úthafsveiðisamningsins

Ef ekki er kveðið á um annað gildir úthafsveiðisamningurinn eingöngu utan lögsögu strandríkja. Á hinn bóginn gilda 6. og 7. gr. samningsins einnig innan lögsögu strandríkja að teknu tilliti til þeirra mismunandi lagalegu kerfa sem gilda um stjórn veiða á deilistofnum og víðförulur fiskstofnum innan og utan efnahagslögsögu strandríkja, sbr. 1. mgr. 3. gr. úthafsveiðisamningsins.

Jafnframt skal strandríki taka tillit til almennra viðmiða þeirra sem getið er í 5. gr. samningsins þegar það neytir fullveldisréttinda sinna innan efnahagslögsögunnar hvað varðar stjórn veiða á deilistofnum og víðförulur fiskstofnum, sbr. 2. mgr. 3. gr. Úthafsveiðisamningsins.

Ekkert í úthafsveiðisamningnum hagar ákvæðum hafréttarsamningsins og skal úthafsveiðisamningurinn túlkaður og honum beitt í samhengi og samræmi við hafréttarsamninginn, sbr. 4. gr. úthafsveiðisamningsins.

## 2.3 Ákvæði úthafsveiðisamningsins um verndun deilistofna og víðförulla fiskstofna og stjórn veiða úr þeim

Í 5. gr. úthafsveiðisamningsins er að finna almenn viðmið um hvernig haga skuli líffræðilegri stjórn veiða á deilistofnum og víðförulur fiskstofnum. Þar er m.a. tiltekið að stjórn veiða skuli byggðar á bestu tiltækum vísindalegum niðurstöðum og miði að því að stofnum sé haldið í eða komið aftur upp í stærð sem getur gefið af sér hámarks-langtímaaflla, með þeim takmörkunum sem felast í viðkomandi umhverfis- og efnahagsaðstæðum, sbr. b-lið ákvæðisins. Margvísleg önnur atriði eru nefnd til sögunnar í 5. gr. samningsins, m.a. að ríki skulu gera ráðstafanir til að koma í veg fyrir eða útiloka ofveiði og umframafkastagetu fiskiskipaflotans og til að tryggja að sóknargeta flotans sé ekki meiri en svarar til sjálfbærrar nýtingar auðlindanna, sbr. h-lið ákvæðisins.

Kveðið er á um svokallaða varúðarnálgun við stjórn fiskveiða í 6. gr. Úthafsveiðisamningsins. Í þessu felst m.a. að sýna skuli sérstaka varúð þegar upplýsingar eru óvissar, óáreiðanlegar eða ónógar, sbr. 2. mgr. ákvæðisins. Í b-lið 3. mgr. ákvæðisins er vísað til ákveðinna viðmiðunarreglna sem koma fram í II. viðauka samningsins en þær viðmiðunarreglur hafa m.a. komið að notum þegar ríki hafa samið um aflareglur<sup>12</sup> við stjórn veiða á einstökum tegundum deilistofna á borð við kolmunna og makríl.

Í 7. gr. samningsins er með rækilegum hætti fjallað um samþýðanleika ráðstafana við stjórn veiða á deilistofnum og víðförulur fiskstofnum, þ.e. að ráðstafanir einstakra strandríkja skulu vera samrýmanlegar sem og þær ráðstafanir sem ákveðnar eru á vettvangi svæðisbundinna veiðistjórnarstofnana. Með þessum reglum er kveðið á um skyldu ríkja til að semja um þessi málefni með það í huga að koma á sameiginlegri

<sup>12</sup> Aflaregla tengir ákvörðun um árlegan leyfilegan heildarafla í tiltekinni tegund nytjastofns við ákveðið hlutfall af lífmassa tegundarinnar, venjulega lífmassa hrygningarstofn tegundarinnar eða svokölluðum veiðistofni sem er þá skilgreindur á annan veg en sem hrygningarstofn. Ef t.d. aflaregla kveði á um að veiða megi 25% af stærð hrygningarstofns má veiða 25.000 tonn ef stofninn er talinn 100.000 tonn að stærð.

stjórn veiða á sameiginlegum nytjastofni, hvort sem hann er deilistofn eða víðföllum fiskstofn. Þessar reglur kveða ekki á um hvernig þetta samstarf skuli nákvæmlega úr garði gert heldur mæla eingöngu fyrir um þau almennu viðmið sem skulu höfð að leiðarljósi þegar samið er um stjórn veiða á þessum nytjastofnum og með hvaða hætti ríki skulu nálgast þetta viðfangsefni.

#### 2.4 Tilhögun alþjóðlegs samstarfs um deilistofna og víðförla fiskstofna

Kveðið er nánar á um alþjóðlegt samstarf um stjórn veiða á deilistofnum og víðförlum fiskstofnum í III. hluta úthafsveiðisamningsins, sbr. 8.–16. gr. samningsins. Hér verður eingöngu staðnæmst við 8., 10. og 11. gr. samningsins.

Til að tryggja árangursríka verndun deilistofna og víðförla fiskstofna og stjórn úr þeim, skulu strandríki og úthafsveiðiríki starfa saman en þessu samstarfi má koma með samningum ríkjanna beint á milli eða á vettvangi svæðisbundinna veiðistjórnarstofnunar, sbr. 1. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins. Í 2. mgr. 8. gr. Úthafsveiðisamningsins er mælt fyrir um skyldu ríkja að hefja viðræður um stjórn veiða ef sýnt þykir að viðkomandi nytjastofnum kunni að stafa hætta af ofnýtingu eða þegar verið er að þróa nýjar veiðar úr slíkum stofnum. Þessar viðræður má hefja að beiðni sérhvers ríkis sem hagsmuna á að gæta. Meðan ekki næst samkomulag um slíkt fyrirkomulag skulu ríki virða ákvæði úthafsveiðisamningsins og koma fram af trúnaði og með tilhlýðilegu tilliti til réttinda, hagsmuna og skyldna annarra ríkja.

Þegar svæðisbundin veiðistjórnarstofnun eða þátttakendur í veiðistjórnarfyrirkomulagi eru bær um að ákveða verndunar- og stjórnunarráðstafanir vegna tiltekinna deilistofna eða víðförla fiskstofna, skulu ríki, sem veiða úr stofnunum á úthafinu, og viðkomandi strandríki, rækja skyldu sína til að starfa saman með því að gerast aðilar að stofnuninni eða þátttakendur í fyrirkomulaginu ellegar með því að fallast á að beita þeim verndunar- og stjórnunarráðstöfunum sem stofnunin eða þátttakendur í fyrirkomulaginu hafa ákveðið, sbr. 1. ml. 3. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins.

Svo segir orðrétt í 2. og 3. ml. 8. gr. úthafsveiðisamningsins:

Þau ríki, sem hafa raunverulega hagsmuni af viðkomandi veiðum, geta gerst aðilar að stofnuninni eða þátttakendur í fyrirkomulaginu. Þáttökuskilmálar stofnunarinnar eða fyrirkomulagsins skulu ekki útiloka slík ríki frá aðild eða þátttöku, né skal þeim beitt á þann hátt að ríki eða hópi ríkja, sem hafa raunverulega hagsmuni af viðkomandi veiðum, sé mismunað.

Jafnframt segir í 4. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins að „aðeins þau ríki, sem eru aðilar að slíkri stofnun eða þátttakendur í slíku fyrirkomulagi ellegar fallast á að beita þeim verndunar- og stjórnunarráðstöfunum er stofnunin eða þátttakendur í fyrirkomulaginu hafa ákveðið, skulu hafa aðgang að *auðlindum* þeim sem þessar ráðstafanir ná til“.

Um hlutverk veiðistjórnarstofnana og veiðifyrirkomulags er fjallað í 10. gr. úthafsveiðisamningsins, sbr. einnig 9. gr. samningsins. Þegar ríki fullnægja skyldu sinni að starfa saman á vettvangi veiðistjórnarstofnana eða samkvæmt fyrirkomulagi við stjórn veiða á tilteknum nytjastofni, skulu þau m.a. hlíta ráðstöfunum sem ætlað er að tryggja sjálfbærni veiða á viðkomandi stofni. Einnig skulu ríki koma sér saman um, eftir því sem við á, réttindi til þátttöku í veiðum, svo sem með skiptingu leyfilegs heildarafla.

Í 11. gr. úthafsveiðisamningsins er kveðið á um rétt nýrra aðila að veiðistjórnarstofnun eða nýrra þátttakenda við stjórn veiða á tiltekinni tegund nytjastofns. Þegar slíkur réttur er viðurkenndur skal líta til margvíslegra atriða, svo sem ástands viðkomandi nytjastofns, veiðimynsturs, framlaga nýrra og eldri aðila eða þátttakenda hvorra um sig til verndunar viðkomandi nytjastofns, þarfa strandbyggða sem byggja



afkomu sína að mestu leyti á veiðum úr viðkomandi nytjastofni og þarfa strandríkja ef efnahagur þeirra er í mjög miklum mæli háður hagnýtingu lifandi auðlinda hafsins.<sup>13</sup>

## 2.5 Hver er þýðing þessara ákvæða?

Í úthafsveiðisamningnum er lögð rík áhersla á að deilistofnar séu verndaðar með virkum hætti og ríki eigi að vinna saman að stjórn veiða slíkra stofna. Leiðirnar að þessu marki eru ekki skilgreindar þannig að ríkjum beri ótvíræð skylda til að ná samningum um stjórn veiða deilistofna. Eigi að síður gefur regluverkið til kynna að ríkjum beri að vinna saman í þessum efnum. Þetta geta ríki gert með samningum sín á milli eða með því að taka þátt í starfi svæðisbundinna veiðistjórnarstofnana.

Í 3. Og 4. Mgr. 8. Gr. Úthafsveiðisamningsins er kveðið á um regluna um raunverulega veiðihagsmuni ríkja við nýtingu tiltekinn nytjastofns. Slík ríki geta í reynd dregið úr möguleikum ríkja að stunda veiðar á sama nytjastofni, þ.e. ríki sem hafa ekki raunverulega veiðihagsmuni geta vart vænst þess að taka þátt í stjórn veiða á viðkomandi nytjastofni.

Þetta getur þó breyst, t.d. ef dreifing deilistofns breytist og hann fer að veiðast innan efnahagslögsögu strandríkis sem hafði áður ekki raunverulega hagsmuni af því að veiða tegundina. Við það geta vaknað deilur á milli þeirra ríkja sem höfðu áður nýtt tegundina og strandríkisins sem er nýbyrjað að stunda viðkomandi veiðar. Nærtækt dæmi um slíkt er yfirstandandi deila um stjórn makrílveiða, sbr. Kafla 5 og 6.

## 3. Um Norðaustur–Atlantshafs fiskveiðinefndina (NEAFC)

Aðildarríki NEAFC eru Danmörk (varðandi Færeyjar og Grænland), ESB, Ísland, Noregur og Rússland. NEAFC hefur ekki heimildir til að skipta sér af fiskveiðistjórn innan efnahagslögsagna aðildarríkja, nema eftir beiðni strandríkjanna sjálfra. Hlutverk nefndarinnar hefur því einskorðast við að vera vettvangur samráðs um stjórn fiskveiða á þeim úthafssvæðum sem tilheyra samningssvæði nefndarinnar en í öllum aðalatriðum má skipta þeim úthafssvæðum í fernt.<sup>14</sup>

Nefndin er bær um að setja reglur um stjórn fiskveiða á samningssvæðinu og eru þessar reglur bindandi í skilningi þjóðaréttar, sbr. 5.–13. Gr. Stofnsamnings NEAFC. Þetta þýðir m.a. að nefndin getur kveðið á um heildaraflatakmarkanir einstakra tegunda á samningssvæðinu, sbr. E-lið 8. Gr. Stofnsamningsins. Einstök aðildarríki, sem lenda í minnihluta í atkvæðagreiðslu um setningu reglna á vegum NEAFC, geta hafnað því að þær öðlist gildi gagnvart sér og sínum þegnum.

Forsenda þess að NEAFC skipti sér af fyrirkomulagi veiða á tiltekinni tegund nytjastofns er að viðkomandi aðildarríki, sem raunverulega hagsmuni hafa að gæta við stjórn veiðanna, reyna að ná samkomulagi um heildaraflatakmarkanir og skiptingu heildaraflans. Ef tekst að ná samkomulagi um þetta kunna aðildarríkin taka upp aflareglu við stjórn veiða á viðkomandi tegund.<sup>15</sup> Venjulega er slík aflaregla ákveðin að fenginni ráðgjöf Alþjóðahafrannsóknarráðsins (ICES) en kveðið er á um það í 14. Gr. Stofnsamnings NEAFC að leita skuli til ICES í því skyni að aðildarríkin fái upplýsingar og ráðgjöf um ástand nytjastofna og aflahorfur.

Ákvörðun um að taka upp sameiginlegar heildaraflatakmarkanir er oft og einatt órjúfanlega tengd því hvernig þessum heildarafla verði skipt, þ.e. ákvörðun um

<sup>13</sup> Sjá einnig Gunnar G. Schram: *Hafríttur*, bls. 119.

<sup>14</sup> Í *fyrsta lagi* er hafsvæði sem tilheyrir m.a. svokölluðum Reykjaneshrygg sem liggur sunnan við efnahagslögsögu Íslands og nær alla leið til Azor–eyja. Í *öðru lagi* er hin svokallaða Síldarsmuga sem liggur milli efnahagslögsagna Noregs, Grænlands, Íslands, Færeyja og fiskveiðilögsögu Jan Mayen. Í *þriðja lagi* er það hin svokallaða Smuga í Barentshafi. Í *fjórdra lagi* er það hafsvæði norðan Grænlands og Svalbarða sem liggur að norðurskautinu.

<sup>15</sup> Vinnubrögð af þessu lagi eru þau í anda fyrrnefnds b–liðar 3. mgr. 6. gr. úthafsveiðisamningsins.

sameiginlegar aflatakmarkanir verða gjarnan ekki að veruleika vegna þess að ríki eru ófær um að ná samningum um skiptingu hins árlega heildarafla. Helsta deilumál ríkja, sem nýta sameiginlega nytjastofna, er því *skipting árlegs heildarafla*. Þangað til að sameiginleg niðurstaða hefur fengist í þessum efnum er algengt að hvert ríki ákveði heildaraflatakmarkanir einhliða þar til að samkomulag hefur tekist um skiptingu heildaraflans á milli einstakra ríkja.

Telja verður að framangreind þróun hafi einkennt stjórn veiða á uppsjávardeili-stofnum á Norðaustur–Atlantshafi, sbr. sögulega þróun stjórnar veiða á kolmunna, makríl og norsk–íslenskri síld. Í næstu köflum verður vikið nánar að stjórn veiða á kolmunna og makríl.

## 4. Stjórn veiða á kolmunna

### 4.1 Um dreifingu kolmunna og stofnstærð

Kolmunni er úthafs-, miðsævis- og uppsjávarfiskur og finnst á ýmsu dýpi, allt frá yfirborði og niður á 1000 m. Tegundin myndar oft smátorfur og við Ísland er hún einkum undan Vestur-, Suðvestur-, Suður- og Austurlandi. Á sumrin og haustin berst gjarnan nokkuð magn af smáum kolmunna á fyrsta ári upp að suðaustur- og suðurströnd Íslands frá hrygningarstöðvunum við Bretlandseyjar. Kolmunni heldur sig mikið við suður- og vesturströndina fyrstu eitt til tvö árin, þ.e. þar til hann verður kynþroska. Sá stofn kolmunna sem hefur veiðst á Íslandsmiðum á víða heimkynni þar sem þau ná alla leið frá Norðaustur–Atlantshafi suður um Biskajaflóa til Spánar, Portúgals og norðurstrandar Afríku.<sup>16</sup>

Það er mat fiskifræðinga ICES að hrygningarstofn kolmunna hafi numið um 2 milljónum tonn árið 1996 en tæpum 7 milljónum tonna árið 2003. Nýliðun stofnsins var óvenjugóð á tímabilinu 1996–2005 en hefur verið slök frá og með árinu 2006. Það er mat fiskifræðinga ICES að í upphafi árs 2010 hafi stærð hrygningarstofns kolmunna numið 1,3 milljónum tonna.

### 4.2 Tölulegar upplýsingar um aflaráðgjöf og heildarveiðar á kolmunna

Veiðar á kolmunna umfram ráðgjöf fiskifræðinga ICES voru verulegar á árunum 1997–2005, þ.e. fiskifræðingarnar mæltu með að veidd yrðu 652 þúsund tonn að meðaltali á ári en hins vegar varð árleg veiði að meðaltali 1.614 þúsund tonn.<sup>17</sup> Á tímabilinu 2006–2009 var árleg veiði að meðaltali 1.365 þúsund tonn en ráðgjöf fiskifræðinga nam hins vegar 925 þúsund tonn að meðaltali á ári.<sup>18</sup>

Í byrjun október 2010 mæltu fiskifræðingar ICES með því að annað hvort verði enginn heildarkvóti gefinn út í kolmunna fyrir árið 2011 eða að eingöngu yrði leyft að veiða 40.100 tonn. Jafnframt er í skýrslu fiskifræðingana bent á þann möguleika að heimila veiðar á bilinu 50.000–223.000 tonn fyrir árið 2011 í því skyni að nálgast markmið um langtímahámarksafla í kolmunna.

### 4.3 Um kolmunnaveiðar Íslendinga

<sup>16</sup> Þessar upplýsingar um lífshætti kolmunnans eru að finna í riti Gunnars Jónssonar og Jónbjörns Pálssonar: *Íslenskir fiskar*. Reykjavík 2006, bls. 182.

<sup>17</sup> Sjá upplýsingar sem finna má í töflu 9.4.4.1 í bók ICES nr. 9 um mat á ástand nytjastofna 2010 og aflahorfur 2011. Á grundvelli upplýsinga í þessari töflu reiknaði höfundur út annars vegar það magn sem fiskifræðingar höfðu mælt með að yrði veitt að meðaltali á ári á árabilinu 1997–2005 og hins vegar það magn sem talið er að hafi verið veitt að meðaltali á ári á þessu sama tímabili. Sjá einnig heimasíðu ICES um nýjustu aflaráðgjöf stofnunarinnar vegna kolmunna, sbr. <http://www.ices.dk> (vefsíða skoðuð síðast 13. október 2010).

<sup>18</sup> Sama heimild.

Það voru fyrst og fremst fiskiskip frá ESB, Færeyjum, Noregi og Rússlandi sem nýttu kolmunnastofninn fram til ársins 1997. Það ár hins vegar veiddu íslensk skip 10 þúsund tonn og á næstu árum jókst aflinn verulega, varð mestur hálf milljón tonna árið 2003.<sup>19</sup> Kolmunnaflí íslenskra skipa á tímabilinu 1997–2005 var að mestu leyti veiddur innan íslensku efnahagslögsögunnar<sup>20</sup> en það hefur breyst á undanförunum árum, þ.e. veiðar íslenskra skipa hafa aðallega verið stundaðar utan íslensku efnahagslögsögunnar.<sup>21</sup>

Stjórn veiða íslenskra skipa á kolmunna hafa síðan árið 2002 verið reistar á meginreglum aflamarkskerfisins.<sup>22</sup>

#### 4.4 Ákvarðanir um leyfilegan heildarafla og skiptingu hans

Ekkert samkomulag náðist um sameiginlegar heildaraflatakmarkanir á kolmunna á meðal þeirra ríkja sem nýttu stofninn á árunum 1997–2005. Hvert ríki gaf því út einhliða leyfilegan heildarafla í tegundinni. Það leiddi að sjálfsögðu til mikillar umfangsveði miðað við ráðgjöf fiskifræðinga ICES, sbr. tölulegar upplýsingar hér að framan.

Í árslok 2005 náðist samkomulag milli ESB, Færeyinga, Íslendinga og Noregs, um að leyfilegur heildarafla strandríkjanna yrði ákveðin sameiginlega. Á grundvelli samkomulagsins hefur ESB fengið 30,50% af árlegum leyfilegum heildarafla, Færeyingar 26,13%, Norðmenn 25,75% og Íslendingar 17,63%. Þessu til viðbótar hefur alltaf verið reiknað með að á vegum NEAFC yrði gefinn út leyfilegur heildarafla í kolmunna á úthafinu sem væri aðallega ætlaður rússneskum skipum.<sup>23</sup>

Samkvæmt samkomulaginu frá árinu 2005 átti að taka upp varfærna aflareglu í skrefum. Ekki var gert ráð fyrir því að farið yrði eftir aflaráðgjöf ICES fyrst um sinn en að dregið yrði úr leyfilegum heildarafla hægt og sígandi. Árið 2006 var leyfilegur heildarafla ákveðinn 2,11 milljón tonna en þar af fengu Rússar 100 þúsund tonn. Árið 2007 var leyfilegur heildarafla ákveðinn 1,85 milljón tonn en strandríkin skiptu á milli sín 1,7 milljón tonna. Strandríkin ákváðu að skipta á milli sín 1,15 milljón tonna leyfilegum heildarafla árið 2008 en Rússar fengu heimild til að veiða tæp 100 þúsund tonn.<sup>24</sup> Jafnframt var ákveðið haustið 2007 að endurskoða aflaregluna í kolmunna með þátttöku allra strandríkja og var Rússum boðið að taka þátt í þeirri vinnu.

Á fundi strandríkjanna í London í nóvember 2008 var komist að samkomulagi um stjórn kolmunnaveiða fyrir árið 2009 og var leyfilegur heildarafla ákveðinn 590.000 tonn en þar af skyldi 543.043 tonn skiptast á milli strandríkjanna.<sup>25</sup> Einnig var á þessum fundi ákveðin aflaregla við stjórn veiðanna en hún tók í reynd ekki gildi fyrir

<sup>19</sup> Nýttastofnar sjávar 2009/2010 – aflahorfur fiskveiðiárið 2010/2011. Hafrannsóknarstofnun, Reykjavík 2010, bls. 68–69 og bls. 149.

<sup>20</sup> Sama heimild, bls. 68.

<sup>21</sup> Sama heimild, bls. 68. Á árunum 2006–2007 voru rúm 60% íslenska aflans veidd í færeyskri lögsögu og árin 2006 og 2007 var 20% aflans veiddur á alþjóðlega hafsvæðinu vestur af Bretlandseyjum. Árin 2008 og 2009 var nánast allur íslenski aflinn veiddur utan íslenskrar efnahagslögsögu.

<sup>22</sup> Á grundvelli 5. gr. laga um fiskveiðar utan fiskveiðilandhelgi Íslands nr. 151/1996 var aflahlutdeild úthlutað í kolmunna, sbr. 1. ml. 1. mgr. 3. gr. reglugerðar um úthlutun aflahlutdeilda og aflamarks í kolmunna nr. 196/2002. Meginreglan var sú að skipta aflahlutdeild á milli einstakra skipa með hliðsjón af veiðireynslu þeirra almanaksárin 1996–2001 en þar af skyldu eingöngu bestu þrjú ár hvers skips telja.

<sup>23</sup> Einnig hefur verið gert ráð fyrir að grænenski skip megi stunda veiðarnar en það hafa þau ekki nýtt sér.

<sup>24</sup> Að mati sérfræðihóps ICES um stjórn kolmunnaveiða veiddu Rússar 329.100 tonn árið 2006, 236.369 tonn árið 2007, 225.163 tonn árið 2008 og 149.650 tonn árið 2009. Þetta þýðir m.ö.o. að Rússar veiddu mun meira en kvótaúthlutun þeirra á úthafinu sagði til um á þessum árum. Þetta gat átt sér stað vegna þess að Rússar og Færeyingar hafa samið sín á milli að Rússar megi veiða tiltekið hlutfall af hlut Færeyinga í kolmunna en á móti fá Færeyingar heimild til að stunda veiðar á þorskstofninum í Norður-Íshafi innan rússnesku efnahagslögsögunnar.

<sup>25</sup> Rússar höfðu áheyrnarfulltrúa á fundinum.

árið 2009 ásamt því sem fyrirvarar voru um beitingu hennar við stjórn veiðanna árið 2010. Hins vegar átti hún að öðlast frambúðargildi frá og með árinu 2011.

Samkvæmt hinni nýju aflareglu skal miða við að fiskveiðidauði tiltekinna árganga af kolmunna fari ekki yfir 18% enda sé stærð hrygningarstofnsins metinn yfir 2,25 milljónum tonna. Fari stofninn undir það lágmark skal að meginstefnu miða við 5% fiskveiðidauða. Eftir þessari reglu var að mestu leyti farið við ákvörðun leyfilegs heildarafla í kolmunna árið 2010, þ.e. ákvörðun um leyfilegan heildarafla tók mið af 18% reglunni. Hins vegar í ljósi þess að stærð hrygningarstofnsins er nú eingöngu talinn nema 1,3 milljón tonna mæla fiskifræðingar ICES með mjög takmörkuðum veiðum árið 2011, sbr. umfjöllun hér að framan. Sú ráðgjöf samrýmist áður nefndri 5% reglu.

## 5. Stjórn veiða á makríl

### 5.1 Um dreifingu makríls og stofnstærð

Makrill er uppsjávar-, torfu- og flökkufiskur. Hann er mjög hraðsyndur fiskur og því getur hann víða flækst. Á veturna heldur hann sig úti á reginhafi og við botn. Með vorinu leitar hann í stórum torfum nær landi til hrygningar. Fæða makríls er breytileg eftir aldri, ungfiskar éta svifkrabbadýr, fiskseiði og ýmislegt annað. Fullorðnir fiskar éta svifkrabbadýr, ljósátu og ýmsa fiska. Víða þykir makrill góður matfiskur og er hann því afar verðmætur.<sup>26</sup>

Talið er að það sé einn makrílstofn á Norðaustur-Atlantshafi en svo skiptist hann í þrjár stofngerðir eftir því hvar hann hrygnir, þ.e. Norðursjávarhlutann, Vesturhlutann og Suðurhlutann. Svæðin sem hann hrygnir á eru víða á Atlantshafi. Á 7. áratug 20. aldar voru miklar veiðar stundaðar á Norðursjávarhluta stofnsins, t.d. var makrílaflinn þar ein milljón tonna árið 1967. Þessi hluti stofnsins hrundi nokkrum árum síðar og hefur ekki náð sér á strik eftir það.<sup>27</sup> Suðurhluti stofnsins heldur sig á fyrri helmingi ársins við norðurströnd Spánar og vesturströnd Portúgals og talið er að þessi hluti stofnsins myndi 16–22% af lífmassa tegundarinnar í heild. Vesturhluti stofnsins er langstærstur. Lífmassi þessa hluta stofnsins hefur haldist sæmilega stöðugur um langt skeið sem hefur tryggt ágæt aflbrögð. Um nokkurt skeið hafa veiðar á þessum hluta stofnsins verið aðallega stundaðar í norðurhluta Norðursjávar og á Noregsmiðum.<sup>28</sup>

Það hefur verið talið að makrill frá Vesturhlutanum og Suðurhlutanum fari í ætisleit á seinni helmingi ársins. Við það geta þessir hlutar makrílstofnsins blandast Norðursjávarmakrílnum. Stofninn hefur því á þessum árstíma jafnan haldið sér í norðurhluta Norðursjávar og á Noregsmiðum en einnig fundist í veiðanlegu magni á Færeyjarmíðum sem og á úthafinu. Á undanföllum árum hefur makrillinn í auknum mæli leitað ætis á Íslandsmiðum. Það er talið að 1,1 milljón tonna af makríl hafi verið á Íslandsmiðum sumarið 2010, sbr. niðurstöðu makrílrannsóknna sem stundaðar voru á tímabilinu 9. júlí til 20. ágúst 2010 í samstarfi Færeyinga, Íslendinga og Norðmanna. Samkvæmt þessum rannsóknnum nam heildarmagn makríls á Íslands-, Færeyjar- og Noregsmiðum 4,85 milljónum tonna á þessu tímabili.<sup>29</sup>

Í nýútkominni skýrslu ICES um makrílstofninn er talið að nýliðun stofnsins hafi verið góð árin 2002, 2005 og 2006. Hrygningarstofninn hefur sjaldan verið stærri en hann nemur nú um þrem milljónum tonna. Fiskveiðidauði, sem hlutfall af veiðistofni (fiski 4–8 ára), hækkaði verulega á tímabilinu 1997–2002 en hefur lækkað síðan þá.

<sup>26</sup> Þessar upplýsingar um lífshætti makrílsins eru að finna í riti Gunnars Jónssonar og Jónbjörns Pálssonar: *Íslenskir fiskar*, bls. 282.

<sup>27</sup> Sem dæmi hafa um tíu þúsund tonn verið veidd undanfarin 5 ár af þessum hluta stofnsins.

<sup>28</sup> Sjá upplýsingar um stofnhluta makrílsins í bók ICES nr. 9 um mat á ástand nýjastofna 2010, sbr. heimasíðu ICES (<http://www.ices.dk>), síða skoðuð síðast 13. október 2010).

<sup>29</sup> Sjá frétt á heimasíðu Hafrannsóknarstofnunar frá 29. september 2010, sbr. <http://www.hafro.is/> (vefsíða skoðuð síðast 13. október 2010).

Undanfarin ár hefur fiskveiðidauðinn verið að jafnaði 22–25% af veiðistofni en var um og yfir 40% árin 2002–2003.

Af framangreindu leiðir að fiskifræðingar ICES telja stöðu makrílstofnsins sterka um þessar mundir. Eigi að síður hafa þeir látið í ljós áhyggjur af framtíð stofnsins, m.a. vegna þess að fyrirsjáanlegt er að makrílveiðar í ár verða umtalsvert meiri en aflaráðgjöf þeirra sagði til um. Einnig ríkir óvissa um framtíðarfyrirkomulag veiðanna þar eð samkomulag um heildarstjórn veiða náðist ekki á milli strandríkja áður en makrílvertíðin á þessu ári hófst.

## 5.2 Tölulegar upplýsingar um aflaráðgjöf og heildarveiðar á makríl

Á árunum 1991–1997 veitti ICES ekki ráðgjöf fyrir makrílstofninn í heild en að meðaltali voru á þessu tímabili veidd 709 þúsund tonn á ári. Á tímabilinu 1998–2004 mæltu fiskifræðingar ICES með að veidd yrðu 575 þúsund tonn að meðaltali á ári en veiðarnar námu hins vegar 696 þúsund tonnum að meðaltali á ári. Á árabilinu 2005–2009 miðaðist aflaráðgjöf ICES við að 15–20% hrygningarstofnsins yrði veiddur. Neðra bil aflaráðgjafarinnar nam að meðaltali 317 þúsund tonnum á ári og efra bilið 508 þúsund tonnum. Að meðaltali námu veiðar á þessu tímabili 588 þúsundum tonnum á ári.<sup>30</sup>

Á tímabilinu 1991–1997 veiddi skip ESB að meðaltali um 63% makrílaflans,<sup>31</sup> norsk skip veiddu um 29%, rússnesk tæp 6% og færeysk rúm 2%. Á tímabilinu 1998–2006 hélt þetta hlutfall sér í grófum dráttum en veiðar skipa ESB jukust aðeins, urðu um 66% en það dró úr veiðum Norðmanna, þ.e. þær námu um 24% að meðaltali á þessu tímabili. Á árunum 2007–2009 veiddu íslensk skip tæp 14% af heildaraflanum. Skip ESB veiddu hins vegar um 59% heildaraflans, norsk skip rétt rúm 19%, rússnesk tæp 6% og færeysk 2%.<sup>32</sup> Hlutur Íslands í heildarafla ársins 2010 liggur ekki fyrir en hann verður líklegast um 15–20%.

## 5.3 Um makrílveiðar Íslendinga

Makrílveiðar Íslendinga voru lengi takmarkaðar þótt vitað hafi verið að makrill flæktist á Íslandsmið.<sup>33</sup> Árið 2006 veiddu íslensk skip rúm 1.700 tonn innan efnahagslögsögunnar og tæp 2.500 tonn innan færeysku efnahagslögsögunnar. Veiðarnar jukust enn frekar árið 2007 þegar veidd voru samtals 36,5 þúsund tonn og þar af veiddust tæp 32 þúsund tonn innan íslensku efnahagslögsögunnar. Árið 2008 voru rúm 112 þúsund tonn veidd og þar af tæp 110 þúsund tonn innan íslensku efnahagslögsögunnar. Engar aflatakmarkanir voru á þessum veiðum íslenskra skipa árin 2006–2008.<sup>34</sup> Þess skal þó getið að í byrjun september 2008 var gefin út reglugerð um stjórn makrílveiða íslenskra skipa utan lögsögu árið 2008 nr. 863/2008.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Sjá töflu nr. 9.4.2.1 um stofnhluta makrílsins í bók ICES nr. 9 um mat á ástand nýttastofna 2010 og aflahorfur 2011. Á grundvelli talnaupplýsinga í þessari töflu reiknaði höfundur út það magn sem talið er að hafi verið veitt að meðaltali á ári á þessum tímabilum sem og ráðgjöf ICES. Þessar upplýsingar er hægt að nálgast á heimasíðu ICES (<http://www.ices.dk>, síða skoðuð síðast 7. október 2010).

<sup>31</sup> Það hafa ávallt verið Bretar (Skotar), Hollendingar, Írar og Spánverjar sem hafa stundað mestu makrílveiðarnar af aðildarríkjum ESB.

<sup>32</sup> Sjá töflu nr. 9.4.2.5a í bók ICES nr. 9 um mat á ástandi nýttastofna 2010 og aflahorfur 2011. Á grundvelli talnaupplýsinga í þessari töflu reiknaði höfundur út hlutföllin á milli þeirra aðila sem nýttu stofninn. Sjá einnig heimasíðu ICES (<http://www.ices.dk>, síða skoðuð síðast 10. október 2010).

<sup>33</sup> Sjá m.a. „Vinnsla á makríl til mannelis á vertíðinni 2010“, fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 24. júní 2010 nr. 43/2010. Fréttatilkynningin er aðgengileg á heimasíðu ráðuneytisins, sbr. <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/10132> (síðast skoðuð 13. október 2010).

<sup>34</sup> Upplýsingar um makrílafla íslenskra skipa frá 2006 til loka ágúst 2010 eru aðgengilegar á heimasíðu Fiskistofnu, sbr. [http://www.fiskistofa.is/media/aflatolur/makrill\\_2006\\_2007.pdf](http://www.fiskistofa.is/media/aflatolur/makrill_2006_2007.pdf) (vefsíða síðast skoðuð 13. október 2010).

<sup>35</sup> Með henni voru makrílveiðar íslenskra skipa á alþjóðlegu hafsvæði bundnar 20.000 tonna heildaraflatakmarkunum en veiðar íslenskra skipa á því svæði námu 66 tonn árið 2008.

Gefin var út reglugerð um leyfilegan heildarafla í makríl árið 2009 en heildarafla var ekki skipt fyrir fram á milli einstakra skipa, þ.e. heildaraflaviðmiðið í makríl var 112.000 tonn en því var ekki skipt fyrir fram á milli einstakra útgerðaraðila.<sup>36</sup> Frá og með byrjun júlí 2009 mátti ekki veiða makríl nema sem meðafla. Samtals veiddu íslensk skip rúm 116 þúsund tonn árið 2009 og þar af voru 112,5 þúsund tonn veidd innan íslensku efnahagslögsögunnar.<sup>37</sup>

Fyrir makrílvertíðina 2010 var tekið upp 130.000 tonna heildaraflaviðmið, sbr. 1. ml. 1. mgr. 2. gr. reglugerðar um stjórn makrílveiða íslenskra skipa árið 2010 nr. 285/2010. Alls voru 112.000 tonnum í makríl skipt á milli einstakra skipa með hliðsjón af aflareynslu þeirra á árunum á undan.<sup>38</sup> Í byrjun október 2010 höfðu íslensk skip landað rúmum 120 þúsund tonnum af makríl og var nánast allur aflinn veiddur innan íslensku efnahagslögsögunnar.<sup>39</sup>

#### 5.4 Samkomulag ESB, Færeyinga og Norðmanna um leyfilegan heildarafla í makríl og skiptingu hans – tímabilið 1999–2008

Ekkert heildarsamkomulag var á milli ríkja sem höfðu hagsmuna að gæta við nýtingu makrílstofnsins fyrr en ESB, Færeyingar og Norðmenn gerðu slíkt samkomulag í febrúar 1999 sem gildi til ársloka 2001 en var svo framlengt þar til að nýtt samkomulag á milli sömu aðila náðist haustið 2008. Íslensk og rússnesk stjórnvöld mótmæltu samkomulagi strandríkjanna frá árinu 1999 og reglum NEAFC sem settar voru á grundvelli þess.<sup>40</sup> Þetta þýddi að reglurnar voru ekki bindandi fyrir Ísland og Rússland.<sup>41</sup> Svo var og einnig raunin á tímabilinu 2000–2008. Afleiðingin var m.a. sú að Ísland var ekki viðurkennt sem strandríki við stjórn makrílveiða.

Samkomulagið frá febrúar 1999 gerði að verkum að árlegur leyfilegur heildarafla átti að miðast við að fiskveiðidauði héldist á bilinu 15–20% Yrði hrygningarstofninn minni en 2,3 milljónir tonna þar að endurskoða aflaregluna með það að leiðarljósi að tryggja að hrygningarstofninn yrði stærri en 2,3 milljónir tonna við fyrsta mögulega tækifæri.<sup>42</sup>

#### 5.5 Samkomulag ESB, Færeyinga og Norðmanna um leyfilegan heildarafla í makríl og skiptingu hans – tímabilið 2009–2010

Haustið 2008 lá fyrir að Ísland hafði landað verulegu magni af makríl árin 2007 og 2008. Eigi að síður voru efasemdir á meðal ESB, Færeyinga og Norðmanna að svo væri, þ.e. dregið var í efa að aflatölur íslenskra yfirvalda væru réttar.<sup>43</sup> Á fundi ESB, Færeyinga og Norðmanna um stjórn makrílveiða var Íslandi ekki veittur aðgangur að

<sup>36</sup> Sjá ákvæði reglugerðar um stjórn makrílveiða íslenskra skipa árið 2009 nr. 283/2009.

<sup>37</sup> Sjá <http://www.fiskistofa.is/veidar/aflaupplysingar/aflurdeilstofnum/> (vefsíða síðast skoðuð 13. október 2010).

<sup>38</sup> Afgangnum af leyfilega heildaraflanum, þ.e. 18.000 tonnum, er skipt samkvæmt öðrum reglum.

<sup>39</sup> Byggt á upplýsingum frá Fiskistofu, sbr. heimasíða stofnunarinnar, [www.fiskistofa.is](http://www.fiskistofa.is) (síðast skoðuð 13. október 2010).

<sup>40</sup> Robin Churchill: „Managing Straddling Fish Stocks in the North–East Atlantic: A Multiplicity of Instruments and Regime Linkages – But How Effective a Management?“. Birt í ritinu *Governing high seas fisheries – the interplay of global and regional regimes*, New York 2001, bls. 263–264.

<sup>41</sup> Rússar hafa ávallt verið úthafsveiðiríki í tengslum við makrílveiðar, þ.e. makrillinn hefst ekki við í þeirra efnahagslögsögu. Þeir mótmæltu upphaflegu stjórnunaraðgerðum ESB, Færeyinga og Norðmanna þar sem þeir töldu aflaheimildir sínar á úthafinu of takmarkaðar og að aðgerðirnar væru ósanngjarnar. Íslensk stjórnvöld töldu hins vegar að Ísland væri þegar orðið strandríki árið 1999. Þetta byggðist á því að makrillinn héldi sig að nokkru leyti innan íslensku efnahagslögsögunnar þótt hann væri ekki veiddur í atvinnuskyni. Þessum sjónarmiðum íslenskra stjórnvalda var hafnað, m.a. vegna þess að ESB, Færeyingar og Norðmenn töldu ósannað að makrill myndist innan íslensku efnahagslögsögunnar.

<sup>42</sup> Bók ICES nr. 9 um mat á ástandi nytjastofna 2008 og aflahorfur 2009, bls. 74.

<sup>43</sup> Sjá t.d. Bók ICES nr. 9 um mat á ástandi nytjastofna 2008 og aflahorfur 2009, bls. 75 en þar segir m.a.: „...ICES does not have an independent source to validate the species compositions of the Icelandic catches“.

viðræðunum sem strandríki. ESB, Færeyjar og Noregur náðu hins vegar samkomulagi um breytta aflareglu sem fól í sér að veiðiálagið á makrílstofninn yrði meira en samkomulagið frá árinu 1999 hafði gert ráð fyrir.<sup>44</sup> Hin nýja aflaregla átti að koma að fullu til framkvæmda frá og með árinu 2010.

ESB og Noregur sömdu sín á milli um stjórn makrílveiða með gerð samnings frá 26. janúar 2010. Með þeim samningi er m.a. kveðið á um gagnkvæman rétt samningsaðila til að stunda makrílveiðar innan efnahagslögsagna hvors annars, sbr. 5. gr. samkomulagsins. Samkvæmt gr. 4.1 samningsins skal ESB fá tæp 69% af sameiginlegum heildarafla ESB og Noregs en Noregur rúm 31%. Gangi ríki í ESB, sem á aðild að samkomulagi strandveiðiríkja um stjórn makrílveiða, skal hlutur ESB stækka sem því nemur, sbr. gr. 4.5. samkomulagsins. Í viðauka með samkomulaginu er haldið við þá aflareglu sem ákveðin var haustið 2008.<sup>45</sup>

## 5.6 Makríldeilan árin 2009–2010

Eftir að Íslendingar höfðu veitt 116 þúsund tonn af makríl árið 2009 og íslensk stjórnvöld gáfu út reglugerð í nóvember 2009 um að heildaraflaviðmiðun íslenskra skipa í makríl yrði 130.000 lestir árið 2010, var íslenskum stjórnvöldum boðið til viðræðna um heildarstjórnun makrílveiða í Norðaustur-Atlantshafi. Fyrsti samningafundurinn, þar sem viðurkennt var að Ísland væri strandríki, fór fram í Álasundi í Noregi, dagana 16.-18. mars 2010. Á fundinum fóru aðilar yfir mögulega framtíðarstjórn veiða, þar með talið skiptingu heildarafla milli ríkjanna. Niðurstaða fundarins varð sú að enn bæri mikið í milli aðila en áfram yrði reynt að ná samkomulagi og því var ákveðið að viðræðum yrði haldið áfram.<sup>46</sup>

Þegar íslensk skip hófu makrílveiðar sumarið 2010 jókst óánægja ESB og Norðmanna enn frekar. Sú óánægja hafði þó staðið lengi þar sem hagsmunaaðilar innan sjávarútvegs í ESB og Noregi höfðu annað hvort ekki viðurkennt að Íslendingar stunduðu makrílveiðar eða þá að þeir töldu verulega ámælisvert hversu mikið Íslendingar veiddu af stofninum. Í grundvallaratriðum hafa forsvarsmenn ESB og Noregs í sjávarútvegsmálum haft sambærilega afstöðu. Því hefur verið haldið fram að veiðar Íslendinga séu óábyrgar en slíku hafa íslensk stjórnvöld vísað á bug.<sup>47</sup>

Sumarið 2010 ákváðu Færeyingar að gefa út einhliða makrílkvóta sem nam 85 þúsundum tonnum eða um þrisvar snum meira en samkomulagið frá haustinu 2008 hafði kveðið á um. Bæði forsvarsmenn ESB og Noregs fordæmdu þessa ákvörðun ásamt því sem að hagsmunaaðilar í þessum löndum hafa látið í ljós andstöðu sína, t.d.

<sup>44</sup> Í stað þess að aflareglan kvæði á um 15–20% veiðiálag skyldi hlutfallið vera 20–22%. Færi stærð hrygningarstofnsins undir 2,2 milljónum tonna skyldi aflareglan lækka í samræmi við tiltekna reikniformúlu. Einnig er kveðið á um sveiflujöfnunarregla í samkomulaginu, þ.e. ekki má breyta leyfilegum heildarafla sem nemur meira en 20% frá einu ári til þess næsta.

<sup>45</sup> Samkomulag þetta er aðgengilegt á Netinu, sjá t.d. „Norway and the EU have concluded a bilateral fisheries agreement for 2010 and a long-term agreement on management of North East Atlantic Mackerel“, fréttatilkynning norska sjávarútvegsráðuneytisins frá 27. janúar 2010. Fréttatilkynningin er aðgengileg á heimasíðu norska sjávarútvegsráðuneytisins, sbr. <http://www.regjeringen.no/en/dep/-fkd.html?id=257> (síðast skoðuð 13. október 2010).

<sup>46</sup> Sjá „Samningafundi um stjórn makrílveiða lokið“. Fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 18. mars 2010 nr. 19/2010. Sjá einnig heimasíðu ráðuneytisins, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/9994> (skoðuð síðast 13. október 2010).

<sup>47</sup> Um þróun makríldeilunnar undanfarin misseri, sjá t.d. eftirfarandi heimildir: Fréttir í Fréttablaðinu og Morgunblaðinu 28. september 2010 um niðurstöðu fundar ráðherra landbúnaðar- og sjávarútvegsmála ESB hinn 27. september 2010; „Hótunum ESB vegna makrílveiða vísað á bug“. Fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 30. september 2010 nr. 54/2010. Sjá heimasíðu ráðuneytisins, sbr. <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/-10209> (síða síðast skoðuð 13. október 2010); Ágúst Inga Jónsson og Kristján Jónsson : „Makríldeilur geta haft slæm áhrif“. [Fréttagrein.], *Morgunblaðið*, 8. október 2010.

fyrir skemmstu komu skoskir sjómenn í veg fyrir að færeyskur togari gæti landað afla í skoskri höfn.<sup>48</sup>

Á fundi sem haldin verður í London dagana 12.–14. október 2010 hyggjast aðilar reyna að leysa makríldeiluna, þ.e. á þeim fundi reynir á hvort aðilar ná samkomulagi um heildarstjórn makrílveiða og skiptingu árlegs heildarafla í tegundinni.

---

<sup>48</sup> Sjá t.d. frétt Fiskifrétta frá 24. ágúst 2010: „Færeyski sjávarútvegsráðherrann mótmælir“. Sjá einnig <http://www.vb.is/frett/31/60973/faereyski-sjavarutvegsradherrann-motmaelir> (vefsíða skoðuð síðast 13. október 2010).



## 6. Makríldeilan – greining á réttarstöðu Íslands

Þegar rýnt er í lagalega þætti makríldeilunnar verður að meta þá annars vegar í ljósi ákvæða þjóðaréttar, sbr. kafla 1–3 og hins vegar út frá atvikum máls, sbr. kafla 5. Þekking á stjórn veiða á öðrum deilistofnum, svo sem á kolmunna, sbr. kafla 4, og við stjórn veiða á norsk–íslenskri síld<sup>49</sup>, getur einnig verið til þess fallin að greina réttilega hver réttarstaða Íslands sé í makríldeilunni.

### 6.1 Hvaða málsatvik skipta mestu máli?

Samkvæmt nýjasta mati fiskifræðinga ICES stendur makrílstofninn vel. Veiðiálagið síðan árið 2007 hefur verið minna en var t.d. á árunum 2002–2003. Nýliðun hefur heppnast vel og hrygningarstofninn sjaldan verið stærri.

Á tímabilinu 1999–2009 var í gildi árlegt samkomulag milli ESB, Færeyjar og Noregs um skiptingu árlegs heildarafla í makríl. Á tímabilinu 1998–2004 var veitt umfram ráðgjöf fiskifræðinga ICES en umframveiðin á tímabilinu 2005–2009 var að meðaltali ekki ýkja meiri. Þetta þýðir að makrílveiðar umfram ráðgjöf vísindamanna hefur tíðkast um nokkuð langt skeið, m.a. áður en makrílfla Íslendinga varð í fyrsta skipti verulegur mikill árið 2008. Áður en makrílvertíðarnar hófust á Íslandsmiðum árin 2009 og 2010 gáfu íslensk stjórnvöld í fyrsta skipti út heildaraflaviðmiðun í makríl innan íslensku efnahagslögsögunnar.

Makríllinn var vart veiddur í atvinnuskyni innan íslensku efnahagslögsögunnar fyrr en fyrir þrem árum. Íslensk stjórnvöld höfðu hins vegar á ávallt haldið því fram að makríllinn héldi sér innan íslensku efnahagslögsögunnar og því ætti Ísland að vera viðurkennt sem strandríki við stjórn veiðanna. Þessi mótmæli voru m.a. sett fram þegar ESB, Færeyjar og Noregur komu sér saman um skiptingu leyfilegs heildarafla í makríl árið 1999.

Þessi afstaða íslenskra stjórnvalda hafði ekki breyst þegar makrílveiðar innan íslensku efnahagslögsögunnar urðu umtalsverðar árin 2007 og 2008. Þrátt fyrir auknar makrílveiðar innan íslensku efnahagslögsögunnar var Ísland ekki viðurkennt sem strandríki af ESB, Færeyingum og Norðmönnum fyrr en í árslok 2009. Samkomulag milli strandríkjanna fjögurra komst ekki á áður en makrílvertíðin hófst árið 2010 en samningaviðræður hafa staðið yfir á þessu ári um lausn makríldeilunnar en þegar þessar línur eru festar á blað hafa þær ekki enn skilað árangri.

### 6.2 Hvaða lagareglur skipta mestu máli?

Fullveldisréttindi strandríkja innan efnahagslögsagna þeirra, hvað stjórn fiskveiða viðkemur, eru ótvíræð. Í grundvallaratriðum eru önnur ríki útilokuð frá því að stunda fiskveiðar innan efnahagslögsagna strandríkja nema með stöð í landslögum strandríkis eða á grundvelli ákvæða í milliríkjasamningum. Við stjórn veiða á deilistofnum og vídförulum fiskstofnum bera strandríki vissar skyldur að tryggja skynsamlega verndun þeirra í samstarfi við önnur ríki, jafnvel þótt veiðar séu stundaðar innan efnahagslögsögu þeirra. Um þessar skyldur strandríkja er mælt fyrir um í hafréttarsamningnum og í úthafsveiðisamningnum.

Þegar rýnt er í ákvæði hafréttarsamningsins og úthafsveiðisamningsins hafa þau fyrst og fremst þá þýðingu að strandríki skuli starfa saman við stjórn veiða á deilistofnum en skilgreina ekki til hlítar hvernig þessu samstarfi skuli háttað. Telji ríki, að strandríki séu að brjóta á skyldum sínum í þessum eignum, er örðugt að leysa úr slíkri deilu fyrir alþjóðlegum dómstól. Þetta þýðir að réttarfarsúræði hafréttarsamningsins og úthafsveiðisamningsins eru þess eðlis að vart mun reyna á þau í

<sup>49</sup> Sjá Helga Áss Grétarssonar: „Stjórnkerfi veiða á norsk–íslensku síldinni 1994–2007: Veitir það vísbendingu um gildi kenningar um stjórn fiskveiða, jafnræði og atvinnufrelsi?“, bls. 81–132.

makríldeilunni. Semja þarf því um lausn deilunnar ellegar verður áframhald á að ríki gefi út einhliða kvóta við stjórn makrílveiða.

Í 3. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins er kveðið á um raunverulega hagsmuni ríkis af veiðum á tiltekinni tegund nytjastofns. Ríki sem hafa slíka raunverulega hagsmuni má ekki útiloka frá stjórn veiða. Í 10. gr. úthafsveiðisamningsins er kveðið nánar um tilhögun samstarf ríkja við stjórn veiða af þessu tagi og í 11. gr. er mælt fyrir um þau sjónarmið sem horfa skuli til þegar nýr aðili hefur þátttöku í veiðistjórnarstofnun eða veiðifyrirkomulagi á tiltekinni tegund nytjastofns.

### 6.3 Samanburður á stjórn makrílveiða og stjórn síldveiða

Það er fróðlegt að bera saman stjórn makrílveiða við stjórn veiða á norsk-íslenska síldarstofninum á árabílinu 1994–2007 en árið 1994 hófu Íslendingar og Færeyingar síldveiðar innan íslenskrar og færeyskrar lögsögu. Norðmenn og Rússar voru á móti þeim veiðum þar sem þeir höfðu um nokkurt skeið haft sameiginlega stjórn á veiðunum. Vorið 1996 var ritað undir samkomulag strandríkjanna Noregs, Íslands, Rússlands og Færeyja um skiptingu leyfilegs heildarafla í norsk-íslenska síldarstofninum. Eftir það tímamark áttu ákvarðanir um heildarafla að vera teknar sameiginlega af strandríkjunum.

Við stjórn veiða á norsk-íslenska síldarstofninum hefur ESB aldrei verið strandríki þar sem stofninn hefst ekki að innan efnahagslögsögu þess. Þrátt fyrir þetta stunduðu fiskiskip ESB síldveiðar á úthafinu árið 1995 og eftir gerð samkomulags strandríkjanna árið 1996 jukust veiðarnar og urðu t.d. meiri það árið en einhliða kvótasetning sambandsins gaf til kynna.

Árið 1997 náðist samkomulag á milli allra fimm aðilanna sem hagsmuna áttu að gæta við stjórn síldveiðanna, þ.e. strandríkin fjögur gáfu eftir hlutdeild í stofninum til að hleypa ESB að við stjórn veiðanna. Með þessu var tryggt að sameiginleg stjórn var á síldveiðunum. Árið 2003 slitu Norðmenn samstarfinu vegna óánægju með skiptingu heildaraflans og ríkin hófu á nýjan leik að gefa út einhliða landskvóta. Samkomulag um heildarstjórn veiða tókst svo aftur fyrir vertíðina á árinu 2007 og hefur það samkomulag verið endurnýjað árlega síðan þá.<sup>50</sup>

Þessi þróun við stjórn veiða á norsk-íslenska síldarstofninum sýnir, svo ekki verður um villst, að bæði ESB og Norðmenn, beittu þeirri aðferð að gefa út einhliða kvóta í því skyni að vernda hagsmuni sína við nýtingu norsk-íslenska síldarstofnsins. Þessi aðferð tíðkuðu strandríki einnig við stjórn kolmunnaveiða fram að samkomulagi því sem gert var í árslok 2005, sbr. kafla 4.

<sup>50</sup> Sjá Helga Áss Grétarsson: „Stjórnkerfi veiða á norsk-íslensku síldinni 1994–2007: Veitir það vísbendingu um gildi kenningar um stjórn fiskveiða, jafnræði og atvinnufrelsi?“, bls. 103–106.

#### 6.4 Hver er réttarstaða Íslands í makríldeilunni?

Ísland er fullvalda ríki sem ræður hvernig fyrirkomulagi fiskveiða í atvinnuskyni er háttað innan íslensku efnahagslögsögunnar. Þetta vald er í höndum handhafa íslensks ríkisvalds og hefur ekki verið framselt til annarra aðila, hvorki innlendra né erlendra. Í samræmi við þágildandi lög gátu tiltekin íslensk skip stundað makrílveiðar árin 2006–2008. Kom þá í ljós að mikið var af makríl á Íslandsmiðum. Í framhaldinu voru gefin út heildaraflaviðmiðanir í makríl fyrir árin 2009 og 2010. Með þessu stuðluðu íslensk stjórnvöld að takmörkun heildarveiða á tegundinni, sbr. lokamálslið 2. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins. Önnur ríki gátu tekið sínar ákvarðanir með hliðsjón af þessu.

Þótt veiðar íslenskra skipa hafa áhrif á veiðimöguleika annarra ríkja, þ.e. aðallega ESB, Færeyinga og Norðmanna, liggur einnig fyrir að aðild Íslands að sameiginlegri stjórn makrílveiða var hafnað af þessum aðilum á tímabilinu 1999–2009. Telja verður að með þessu hafi þátttaka Íslands sem strandríkis við stjórn veiðanna verið útilokuð í skilningi 3. og 4. mgr. 8. gr. úthafsveiðisamningsins. Slíkt samrýmdist vart téðum málsgreinum úthafsveiðisamningsins sem og þeirra viðmiða sem getið er í 10. og 11. gr. samningsins.

Með hliðsjón af framangreindu höfðu íslensk stjórnvöld rétt á að stjórna makrílveiðum íslenskra skipa með þeim hætti sem þau gerðu árin 2006–2010. Makrílveiðar Íslendinga hafa því síðan árið 2006 verið löglegar og í samræmi við þjóðarétt. Það styrkir þessa niðurstöðu, fremur en hitt, að ástand makrílstofnsins er talið gott um þessar mundir. Jafnframt verður til þess að líta að makrílveiði umfram ráðgjöf vísindamanna hefur vart verið mikið meiri á undanförunum árum en hún áður en makrílveiðar Íslendinga hófust af fullum krafti.

Einnig þykir það styrkja niðurstöðu þessa að bæði ESB og Norðmenn hafa gripið til þess ráðs að gefa út einhliða kvóta við stjórn veiða á norsk–íslenska síldarstofninum. Strandríki gerðu það einnig við stjórn veiða á kolmunna og hafa einnig gert við stjórn veiða ýmissa annarra deilistofna. Þessi háttsemi ríkja kann að vera óæskileg en hún er lögleg samkvæmt gildandi þjóðarétti.

Kjarni málsins er sá að makrílveiðar Íslendinga eru löglegar. Réttarstaða Íslands í makríldeilunni er því sterk. Fallast ber á að það er sameiginleg ábyrgð strandríkjanna fjögurra að ná samstöðu um sameiginlegar aflatakmarkanir við stjórn makrílveiða. Það er inntak þeirra þjóðréttarreglna sem gilda um verndun og stjórn veiða á deilistofnum.

## Heimildir

### Alþingistiðindi

Ágúst Ingi Jónsson og Kristján Jónsson: „Makríldeilur geta haft slæm áhrif“. [Fréttagrein.], *Morgunblaðið*, 8. október 2010.

Bók ICES nr. 9 um mat á ástand nytjastofna 2010 og aflahorfur 2011. Kaupmannahöfn 2010.

Bók ICES nr. 9 um mat á ástand nytjastofna 2008 og aflahorfur 2009. Kaupmannahöfn 2008.

Fiskifrétir: „Færeyski sjávarútvegsráðherrann mótmælir“. [Fréttagrein.], 24. ágúst 2010.

Gunnar Jónsson og Jónbjörn Pálsson: *Íslenskir fiskar*. Vaka Helgafell, Reykjavík 2006.

Gunnar G. Schram. *Hafréttur*. Háskólaútgáfan, Reykjavík 2001.

Helgi Áss Grétarsson: „Stjórnkerfi veiða á norsk-íslensku síldinni 1994–2007: Veitir það vísbendingu um gildi kenningar um stjórn fiskveiða, jafnræði og atvinnufrelsi?“. *Rannsóknir í félagsvísindum IX – Lagadeild*. Félagsvísindastofnun, Reykjavík 2008, bls. 81-132.

„Hótunum ESB vegna makrílveiða vísað á bug“. Fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 30. september 2010 nr. 54/2010.

„Norway and the EU have concluded a bilateral fisheries agreement for 2010 and a long-term agreement on management of North East Atlantic Mackerel“. Fréttatilkynning norska sjávarútvegsráðuneytisins frá 27. janúar 2010.

Nytjastofnar sjávar 2009/2010 – aflahorfur fiskveiðiárið 2010/2011. Hafrannsóknarstofnun, Reykjavík 2010.

Robin Churchill. „Managing Straddling Fish Stocks in the North-East Atlantic: A Multiplicity of Instruments and Regime Linkages – But How Effective a Management?“ *Governing high seas fisheries – the interplay of global and regional regimes*. Ritstj. Olav Schram Stokke. Oxford University Press, New York 2001, bls. 235–272.

„Samningafundi um stjórn makrílveiða lokið“. Fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 18. mars 2010 nr. 19/2010.

### Stjórnartíðindi

„Vinnsla á makríl til manneldis á vertíðinni 2010“. Fréttatilkynning sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytisins frá 24. júní 2010 nr. 43/2010.

### Vefslóðir (síðast skoðaðar 13. október 2010):

[www.fiskistofa.is](http://www.fiskistofa.is)

[www.hafro.is](http://www.hafro.is)

[www.ices.dk](http://www.ices.dk)

[www.mbl.is](http://www.mbl.is)

<http://www.regjeringen.no/en/dep/fkd.html?id=257>

<http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>

<http://www.vb.is/frett/31/60973/faereyski-sjavarutvegsradherrann-motmaelir>

[www.visir.is](http://www.visir.is)

# Reglan um aukinn aðgang að gögnum

Trausti Fannar Valsson\*

## 1. Inngangur

Í 1. mgr. 3. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996 er mælt fyrir um þá mikilvægu almennu skyldu stjórnvalda að þeim beri, sé þess óskað, að veita aðgang að fyrirliggjandi gögnum sem tilheyra ákveðnu máli með takmörkunum sem tilgreindar eru í lögnum. Af henni leiðir að hver sem er getur óskað aðgangs að gögnum í fórum stjórnvalda. Sá sem slíka ósk ber fram þarf ekki að láta í té rök fyrir því af hverju hann óskar þess að kynna sér gögn eða að öðru leyti að sýna fram á sérstaka hagsmuni af því að kynna sér efni þeirra.<sup>1</sup> Þrátt fyrir að upplýsingaréttur samkvæmt upplýsingalögum sé ekki ótakmarkaður er ljóst af þessu að lögin byggjast á þeirri grundvallarhugsun að gegnsæi skuli tryggt um opinbera stjórnsýslu og um meðferð opinberra hagsmuna.<sup>2</sup>

Í beinu framhaldi af meginreglu upplýsingalaga um rétt almennings til aðgangs að gögnum er í 3. mgr. 3. gr. kveðið á um að stjórnvöldum sé heimilt að veita almenningi aðgang að gögnum umfram það sem kveðið er á um í lögnum, nema fyrirmæli laga um þagnarskyldu standi því í vegi. Þessi regla er í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því sem síðan varð að upplýsingalögum nr. 50/1996, nefnd *meginreglan um aukinn aðgang að gögnum*.<sup>3</sup> Sambærilega reglu er ennfremur að finna bæði í norskum og dönskum upplýsingalögum (n. *meirinnssyn* og d. *meroffentlighed*).<sup>4</sup>

Tilgangur þessarar stuttu greinar er að varpa nokkru ljósi á umrædda reglu um aukinn aðgang að gögnum. Reglunni verða ekki gerð tæmandi skil. Markmiðið er fremur að varpa ljósi á meginþætti hennar sem og að leggja á það mat hvaða þýðingu hún hafi og ætti að hafa í íslenskum rétti.

## 2. Almennt um regluna um aukinn aðgang að gögnum

Reglan um heimild til að veita aukinn aðgang að gögnum veitir því markmiði upplýsingalaganna að tryggja gegnsæi um opinbera stjórnsýslu aukid vægi og þýðingu. Af reglunni leiðir að ekki ber að líta á ákvæði 1. mgr. 3. gr., um skyldu til að afhenda gögn og svo þær takmarkanir á aðgangsréttinum sem lögfestar eru í 4. til 6. gr. laganna, sem tæmandi lýsingu þess hversu víður aðgangur að upplýsingum um málefni stjórnvalda getur verið. Í samræmi við þann tilgang upplýsingalaga að tryggja aukid gegnsæi um meðferð opinberra hagsmuna ber að túlka upplýsingalög svo að stjórnvöld ættu almennt að leitast við að tryggja almenningi aukinn aðgang að gögnum standi ekki sérstakar ástæður því í vegi.

---

\* Höfundur er lektor við lagadeild Háskóla Íslands og doktorsnemi við sömu deild.

<sup>1</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 3017 og 3018. Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin, kennslurit*. Reykjavík 1996, bls. 45-46.

<sup>2</sup> Sbr. framsögu forsætisráðherra þegar hann mælti fyrir frumvarpi til þeirra laga sem síðan urðu að upplýsingalögum nr. 50/1996: Alþt. 1995-1996, B-deild, d. 4080-4081.

<sup>3</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 3017.

<sup>4</sup> Ákvæði 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga hljóðar svo: „Stjórnvöldum er heimilt að veita aðgang að gögnum í ríkari mæli en kveðið er á um í þessum kafla, nema fyrirmæli laga um þagnarskyldu standi því í vegi.“

Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því sem síðan varð að upplýsingalögum nr. 50/1996 segir m.a. eftirfarandi um grundvöll reglunnar í 3. mgr. 3. gr.:

Í álitum umboðsmanns Alþingis frá 13. október 1995 í málinu nr. 1097/1994 og frá 2. nóvember 1995 í málinu nr. 1359/1995 er bent á að almennt hafi verið út frá því gengið að stjórnvöld hafi heimild til þess að veita bæði aðila stjórnsýslumáls og almenningi rýmri aðgang að upplýsingum en leiðir af beinum rétti þessara aðila lögum samkvæmt, enda standi reglur um þagnarskyldu því ekki í vegi. Með 3. mgr. 3. gr. frumvarpsins er lagt til að þessi óskráða réttarregla verði sett í lög.

Meginregla 1. mgr. 3. gr. svarar því aðeins hvenær stjórnvaldi er skylt að veita aðgang að gögnum, sem 2. mgr. sömu greinar tekur til, með þeim takmörkunum sem greinir í 4. - 6. gr. Ákvæðið stendur því ekki í vegi að veittur sé rýmri aðgangur að gögnum en þar er gert ráð fyrir. Þetta er í samræmi við fyrrnefnda meginreglu svo og það sjónarmið að ákvæði frumvarpsins geri aðeins lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar.<sup>5</sup>

Eins og fram kemur í tilvitnuðum athugasemdum var með setningu upplýsingalaga m.a. stefnt að lögfestingu hinnar óskráðu réttarreglu um heimild stjórnvalda til að veita rýmri aðgang að upplýsingum en leiðir af beinum rétti almennings skv. lögum, enda stæðu þagnarskyldureglur því ekki í vegi. Lögbinding heimildarinnar gefur til kynna að stjórnvöldum beri almennt að taka til þess afstöðu, þegar þeim berst beiðni um aðgang að gögnum, hvort raunveruleg þörf sé á að halda upplýsingum leyndum jafnvel þó þær gætu formlega fallið undir undanþáguákvæði 4. eða 6. gr. laganna.

Hér má einnig benda á að í álitum umboðsmanns, *UA frá 2. nóvember 1995 í máli nr. 1395/1995*, lýsti umboðsmaður þeirri afstöðu sinni að þegar stjórnvöldum bærist ósk um aðgang að gögnum væri mikilvægt að þau tækju þá ekki einungis til athugunar hvort aðili ætti rétt til aðgangs að umbeðnum gögnum heldur einnig, í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti, hvort ekki væri ástæða til að veita aðgang að umbeðnum gögnum stæðu réttarreglur um þagnarskyldu því ekki í vegi. Það er einmitt þetta álit sem vísað er til í tilvitnuðum athugasemdum og verður því vart annað séð en að þetta viðhorf eigi í framkvæmd að hafa þýðingu um beitingu og túlkun reglunnar um aukinn aðgang að gögnum.

Þrátt fyrir framangreint verður ekki fullyrt að óbreyttum lögum um það að hvaða leyti stjórnvöldum sé skylt að taka að eigin frumkvæði rökstudda afstöðu til þess hvort veita eigi aukinn aðgang að gögnum. Það virðist óhætt að draga þá ályktun að ákvæði upplýsingalaga, eins og þau nú standa, hafi falið í sér ákveðna málamiðlun, annars vegar á milli sjónarmiða um rétt borgaranna til aðgangs að upplýsingum og hins vegar um að ekki mætti íþyngja stjórnvöldum um of með lögfestingu á nýjum skyldum. Það er því eðlilegt að ákveðinnar varfærni hafi gætt við túlkun reglunnar um aukinn aðgang að gögnum. Þessa virðist t.a.m. gæta í riti Páls Hreinssonar, *Upplýsingalögin, kennslurit*, en þar er því lýst að hvorki verði séð af umræddu ákvæði 3. mgr. 3. gr. né af lögskýringargögnum að stjórnvöldum sé skylt að vega og meta í hvert sinn hvort veita eigi aukinn aðgang að gögnum hafi ekki komið fram beiðni um það frá aðila máls. Það verði þó að telja til vandaðra stjórnsýsluhátta að ávallt sé tekið til sjálfstæðrar skoðunar hvort raunveruleg þörf sé á að halda upplýsingum leyndum.<sup>6</sup> Eins og nánar verður vikið að hér síðar (kafli 3) hefur nokkuð strangari réttarframkvæmd mótast í Danmörku þrátt fyrir mjög sambærilegt ákvæði um aukinn aðgang að gögnum í dönskum upplýsingalögum og er að finna í þeim íslensku.

Þegar litið er til réttarframkvæmdar hér á landi virðist reynslan almennt sú að ekki reyni á umrædda reglu um aukinn aðgang að gögnum hvorki hjá úrskurðarnefnd um

<sup>5</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 3017.

<sup>6</sup> Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin, kennslurit*, bls. 79.

upplýsingamál, umboðsmanni Alþingis eða dómstólum.<sup>7</sup> Á grundvelli reynslu höfundar, sem ekki byggir á fræðilegri úttekt eða rannsóknum, verður þeirri tilgátu hér þó varpað fram að stjórnvöld láti oft og tíðum í té upplýsingar, þegar um þær er beðið, án þess í reynd að byggja slíkar afgreiðslur beint („formlega“) á ákvæðum upplýsingalaganna. Í því felst m.a. að stjórnvöld taka saman upplýsingar sem um er beðið eða gefa í stuttum munnlegum svörum eða með tölvubréfum upplýsingar sem hægt hefði verið að veita með því að afhenda afrit gagna. Slík framkvæmd felur iðulega í sér að stjórnvöld beita heimild til að veita aukinn aðgang að upplýsingum, umfram lagaskyldu, og þá ekki endilega af tilliti til réttinda borgaranna heldur af þeirri einföldu ástæðu að góð samskipti við borgarana að þessu leyti eru til þess fallin að létta störf stjórnvalda. Á grundvelli þekkingar sinnar, aðgangs að gagnagrunni eða sambærilegum upplýsingasöfnum, getur starfsmaður í stjórnsýslunni til dæmis iðulega svarað fyrirspurn um kostnað við tilteknar framkvæmdir eða verkefni á mun einfaldari hátt heldur en ef hann réðist fyrst í að safna saman haldbærum gögnum sem liggja á bak við slíkar tölur, afrita þau og afhenda eftir þeim reglum sem upplýsingalög kveða á um. Ef sá sem óskar upplýsinganna gerir ekki athugasemdir við slíka framkvæmd er ekkert því til fyrirstöðu að hún sé notuð. Í ákveðnum tilvikum virðist hins vegar ljóst að stjórnvöld hafi á því lítinn áhuga að afhenda upplýsingar. Slík mál koma iðulega til kasta úrskurðarnefndar um upplýsingamál en nær aldrei virðist hins vegar reyna á það álitaefni hvort stjórnvald ætti að verða við slíkri ósk á grundvelli reglunnar um rétt manna til aukins aðgangs að gögnum samkvæmt 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga. Almennt verður heldur ekki séð, til að mynda af þeim málum sem koma til kasta úrskurðarnefndar um upplýsingamál, að stjórnvöld hafi við afgreiðslu á beiðnum um aðgang að gögnum tekið afstöðu til þess hvort þau telji rétt, og þá af hverju ekki, að beita heimildinni í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga.<sup>8</sup>

Að mati höfundar er sú litla áhersla sem í íslenskum rétti hefur verið á regluna um aukinn aðgang að gögnum nokkuð umhugsunarefni. Skýringarinnar er hugsanlega að leita í því að talið hafi verið tilefni til að fara nokkuð varlega í hlutina bæði við lögfestingu reglunnar í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga og við eftirfarandi túlkun hennar. Nú er hins vegar komin ákveðin reynsla af beitingu upplýsingalaga. Sú reynsla gefur vísbendingar um að rétt kunni að vera að skerpa á vitund stjórnvalda um tilvist reglunnar um aukinn aðgang að gögnum. Í ljósi þeirrar lagaframkvæmdar sem mótast hefur hér á landi við beitingu ákvæðis 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga virðist ljóst að þeirri skerpingu verður ekki náð nema með lagabreytingu. Mikilvægt er að taka fram að slíkar breytingar fela ekki endilega í sér aukna vinnu stjórnvalda. Fyrir því má færa rök að það sé einmitt til þess fallið að létta vinnu stjórnvalda ef útgangspunktur þeirra við afgreiðslu á beiðnum um aðgang að gögnum er ekki sá hvort þess megi formlega finna stað í upplýsingalögum að hafna aðgangi heldur sé meginspurningin sem stjórnvöld spyrja hverju sinni hvort eitthvað sérstakt standi slíkum rétti í vegi.

### 3. Danskur og norskur réttur

Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því sem síðan varð að upplýsingalögum nr. 50/1996 kemur á nokkrum stöðum fram að lítið hafi verið til sambærilegra reglna um upplýsingarétt í Noregi og Danmörku. Í almennum athugasemdum við II. kafla laganna þar sem fjallað er almennt um meginregluna um aukinn aðgang að gögnum, segir til að mynda svo:

<sup>7</sup> Trausti Fannar Valsson: „Tengsl upplýsingalaga og annarra laga – valin álitaefni“. Reykjavík 2008, bls. 191-192. Þó er vikið að reglunni um aukinn aðgang að gögnum í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga í *dómi Hæstaréttar 14. mars 2002 í máli nr. 379/2001 (minnisblað)*, eins og vikið verður nánar að hér að aftan.

<sup>8</sup> Sjá einnig, Trausti Fannar Valsson: „Tengsl upplýsingalaga og annarra laga – valin álitaefni“, bls. 191-192.

Í dönskum og norskum rétti er heimild stjórnvalds til þess að meta hvort aukinn aðgangur verði veittur nefnd *meroffentlighed*. Í fyrstu upplýsingalögum beggja þessara ríkja, sem hvortveggja voru sett á árinu 1970, var þessi heimild ekki lögfest berum orðum, en engu að síður út frá því gengið að hún væri fyrir hendi. Við endurskoðun dönsku laganna árið 1985 var heimildinni bætt í lögín til að leggja áherslu á að lögín geri aðeins lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar. Í þessu sambandi var sérstaklega á það bent að stjórnvald ætti ekki aðeins að meta hvort *heimilt* væri að synja beiðni af formlegum ástæðum eða á grundvelli undanþáguákvæða laganna heldur einnig að taka til sjálfstæðrar skoðunar hvort raunveruleg þörf væri á að halda upplýsingum leyndum. Við endurskoðun norsku laganna árið 1982 var sambærileg heimild tekin upp í þau lög sem nokkurs konar *leiðbeining* til stjórnvalda um að veða og meta í hverju tilviki hvort rétt væri að veita aukinn aðgang að gögnum. Við síðari endurskoðun laganna á árinu 1993 var leiðbeiningunni breytt í skyldu þannig að stjórnvöldum er nú skylt að veða og meta hvort veita skuli aukinn aðgang að gögnum.<sup>9</sup>

Í þessu ljósi er áhugavert að varpa hér nokkru ljósi á það með hvaða hætti reglan um aukinn aðgang að gögnum birtist í réttarkerfum Noregs og Danmerkur.

Gildandi upplýsingalög í Noregi eru frá árinu 2006 en tóku gildi 1. janúar 2009, „Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)“. Þar segir í 11. gr., sem ber yfirskriftina „meirinnssyn“:

Når det er høve til å gjere unntak frå innsyn, skal organet likevel vurdere å gi heilt eller delvis innsyn. Organet bør gi innsyn dersom omsynet til offentlig innsyn veg tyngre enn behovet for unntak.

Þessi regla er samsvarandi við þá reglu sem var lögfest í Noregi árið 1993 en þó má segja að orðalag hennar sé nokkru skýrara. Í greininni felst að þegar heimilt er samkvæmt lögnum að undanskilja tiltekin gögn upplýsingarétti skuli stjórnvald samt sem áður taka til sérstakrar skoðunar hvort veita skuli aðgang að viðkomandi gögnum í heild eða að hluta. Það er að segja; stjórnvaldi ber að skoða það sérstaklega hvort einhverjar sérstakar ástæður leiði til þess að því sé nauðsynlegt að halda viðkomandi upplýsingum leyndum. Þá er það nýmæli frá eldri lögum að þar er nú kveðið á um það með beinum hætti að ef sjónarmið sem mæla með því að veita aðgang veða þyngra en sjónarmið sem mæla með trúnaði þá skuli veita aðgang að viðkomandi gögnum.

Enn hefur ekki reynt að ráði á þessa nýju reglu í norskum rétti.<sup>10</sup> Ljóst virðist hins vegar að svigrúm stjórnvalda um það hvort þau beita heimildinni er rúmt. Leiðir það einnig af því hvernig undantekningarreglur frá upplýsingaréttinum eru orðaðar, sbr. ákvæði 13. til 26. gr. laganna en þau eru flest orðuð sem *kan-reglur*. Dæmi er 18. gr. laganna sem hljóðar svo:

Det kan gjerast unntak frå innsyn for dokument som eit organ har utarbeidd eller motteke som part i ei rettssak for norsk domstol.

Hefðbundið er í norskri lögfræði að túlka orðið „kan“ í sambærilegu samhengi og það kemur fyrir í tilvitnuðu ákvæði svo að viðkomandi stjórnvalda hafi vítt svigrúm til að ákveða hvort heimildinni verði beitt.<sup>11</sup> Af þessu leiðir ennfremur að ekki virðist

<sup>9</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 3017.

<sup>10</sup> Sjá þó *álit umboðsmanns norska þingsins frá 18. ágúst 2010, mál nr. 2010/417*.

<sup>11</sup> Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett. Oslo 2007*, bls. 280. Þar segir m.a.: „Frihet for forvaltningen markeres gjerne med bruken av ord som «kan», at noe «bestemmes» eller «gis» av forvaltningen eller at en aktivitet ikke kan utøves eller en ret opnås uten «etter tillatelse» fra myndighetene. Meningen er ofte at forvaltningen skal stå fritt.“ Sjá einnig Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett. Oslo 2003*, bls. 341, þar sem m.a. segir svo: „når loven sier at noe «kan» bestemmes, er det som regel ikke pligt til å gjøre det.“ Sjá einnig sömu heimild, bls. 343.



líklegt að mat stjórnvalda á grundvelli 11. gr. norsku upplýsingalaganna muni sæta ströngum takmörkunum í framkvæmd.

Sé ofangreindur skilningur á framkvæmd norsku reglunnar um aukinn aðgang að gögnum réttur virðist einnig mega draga þá ályktun að norska reglan sé mjög lík íslensku reglunni í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga. Norska reglan gengur hins vegar lengra að því leyti að í henni felst bein skylda stjórnvalds til að tilgreina, eða vera tilbúið að tilgreina, ástæður þess að heimildinni var ekki beitt. Í 31. gr. norsku upplýsingalaganna kemur fram að synjun stjórnvalds á að veita aðgang að gögnum skal vera skrifleg. Í synjun skal ávallt greina þær ástæður sem leiða til þess að beiðni er synjað, þar á meðal tilvísun til þeirrar reglu í lögnum sem synjun byggist á. Þá kemur í greininni fram að sá sem fær synjun getur innan þriggja vikna frá birtingu ákvörðunar krafist nánari skýringa á synjun. Slíkar skýringar skal gefa skriflega, seinast innan tíu virkra daga frá því að beiðni barst. Af þessu leiðir í reynd að þýðing 11. gr. norsku laganna felst fyrst og fremst í skyldu stjórnvalda til að láta í té rök fyrir því af hverju heimildinni er ekki beitt.<sup>12</sup> Líklegt er að eftirlitsaðilar myndu ekki ganga lengra um mat á því hvort rétt hefði verið fyrir stjórnvald að veita aukinn aðgang að gögnum en svo að meta hvort rökstuðningur ákvörðunar fullnægði formkröfum norsks réttar eða byggðist á ólögætum sjónarmiðum.<sup>13</sup> Hér ber þó einnig að hafa í huga ákvæði 5. mgr. 100. gr. norsku stjórnarskrárinnar. Þar segir svo:

Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Akter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Det kan i Lov fastsættes Begrænsninger i denne Ret ud fra Hensyn til Personvern og af andre tungtveiende Grunde.

Vegna efnis þessa ákvæðis og fyrirmæla þess um „Ret til Indsyn“ má í ítrustu tilvikum hugsanlega gera ráð fyrir að dómstólar eða aðrir eftirlitsaðilar myndu endurmeta mat stjórnvalda á þörf fyrir því að halda tilteknum upplýsingum leyndum, þ.e. ef talið yrði að þær féllu undir stjórnarskrárvarinn upplýsingarétt skv. norsku stjórnarskránni. Höfundur hefur ekki fundið umfjöllun norskra fræðimanna sem beinist sérstaklega að þessari vangaveltu og því verður ekki haldið lengra með hana á þessum vettvangi.

Í Danmörku eru í gildi lög nr. 572 frá 1985 „om offentlighed i forvaltningen“. Í 1. mgr. 4. gr. þeirra laga er lögfest sú meginregla að sérhver geti, með þeim undantekningum sem fram koma í 7. til 14. gr. laganna, óskað þess að kynna sér gögn sem fyrir liggja hjá stjórnvaldi „som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed“. Í sömu málsgrein er einnig lögfest reglan um *meroffentlighed*. Málsgreinin hljóðar svo í heild sinni.

Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgæet til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.

Eins og leiðir af síðasta málslið hinnar tilvitnuðu málsgreinar eru löggin uppbyggð með sama hætti og þau norsku og íslensku að því leyti að dönsk stjórnvöld geta ákveðið að veita aðgang að gögnum í ríkari mæli en skylt er samkvæmt lögnum enda standi reglur um þagnarskyldu því ekki í vegi. Þrátt fyrir tiltölulega opið orðalag reglunnar leiðir hins vegar af danskri réttarframkvæmd að skyldur stjórnvalda við beitingu heimildarinnar hafa verið öllu ríkari en í hinum tveimur löndunum. Þannig

<sup>12</sup> Sjá til hliðsjónar, Justis- og politidepartementet: *Rettleiar til offentleglova*. Osló 2009, bls. 63-66.

<sup>13</sup> Staðfestingu þessa má líklega finna í áður nefndu *áliti umboðsmanns norska þingsins frá 18. ágúst 2010, mál nr. 2010/417*. Um það verður þó ekki fullyrt á grundvelli þess eina álits.

hefur í dönskum rétti almennt verið lögð á það rík áhersla að stjórnvöld skuli af eigin frumkvæði, þ.e.a.s. þegar til þeirra er beint beiðni um aðgang að gögnum og reglunni um *meroffentlighed* er ekki hreyft sérstaklega, taka til sérstakrar skoðunar hvort veiti skuli aukinn aðgang að gögnum umfram skyldu. Hér vísast m.a. til álita danska umboðsmannsins, sbr. *FOB 1992, bls. 202* og *FOB 1998, bls. 403*. Þá kemur fram í „vejledning“ (verklagsreglur) sem útgefin var af danska dómsmálaráðuneytinu árið 1986, „Vejledning om lov om offentlighed i forvaltningen“ að það leiði af reglu dönsku upplýsingalaganna um *meroffentlighed* að þegar stjórnvald afgreiði beiðni um aðgang að gögnum beri því ekki aðeins að taka til skoðunar hvort heimilt sé að hafna viðkomandi beiðni heldur einnig hvort reglur um þagnarskyldu standi því í vegi að aðgangur sé veittur. Séu þær upplýsingar sem um ræðir þess eðlis að þagnarskylda taki ekki til þeirra eigi almennt að veita aðgang að þeim jafnvel þó til þess standi ekki skylda.<sup>14</sup> Í framkvæmd er hins vegar ljóst að reglan um *meroffentlighed* virkar fyrst og fremst sem rökstuðningsregla. Af framkvæmd danska umboðsmannsins má þannig draga þær ályktanir að hann taki það fyrst og fremst til skoðunar hvort stjórnvald hafi við mat sitt tekið til skoðunar viðeigandi og lögmæt sjónarmið og byggt afstöðu sína á réttmætu vægi þeirra. Hins vegar virðist umboðsmaðurinn ekki ganga langt við endurmat þeirrar niðurstöðu sem stjórnvaldið komst að hafi sjónarmiðin að baki henni verið lögmæt og málefnaleg, sbr. t.a.m. *FOB 2004, bls. 114*. Í reynd sætir því beiting heimildarinnar endurskoðun eftirlitsaðila með sama hætti og aðrar matskenndar lagaheimildir þó hins vegar virðist lagt til grundvallar að svigrúm stjórnvalda um val á sjónarmiðum sem leggja beri áherslu á við úrlausn mála hvert og eitt sinn sé vítt. Þá ályktun má draga af því hvernig reglan í norsku lögnum er nú orðuð, sbr. 11. gr. nógildandi laga þar í landi, að niðurstaðan um beitingu hennar verði með svipuðum hætti og er samkvæmt dönskum rétti þrátt fyrir nokkuð mismunandi orðalag.<sup>15</sup>

Í nóvember 2009 var gefin út í Danmörku skýrsla um dönsku upplýsingalögin sem m.a. inniheldur tillögu að nýjum lögum um það efni.<sup>16</sup> Það vekur athygli að ekki er í tillögum þeim sem fram koma í skýrslunni gert ráð fyrir grundvallarbreytingum á reglunni um *meroffentlighed*. Í skýrslunni er hins vegar að finna áhugaverðar vangaveltur um þýðingu reglunnar og þá fyrst og fremst í samhengi við þær undantekningar á upplýsingaréttinum sem fram koma í lögnum. Þar er m.a. velt upp því sjónarmiði að þrátt fyrir að mikilvægt sé að ákvæði upplýsingalaga um undantekningar frá upplýsingaréttinum skuli vera svo skýrar og tæmandi sem mögulegt er þá sé ekki raunhæft að útfæra þær með þeim hætti að þær verði í reynd tæmandi um öll þau tilvik þar sem þörf sé á að halda upplýsingum leyndum.<sup>17</sup> Með hliðsjón af þessu er því lagt til að *meroffentligheds-reglunni* verði haldið í lögum.

#### 4. Er þörf á reglunni um aukinn aðgang að gögnum?

Eins og rakið hefur verið felst í ákvæði 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga að stjórnvöldum er heimilt að veita aðgang að gögnum í ríkari mæli en skylt er samkvæmt lögnum, standi ákvæði laga um þagnarskyldu því ekki í vegi. Í því felst að stjórnvald getur ákveðið að veita aðgang að tilteknum gögnum jafnvel þó heimilt væri að hafna honum

<sup>14</sup> *Vejledning om offentlighedsloven*. Kaupmannahöfn 1996, grein nr. 8. Í tilvitnaðri grein segir svo: „Det følger af meroffentlighedsprincippet, at en myndighed, der behandler en begæring om aktindsigt, ikke alene bør overveje, om begæringen kan afslås efter offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser, men også om der navnlig efter reglerne om tavshedspligt er noget til hinder for, at der meddeles aktindsigt. Hvis oplysningerne i et dokument ikke er fortrolige, bør myndigheden altså i almindelighed imødekomme en begæring om aktindsigt, selv om myndigheden ikke er forpligtet til det.“

<sup>15</sup> Sjá til hliðsjónar áður tilvitnað *álit umboðsmanns norska þingsins frá 18. ágúst 2010, mál nr. 2010/417*.

<sup>16</sup> *Betænkning 1510/2009*.

<sup>17</sup> *Betænkning 1510/2009, bls. 752-753*.

s.s. á þeim grundvelli að um sé að ræða vinnugögn, gögn sem útbúin hafi verið fyrir fund tveggja eða fleiri ráðherra eða teljist til bréfaskipta stjórnvalda við sérfróðan aðila til afnota í dómsmáli, en allar þessar undantekningar frá upplýsingaréttinum eru lögteknar í 4. gr. laganna. Í reglunni felst einnig að stjórnvöld geta ákveðið að afhenda fyrirbyggjandi gögn sem ekki tilheyra tilteknum málum, s.s. gögn sem aðeins er að finna í gagnagrunnum eða skráum. Reglan í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga er hins vegar, samkvæmt orðanna hljóðan, bundin við gögn. Hún tekur ekki til þeirra tilvika þegar stjórnvöld láta í té rökstuðning án skyldu, vinna upplýsingar upp úr gagnagrunnum eða þ.u.l. Um slíka upplýsingagjöf, sem ekki byggist á afhendingu fyrirbyggjandi gagna, gildir hin ólögfesta regla um aukinn aðgang að upplýsingum.

Að þessu gættu vaknar sú spurning hvort lögfesting reglunnar um aukinn aðgang að gögnum í tengslum við afgreiðslu beiðna almennings um aðgang að gögnum samkvæmt upplýsingalögum hafi í reynd einhverja þýðingu? Hið einfalda svar við þeirri spurningu er jákvætt. Það var til augljósrar skýringar og einföldunar fyrir stjórnvöld þegar reglan um aukinn aðgang að gögnum fékk þá formlegu mynd sem lögfesting upplýsingalaga fól í sér. Það væri skref til baka að fella hana úr lögum. Þá verður einnig að telja að meðvitund stjórnvalda um tilvist reglunnar og þekking á henni geti orðið til þess að létta þeim beitingu upplýsingalaga í heild. Það má þannig færa að því rökum að það leiði til einfaldari og auðveldari stjórnsýslu ef áherslan við afgreiðslu beiðna um aðgang að upplýsingum færðist í auknum mæli frá því að stjórnvöld spyrji hvort það megi synja um aðganginn til þess að grunnsurningin verði sú hvort það sé óheimilt að verða við honum.<sup>18</sup>

## 5. Sjónarmið um framkvæmd mats við beitingu heimildarinnar

Eins og áður er komið fram hefur reglan um aukinn aðgang að gögnum samkvæmt upplýsingalögum fyrst og fremst þá þýðingu að með henni er áréttuð ólögfest grundvallarregla um að stjórnvaldi getur veitt aðgang að upplýsingum, jafnvel þó heimilt hefði verið að halda þeim leyndum, enda sé slík miðlun upplýsinganna ekki óheimil vegna ákvæða annarra laga. Þessi regla er matskennd. Við beitingu hennar verður stjórnvaldið að byggja niðurstöðu sína á málefnalegum sjónarmiðum og jafnræði. Almennt má lýsa því svo að stjórnvaldi beri að taka tillit til og meta annars vegar hagsmuni sem mæla á móti aðgangsrétti, gagnvart þeim hagsmunum og sjónarmiðum sem mæla með honum. Í fyrrnefnda flokkinn falla þeir hagsmunir sem stefnt er að því að vernda með þeim reglum upplýsingalaga sem fela í sér undantekningar frá upplýsingaréttinum (sjá hér 4., 5. og 6. gr. upplýsingalaga) og þagnarskyldureglum. Einnig verður að telja að stjórnvöldum sé í því sambandi heimilt að leggja til grundvallar sjónarmið um skilvirka stjórnsýslu og eðlilega forgangsröðun starfskrafta starfsmanna í stjórnsýslu. Í síðarnefnda flokkinn falla þeir hagsmunir sem almennt búa að baki því að unnið sé að málefnum hins opinbera á gagnsæjan hátt.<sup>19</sup>

Reglan um aukinn aðgang að gögnum hefur sérstaka þýðingu fyrir starfsemi fjölmiðla. Upplýsingalög innihalda ekki reglur sem leggja þá skyldu á stjórnvöld að gefa fjölmiðlum sérstakan gaum í tengslum við afhendingu gagna eða upplýsinga eða kveða að öðru leyti á um ríkari skyldur gagnvart fjölmiðlum en öðrum. Fyrir fjölmiðla

<sup>18</sup> Sjá einnig til hliðsjónar, *Betänkning 1510/2009*, bls. 753.

<sup>19</sup> Rétt getur verið að hafa hér til hliðsjónar ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Vísast m.a. til *dóms Hæstaréttar frá 14. mars 2002 í máli nr. 397/2001 (minnisblað)* en þar segir svo: „Ber af þessum sökum við úrlausn málsins að beita meginreglu 1. mgr. 3. gr. laganna um rétt almennings til aðgangs að gögnum í opinberri stjórnsýslu, sbr. og 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sem veitt var lagagildi á Íslandi með lögum nr. 62/1994, en það ákvæði hefur meðal annars verið skýrt svo að það eigi að tryggja að lagaákvæði sem veita almennan aðgang að upplýsingum verði aðeins takmörkuð á þann hátt sem nauðsynlegt teljist í lýðræðisþjóðfélagi til verndar löglegum almanna- og einkahagsmunum.“

kann þó að vera ákaflega mikilvægt að fréttamönnum og öðru fjölmiðlafólki sé veittur aðgangur að upplýsingum hvort sem er með þeim hætti að afhent séu afrit gagna eða þá að upplýsingar séu veittar munnlega eða með tölvubréfum án þess að þau gögn þar sem upplýsingarnar koma fram séu afhent í heild sinni. Stjórnvöld sinna oft þörfum fjölmiðla með þessum hætti án beinnar lagaskyldu. Ef litið er til markmiðs upplýsingalaga kann einmitt að vera eðlilegt að gefa því sjónarmiði sérstakt vægi við beitingu heimildar um aukinn aðgang að gögnum hvort beiðni um aðgang er lögð fram t.d. vegna fyrirhugaðrar vinnslu fréttar um málefni sem ljóst er að hafi almenna þýðingu fyrir borgara landsins.<sup>20</sup>

Umboðsmaður danska Þjóðþingsins hefur m.a. í tengslum við umfjöllun um rétt danskra fjölmiðla til aðgangs að gögnum á grundvelli reglunnar um aukinn aðgang bent á að það sé í góðu samræmi við 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem fjallar um vernd tjáningarfrelsis, ef stjórnvöld gæti þess að ekki séu fleiri takmarkanir á aðgangi að gögnum en nauðsynlegt er vegna mikilvægra almannahagsmuna, sbr. *FOB 2005, bls. 485*.<sup>21</sup> Í þessu ljósi kann að vera málefnalegt fyrir stjórnvöld að leggja á það ríkari áherslu en ella að afgreiða beiðni samkvæmt reglunni um aukinn aðgang að gögnum þegar hún stafar frá fjölmiðli.<sup>22</sup> Þá getur verið eðlilegt í ákveðnum tilvikum og í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti að líta til sérstakra og mikilvægra hagsmuna þeirra sem óska gagna eða upplýsinga jafnvel þó ekki sé um fjölmiðla að ræða. Slíkt mat verður þó eðli máls samkvæmt ávallt að taka tillit til mögulegra einkahagsmuna sem aðrir kunna að hafa af því að upplýsingum sé haldið leyndum. Slíkur forgangur, vegna sérstakra og mikilvægra hagsmuna þarf ekki, í ljósi umræddra sjónarmiða, að leiða til brota á jafnræðisreglu.<sup>23</sup>

Rétt er, samhengis vegna, að geta þess að álitamál um rétt fjölmiðla til aukins aðgangs að gögnum geta kallað fram spurningar um jafnræði milli fjölmiðla. Stjórnvöld verða almennt að beita heimildinni gagnvart fjölmiðlum innbyrðis á jafnræðisgrundvelli. Þar þarf, auk annars, að taka tillit til þess hvenær gögn eru afhent og hversu langt er gengið í því að veita aðgang umfram lagaskyldu. Í áliti danska umboðsmannsins, *FOB 1991, bls. 181*, gerir hann til að mynda athugasemdir við að tiltekinn blaðamaður hafði fyrst fengið aðgang að gögnum hjá tolla- og skattayfirvöldum þremur dögum eftir að annar blaðamaður sem óskað hafði eftir aðgangi að gögnunum á nær sama tíma og sá fyrrnefndi hafði fengið þau afhent.

Af kröfum um málefnalega stjórnsýslu leiðir einnig að stjórnvöldum er ekki heimilt, án sérstakra og lögmætra ástæðna, að ákveða að láta ekki upplýsingar af hendi til tiltekinn fjölmiðlamanna s.s. vegna óánægju með efnistöku þeirra. Sem dæmi um tilvik af þessu tagi má nefna aðfinnslur danska umboðsmannsins, sbr. *FOB 1992, bls. 114*, við þá ákvörðun lögreglustjóra að hætta samstarfi við dagblað þar sem tiltekinn blaðamaður var að störfum á þeim grundvelli að þessi blaðamaður hafði skrifað gagnrýnar greinar um störf lögreglunnar. Hér kann þó að vera mjótt á munum. Í ákveðnum tilvikum getur þannig verið að ákvarðanir af hálfu ráðherra um samskipti við fjölmiðlamenn séu teknar sem liður í pólitískum störfum viðkomandi en hafi ekki

<sup>20</sup> Hið sama getur átt við um aðgang fræðimanna að gögnum, sjá til hliðsjónar Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin, kennslurit*, bls. 81.

<sup>21</sup> Ákvæði 10. gr. MSE hljóðar svo:

1. Sérhver maður á rétt til tjáningarfrelsis. Sá réttur skal einnig ná yfir frelsi til að hafa skoðanir, taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda. Ákvæði þessarar greinar skulu eigi hindra ríki í að gera útvarps-, sjónvarps- og kvikmyndafyrirtækjum að starfa aðeins samkvæmt sérstöku leyfi.
2. Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að fírra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.

<sup>22</sup> Sjá Gammeltoft-Hansen o.fl.: *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 2002, bls. 392.

<sup>23</sup> Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin, kennslurit*, bls. 81.

tengingu við almenna stjórnýslu sem honum er fengin. Vart verður séð að almennar reglur stjórnýsluréttar gildi með sama hætti um pólitískar ákvarðanir ráðherra eða sveitarstjórnarmanna og þær gera þegar ákvarðanir þessara aðila fela í sér hefðbundna stjórnýslu. Á álitaefni af þessu tagi reyndi í máli sem kom til kasta danska umboðsmannsins, *FOB 2007, bls. 347 (Bo Elkjær)*. Danski forsætisráðherrann hafði um nokkuð langan tíma hafnað því að veita tilteknum blaðamanni viðtal um stríðið í Írak. Blaðamaðurinn leitaði af því tilefni til umboðsmannsins. Niðurstaða hans var í fyrstu sú að engin ástæða væri til athugasemda enda hefði ráðherrann um lengri tíma ekki veitt nein viðtöl um umrætt stríð. Blaðamaðurinn benti þá umboðsmanninum á að ekki löngu áður hefði ráðherrann veitt viðtal um þetta viðfangsefni og á þeim grundvelli endurupptók umboðsmaðurinn málið. Niðurstaða þeirrar athugunar var sú að ráðherrann hefði ekki fært fram nein málefnaleg rök fyrir því að einum blaðamanni var hafnað um viðtal um stríðið í Írak á meðan öðrum var veitt slíkt viðtal.

Á sambærileg álitaefni virðist ekki hafa reynt með beinum hætti í íslenskrí réttarframkvæmd. Líklegt er að leggja beri til grundvallar sambærilegar kröfur um jafnræði við beitingu heimildarinnar um aukinn aðgang að gögnum og gerðar eru í þeim dönsku dæmum sem tilgreind voru hér að ofan. Á hinn bóginn verður einnig, að mati höfundar, að gera fyrirvara vegna álitamála sem lúta að skilum stjórn mála og almennrar stjórnýslu í tengslum við þau sjónarmið sem lögð verða til grundvallar við ákvörðun um aðgang fjölmiðlamanna að upplýsingum.

## 6. Miðlun upplýsinga út fyrir stjórnýsluna eða innan hennar

Eins og rakið hefur verið hér að framan er ákaflega sjaldgæft að á ákvæði 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga, um heimild til að veita aukinn aðgang að gögnum, hafi reynt í íslenskum rétti. Áhugavert dæmi má þó finna í *dómi Hæstaréttar frá 14. mars 2002 í máli nr. 379/2001 (minnisblað)*. Þrátt fyrir að málið varpi ekki skýru ljósi á þýðingu heimildarinnar og að niðurstaða Hæstaréttar í málinu sé umdeild er þó engu að síður ástæða til að draga það hér fram. Ástæðan er fyrst og fremst sú að í því birtist dæmi um mikilvægi þess að stjórnvöld hafi fyrirfram áttáð sig á því á hvaða grundvelli þau miðla upplýsingum til einkaaðila eða sín á milli og hvaða afleiðingar hún geti haft í för með sér. Þetta er ekki síst mikilvægt vegna þeirra skyldna sem á stjórnvöldum hvíla á hverjum tíma til að tryggja öryggi upplýsinga sem þeim er skylt að halda trúnað um, hvort sem er vegna hagsmuna ríkisins eða einkahagsmuna.

Aðdragandi málsins var með þeim hætti að í *dómi Hæstaréttar frá 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000 (öryrkjámál)* komst meirihluti Hæstiréttar að þeirri niðurstöðu að lögbundið skipulag við skerðingu réttinda til örorkulífeyris vegna tekna maka væri ekki í samræmi við lágmarksréttindi samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar. Í framhaldinu rituðu embættismenn þriggja ráðuneyta minnisblað um viðbrögð við honum. Minnisblaðið var lagt fyrir ráðherra fund. Á þeim fundi var ákveðið að skipa starfshóp um greiningu viðbragða við dóminum. Starfshópin skipuðu tveir sjálfstætt starfandi lögmenn og tveir embættismenn, einn ráðuneytisstjóri og einn aðstoðarmaður ráðherra. Áður nefnt minnisblað, sem tekið var saman fyrir umræddan ráðherra fund, var látið fylgja með skipunarbréfi starfshópsins. Öryrkjabandalag Íslands fór fram á aðgang að minnisblaðinu. Þeirri beiðni var hafnað af hálfu forsætisráðuneytisins. Málinu var skotið til úrskurðarnefndar um upplýsingamál samkvæmt heimild í 14. gr. upplýsingalaga. Með úrskurði nefndarinnar frá 23. janúar 2001 var synjunin staðfest. Málið kom síðan til kasta dómstóla þar sem lögmaður Öryrkjabandalagsins krafðist þess að fá úrskurði úrskurðarnefndarinnar hnekk og aðgang að minnisblaðinu viðurkenndan. Það varð niðurstaða Hæstaréttar í *dómi frá 14. mars 2002 í máli nr. 307/2001 (minnisblað)* að synjun stjórnvalda á aðgangi að umbeðnu minnisblaði hefði ekki verið réttmæt, Öryrkjabandalaginu bæri réttur til að fá gagnið afhent.

Eins og leiddi af málflutningi aðila í málinu reyndi aðallega á túlkun 1. mgr. 3. gr. upplýsingalaga, um skyldu stjórnvalda til að veita almenningi aðgang að gögnum og svo takmörkun á þeim rétti samkvæmt 1. tölul. 4. gr. sömu laga, þar sem fram kemur að aðgangur almennings að gögnum nái ekki til fundargerða ríkisráðs og ríkisstjórnar, minnisgreina á ráðherrafundum og skjala sem tekin hafa verið saman fyrir slíka fundi.

Í forsendum dóms Hæstaréttar kemur fram að af atvikum málsins sé ljóst að nefndarmenn (þ.e. þeir sem skipaðir voru í áðurnefndan starfshóp) hafi litið svo á að þeir væru skipaðir sem sérfræðingar um túlkun laga og samningu lagafrumvarpa en vinna þeirra væri ekki þáttur í stefnumörkun ríkisstjórnarinnar, enda hafi einvörðungu lögfræðingar verið skipaðir í starfshópinn og skipun þeirra með þeim hætti sem almennt tíðkist um nefndarskipanir á vegum ríkisins. Verði að líta svo á að um þennan starfshóp hafi ekki gilt annað en um venjulegar nefndir á vegum ríkisins sem komið sé á fót til þess að semja lagafrumvörp. Hópurinn hafi þannig ekki verið skipaður til að taka saman vinnuskjal fyrir ríkisstjórnarfund heldur til að skila lögfræðilegu áliti ásamt frumvarpi til þess að leggja fyrir Alþingi. Í þessu ljósi verði að líta svo á að minnisblaðið hafi verið gert að hluta af erindisbréfi til starfshópsins og þannig myndað grundvöll að starfi hans. Forsætisráðuneytið hafi heldur engan fyrirvara gert í skipunarbréfinu um meðferð minnisbladsins þegar það var sent til aðila utan stjórnarráðisins. Þá segir svo í forsendum dómsins:

Að svo búnu gat ráðuneytið ekki lengur vænst þess að minnisblaðið hefði stöðu skjals sem tekið hefði verið saman fyrir ráðherrafund og nyti af þeim ástæðum einum verndar gagnvart upplýsingarétti almennings, en ekki verður gagnályktað svo frá 3. t. 4. gr. upplýsingalaga, sem geymir sérstaka reglu um vinnuskjöl stjórnvalda til eigin afnota, að takmörkun á aðgangi að skjali samkvæmt 1. t. geti ekki fallið niður við breyttar aðstæður. Samkvæmt þessu átti undanþáguregla 1. t. 4. gr. upplýsingalaga ekki lengur við um minnisblaðið eftir að stjórnvöld höfðu í verki fengið því annað hlutverk og þannig í raun veitt að því ríkari aðgang en upphaflega var ætlunin, sbr. 3. mgr. 3. gr. laganna. Aðrar takmarkanir upplýsingalaga eiga hér ekki við. Ber af þessum sökum við úrlausn málsins að beita meginreglu 1. mgr. 3. gr. laganna um rétt almennings til aðgangs að gögnum í opinberri stjórnsýslu, sbr. og 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem veitt var lagagildi á Íslandi með lögum nr. 62/1994, en það ákvæði hefur meðal annars verið skýrt svo að það eigi að tryggja að lagaákvæði sem veita almennan aðgang að upplýsingum verði aðeins takmörkuð á þann hátt sem nauðsynlegt telist í lýðræðisþjóðfélagi til verndar löglegum almanna- og einkahagsmunum.

Í ljósi framangreindra röksemda varð það niðurstaða meirihluta dómsins að fella úr gildi áðurnefndan úrskurð úrskurðarnefndar um upplýsingamál auk þess sem viðurkenndur var réttur Öryrkjabandalagsins til þess að fá minnisblaðið afhent.

Í séráliti eins dómara Hæstaréttar var komist að öndverðri niðurstöðu. Byggðist hún á þeim forsendum að (1) ágreiningslaust væri að umrætt gagn hefði verið tekið saman fyrir ráðherrafund, (2) af því leiddi að réttur almennings til aðgagns að gagninu væri ekki fyrir hendi nema stjórnvald tæki ákvörðun um að veita hann skv. heimild í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga, (3) stjórnvöld hefðu ekki í málinu beitt heimild 3. mgr. 3. gr. með beinum hætti, né yrði litið svo á að það hefði verið gert í verki.

Til nánari rökstuðnings þessari afstöðu bendir dómari á það, sem reyndar kom einnig til skoðunar í atkvæði meirihlutans, að ákvæði 3. tölul. 4. gr. upplýsingalaga um að vinnuskjöl eru undanþegin upplýsingarétti almennings hefði í framkvæmd verið túlkað svo að undanþágan falli niður um leið og öðrum utanaðkomandi hefði verið sýnt eða sent slíkt skjal. Ekkert bendi til þess að sömu sjónarmið eigi við um túlkun á 1. tölul. ákvæðisins. Öðru máli gegni hins vegar ef stjórnvald gengur lengra og aflétti í raun vernd sem veitt er pólitískri stefnumótun og ákvörðunartöku með því að „afhenda skjalið óviðkomandi og mætti vita að aðgangur að því væri þar með úr þeirra

höndum“. Ekki hafi hins vegar verið um slíkt að ræða í þessu máli og hið umrædda skjal teljist því enn falla undir 1. tölul. 4. gr. upplýsingalaganna.

Það er athyglisvert að bera saman röksemdir meirihlutans og minnihlutans í málinu. Meirihlutinn byggir á því að með því að gera minnisblaðið að hluta skipunarbréfs og afhenda það þannig sérstökum starfshópi þá hafi það ekki lengur einvörðungu verið til afnota til nota á ráðherrafundi. Þannig hafi breyttar aðstæður leitt til þess að skjalið féll ekki lengur undir vernd 1. tölul. 4. gr. Segir í dóminum að stjórnvöld hafi þarna í reynd ákveðið að veita rýmri aðgang að skjalinu en skylt var, sbr. heimild í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga (aukinn aðgangur að gögnum). Í forsendum í sératkvæði er hins vegar á því byggt að heimild 3. mgr. 3. gr. hafi ekki verið beitt þegar skjalið var fengið hinum umrædda starfshópi.

Benda verður á að forsendur meirihluta Hæstaréttar um það að hið umrædda skjal hafi verið afhent starfshópnum á grundvelli 3. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga eru hæpnar. Af forsendum réttarins er ekki ljóst hvort hann hefur talið starfshópinn tilheyra stjórnsýslu ríkisins eða hvort hann hefur talið hann standa utan hennar og þar með í sömu sporum og aðrir einkaaðilar sem stjórnvöld leita ráðgjafar hjá. Þegar litið er til þess að upplýsingalögin fjalla um rétt almennings til aðgangs að gögnum, en ekki um rétt stjórnvalda í þeim efnum, virðist mega draga þá ályktun að rétturinn hafi byggt á hinu síðarnefnda. Á hinn bóginn virðist einnig liggja fyrir að rétturinn hafi talið nefndina til hefðbundinna nefnda á vegum ríkisins, sem komið er á fót til þess að semja lagafrumvörp. Hafa forsendur dómsins að þessu leyti verið gagnrýndarog hér verður að taka undir þá gagnrýni.<sup>24</sup> Rétt er að benda á að framkvæmd upplýsingalaga um skýringu 3. tölul. 4. gr. um vinnuskjöl er í nokkuð föstum skorðum um það að sé vinnuskjali miðlað út fyrir það stjórnvald sem útbjó gagnið þá falli það ekki lengur undir undanþáguna. Þetta leiðir til þess að þegar stjórnvöld afhenda gögn til sérfræðinganefnda sem stofnaðar eru án beins lagagrundvallar og skipaðar eru fleirum en aðeins starfsmönnum stjórnvaldsins sjálfs þá er ekki lengur hægt að líta á þau sem vinnuskjöl í skilningi upplýsingalaga.<sup>25</sup> Í þessu felst ekki að sérfræðinganefndir eða verkefnahópar, a.m.k. í sumum tilvikum, geti ekki talist til stjórnsýslunnar og að verkefni þeirra teljist til stjórnsýsluverkefna.

Til þess að hægt sé að leggja nánara mat á fordæmisgildi dóms Hæstaréttar hefðu þar þurft að koma fram nánari rök um stjórnsýslulega stöðu hins umrædda starfshóps. Hafi Hæstiréttur lagt til grundvallar að um væri að ræða nefnd sem ekki tilheyrði stjórnsýslu ríkisins þá kann það að skipta miklu um þýðingu þess að sambærilegum nefndum séu afhent gögn og upplýsingar. Ef um er að ræða upplýsingar sem viðkomandi stjórnvald hefur forræði á að afhenda, þrátt fyrir heimildir til að halda þeim leyndum, kann slík miðlun upplýsinga þannig að leiða til þess að stjórnvald verði einnig skuldbundið til að afhenda sömu upplýsingar til annarra utanaðkomandi, s.s. fjölmiðla. Þetta getur verið sérstaklega vandasamt og viðkvæmt þegar um er að ræða upplýsingar sem mikilvægt er að halda leyndum, s.s. vegna samskipta við önnur ríki eða fjölþjóðastofnanir eða vegna öryggishagsmuna ríkisins, sbr. 1. og 2. tölul. 6. gr. upplýsingalaga.

Af þessu er ljóst að stjórnvöld verða á hverjum tíma að leggja fullnægjandi grundvöll að því hvernig meðferð mála er skipað í stjórnsýslunni. Stjórnvöld verða að hafa fullnægjandi þekkingu á því á grundvelli hvaða lagareglna upplýsingum er miðlað

<sup>24</sup> Páll Hreinsson: „Dómur Hæstaréttar frá 14. mars 2002“, bls. 328. Páll gagnrýnir í greininni einnig þá túlkun sem Hæstiréttur virðist leggja til grundvallar við beitingu 1. tölul. 4. gr. upplýsingalaga. Í fyrsta lagi gagnrýnir hann það mat sem Hæstiréttur framkvæmir á efnislegu innihaldi minnisblaðsins, og það vægi sem því er gefið við túlkun undanþágureglunnar, sjá bls. 326 og 327. Í öðru lagi gagnrýnir hann að Hæstiréttur hafi ekki talið það falla beinlínis undir undanþáguna í umræddum tölul. ef ríkisstjórn afhendir minnisblað sem tekið hefur verið saman fyrir hana í þeim tilgangi að láta vinna áfram að málinu fyrir sig, sjá bls. 327, líkt og gert sé í dönskum rétti.

<sup>25</sup> Sjá hér m.a. *úrskurð úrskurðarnefndar um upplýsingamál frá 14. maí 2008 í máli nr. A 279/2009 (gögn vegna vatnsleka í Keflavík)*.

og til hverra. Þá verður einnig að vera ljóst hver ber ábyrgð á meðferð upplýsinganna. Í íslenskar lagareglur skortir tilfinnanlega nánari reglur um þessa þætti í stjórnsýslunni, bæði um þann þátt sem lýtur að þagnarskyldu en einnig um heimildir stjórnvalda til að miðla upplýsingum innan stjórnsýslunnar og þá til hverra má miðla upplýsingum án þess að þær aðstæður skapast að stjórnvöldum sé vegna jafnræðissjónarmiða skylt að afhenda upplýsingarnar hverjum sem þess óskar. Þrátt fyrir mikilvægi þess að stjórnsýslan sé gegnsæ og opin þá er einnig ljóst að mikilvægir almanna- og einkahagsmunir geta staðið til þess að tilteknar upplýsingar séu háðar trúnaði, a.m.k. um tiltekinn tíma.

## 7. Skylda stjórnvalda til að taka rökstudda afstöðu um beitingu heimildar til að veita aukinn aðgang að gögnum

Eins og rökstutt hefur verið hér að framan, sbr. kafla 4, verður að telja að það séu gild rök fyrir því að kveða sérstaklega á um það í upplýsingalögum að stjórnvöldum sé heimilt að afhenda gögn umfram lagaskyldu enda standi ákvæði laga um þagnarskyldu eða eftir atvikum aðrar lagareglur því ekki í vegi. Styðst það ekki síst við þau ríku rök að ef stjórnvöld eru meðvituð um þýðingu reglunnar þá virðist það geta leitt til þess að öll afgreiðsla beiðna á grundvelli upplýsingalaga verði einfaldari og ódýrari en ella væri. Í stað þess að stjórnvöld leitist við að fella gögn undir ákvæði sem heimila þeim að halda upplýsingum leyndum þá verði viðmið í störfum þeirra það hvort eitthvað í þeim eigi að leiða til þess að þeim sé skylt að gera það. Afgreiðsla beiðna um aðgang að gögnum sem fram fer á þeim grundvelli er í flestum tilvikum einfaldari heldur en ef fyrst er leitað að reglum sem mæla fyrir um heimildir til synjunar. Þá ber einnig að líta til þess að almennt er stjórnvöldum heimilt að afhenda meirihluta þeirra gagna sem þau búa yfir, a.m.k. ef þau gögn varða fyrst og fremst starfsemi þeirra sjálfra en innihalda ekki upplýsingar um einkahagi einstaklinga eða fyrirtækja.

Það var einnig rakið hér að framan að ekki verður fullyrt að í 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga, eins og þau nú hljóða, felist skylda stjórnvalda til þess að taka af eigin frumkvæði skýra og rökstudda afstöðu til þess hvort heimild til að veita aukinn aðgang að gögnum skuli beitt í hverju tilviki. Í Noregi leiðir slík skylda af ákvæðum 11. gr. norsku upplýsingalaganna og í Danmörku hefur skylda um þetta mótast í réttarframkvæmd. Þá liggur fyrir að í skýrslu sem birt var af dönskum stjórnvöldum í nóvember 2009 er lagt til að slík skylda verði lögfest.<sup>26</sup>

Sterk rök standa til þess að rétt sé að lögfesta hér á landi skyldu stjórnvalda til að taka til þess rökstudda afstöðu hverju sinni hvort, og þá af hverju ekki, það telji ástæðu til að beita heimild til að veita aukinn aðgang að gögnum standi reglur um þagnarskyldu því ekki í vegi, a.m.k. þegar fyrir liggur hjá stjórnvaldi að afgreiða beiðni um aðgang að gögnum. Þýðing þess er fyrst og fremst sú að með því eykst áherslan á tilvist reglunnar um aukinn aðgang í íslenskum rétti. Regla um rökstuðning er til þess fallin að auðveldara verður en áður að tryggja að jafnræðis sé gætt við beitingu heimildarinnar auk þess sem slík regla ýtir undir að stjórnvöld framkvæmi í reynd það mat sem reglan um aukinn aðgang að gögnum krefst að fari fram. Hér á landi hefur ekki reynt að neinu marki á þýðingu umræddrar reglu og í ágreiningsmálum má því í reynd halda því fram að reglan sé þýðingarlaus. Með lögfestingu þeirrar skyldu stjórnvalda að rökstyðja af hverju þau telji ekki rétt að beita heimildinni fá eftirlitsaðilar, s.s. úrskurðarnefnd um upplýsingamál, umboðsmaður Alþingis og dómstólar raunhæft færi til að fjalla um það hvort gætt hafi verið að reglunni með fullnægjandi hætti. Þá eru vissar líkur til að slík regla geti leitt til þess að beiting stjórnvalda á upplýsingalögum verði einfaldari og skilvirkari eins og áður hefur verið rökstutt.

<sup>26</sup> Betænkning 1510/2009, sjá f.o.f. bls. 753, bls. 900 og bls. 941-945.



## 8. Lokaorð

Í þessari stuttu grein hefur verið leitast við að gefa innsýn í nokkur atriði sem tengjast beitingu heimildar stjórnvalda til að veita aðgang að upplýsingum umfram lagaskyldu samkvæmt 3. mgr. 3. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996. Í íslenskum rétti hefur þessi heimild verið nefnd reglan um aukinn aðgang að gögnum.

Rökstutt hefur verið að reglan sé mikilvægur þáttur í íslenskum upplýsingarétti. Hún felur í sér leiðbeiningu til stjórnvalda um inntak upplýsingaréttar almennings og vísbendingu um það grundvallarmarkmið upplýsingalaga að tryggja opna og gegnsæja stjórnsýslu, einnig umfram það sem skylt er. Stjórnvöld ættu, á grundvelli þessarar reglu, almennt að afgreiða beiðnir almennings um aðgang að gögnum út frá því sjónarmiði hvort eitthvað standi því í vegi að aðgangur að hinum umbeðnu gögnum sé veittur, fremur en að leggja áherslu á það að greina hvort heimild kunni að vera til þess að halda upplýsingunum leyndum. Slíkt er, eins og leitast var við að draga fram, til þess fallið að auðvelda framkvæmd upplýsingalaga og stuðla að ódýrari og skilvirkari stjórnsýslu.

Í íslenskum rétti hefur ekki verið litið svo á að af reglunni um aukinn aðgang að gögnum verði leidd skylda stjórnvalda til að taka það til rökstuddrar umfjöllunar, að eigin frumkvæði, hvort veita beri aðgang að gögnum umfram skyldu. Það er mikilvægt, til þess að reglan fái aukna vigt í íslenskum upplýsingarétti, að slík skylda verði lögfest.

## Heimildir

### *Alþingistíðindi*

*Betænkning 1510/2009*: Betænkning nr. 1510 om offentlighedsloven afgivet af Offentlighedskommissionen. Kaupmannahöfn 2009.

Forsætisráðuneytið: *Starfsskilyrði stjórnvalda. Skýrsla nefndar um starfskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnýslyu*. Reykjavík 1999.

Forsætisráðuneytið: *Vidbrögð stjórnýslunnar við skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis. Skýrsla starfsbóps forsætisráðherra*. Reykjavík 2010.

Gammeltoft-Hansen, Hans, Andersen, Jon, Larsen, Kaj, Loiborg, Karsten, Engberg, Morten og Olsen, Jens: *Forvaltningsret*. Kaupmannahöfn 2002.

Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. útg., Osló 2007.

Justis- og politidepartementet: *Rettleiar til offentleglova*. Osló 2009.

Páll Hreinsson: „Dómur Hæstaréttar frá 14. mars 2002“. *Úlfjótur* 2. tbl. 2002, bls. 321-331.

Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin, kennslurit*. Reykjavík 1996.

Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 7. útg., Osló 2003.

Trausti Fannar Valsson: „Tengsl upplýsingalaga og annarra laga – valin álitafni“. *Rannsóknir í félagsvísindum IX – lagadeild*. Ritsstj. Trausti Fannar Valsson. Reykjavík 2008, bls. 183-209.

*Vejledning om offentlighedsloven*: Justitsministeriets vejledning om lov om offentlighed i forvaltningen, Kaupmannahöfn 1986 (vejl. nr. 11687 frá 3. nóv. 1986).