

Reykjavík, 29. janúar 2013

Efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Varðar: Frumvarp til laga um breyting á lögum um fjármálafyrirtæki, nr. 161/2002, og lögum um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, nr. 87/1998

SFF hafa fengið til umsagnar framangreint frumvarp, *501. þingmál*, og gera eftirfarandi athugasemdir.

I. Skilgreiningar – 1. gr.

Ákvæðið felur í sér breytingar á skilgreiningarhugtaki 1. gr. a laganna. Annars vegar er um að ræða (a-liður og fyrri hluti b-liðar) breytingu er snýr að hugtakinu yfírráð sem samkvæmt greinargerð er fyrst og fremst formleg, þ.e. tilfærsla á ákvæði ársreikningalaga yfir í lög um fjármálafyrirtæki, en þó er lagt til að við bætist nýr efnistölu-liður um hliðstæð tengsl. Fyrirmyndin að þeim nýja lið er sögð vera úr lögum um váttryggingastarfsemi og tilskipun 2006/48/EB. Hins vegar (síðari hluti b-liðar) er lagt til að hugtakið endurverðbréfun komi inn í skilgreiningar en þar er samkvæmt greinargerð um að ræða innleiðingu á tilskipun 2010/76/ESB í íslenskan rétt.

Breytingar á hugtökunum „yfírráðum“ og „móðurfélag“ eru varhugaverðar þar sem vikið er frá skilgreiningum í tilskipunum ESB og lögum um ársreikninga, nr. 3/2006, sem er meginlöggjöf um þetta efni. Það sama má segja um hugtakið „dótturfélag“ vegna tilvísunar í hugtakið „yfírráð“ í þeirri skilgreiningu. Hugtakið „samstæða“ er eins orðað og í ársreikningalögum, en felur í sér breytingar þar sem lagafrumvarpið vikkar mögulega út skilgreiningu á „yfírráðum“, „móðurfélagi“ og „dótturfélagi“.

Hér verður nánar fjallað um „yfírráð“ og „móðurfélag“.

Yfirrád

Hugtakið yfirrád er notað í lögnum í ýmsum ákvæðum og skilgreiningum og mikilvægt að engin vafi sé um efnisinnihald þess. Þá er ósamræmi á milli lagabálka óheppilegt, þ.e. laga um fjármálafyrirtæki og laga um ársreikninga. Ef framangreindar breytingar verða að lögum er jafnframt hætta á að reynsla sem komin er á núverandi ákvæði og skýringar þess í ársreikningalögum hverfi og betur hefði verið heima setið en af stað farið.

Hugtakið „yfirrád“, er skilgreint í 9. tl., 1. mgr., 4. gr. bankatilskipunar 2006/48/EC¹. Þar segir: *"control" means the relationship between a parent undertaking and a subsidiary, as defined in Article 1 of Directive 83/349/EEC, or a similar relationship between any natural or legal person and an undertaking;*

Í stuttu máli má segja að yfirrád samkvæmt tilskipuninni myndist við samband fyrirtækja sem felur í sér sams konar yfirrád og móðurfélag hefur yfir dótturfélagi samkvæmt eftirfarandi skilgreiningu samstæðureikningsskilatilskipunar EB nr. 83/349/EEC²:

“Article 1

1. A Member State shall require any undertaking governed by its national law to draw up consolidated accounts and a consolidated annual report if that undertaking (a parent undertaking):

(a) has a majority of the shareholders' or members' voting rights in another undertaking (a subsidiary undertaking); or

(b) has the right to appoint or remove a majority of the members of the administrative, management or supervisory body of another undertaking (a subsidiary undertaking) and is at the same time a shareholder in or member of that undertaking; or

(c) has the right to exercise a dominant influence over an undertaking (a subsidiary undertaking) of which it is a shareholder or member, pursuant to a contract entered into with that undertaking or to a provision in its memorandum or articles of association, where the law governing that subsidiary undertaking permits its being subject to such contracts or provisions. A Member State need not prescribe that a parent undertaking must be a shareholder in or member of its subsidiary undertaking. Those Member States the laws of which do not provide for such contracts or clauses shall not be required to apply this provision; or

(d) is a shareholder in or member of an undertaking, and:

(aa) a majority of the members of the administrative, management or supervisory bodies of that undertaking (a subsidiary undertaking) who have held office during the financial year, during the preceding financial year and up to the time when the consolidated accounts are drawn up, have been appointed solely as a result of the exercise of its voting rights; or

(bb) controls alone, pursuant to an agreement with other shareholders in or members of that undertaking (a subsidiary undertaking), a majority of shareholders' or members' voting rights in that undertaking. The Member States may introduce more detailed provisions concerning the form and contents of such agreements.

The Member States shall prescribe at least the arrangements referred to in (bb) above.

¹ Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

² Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts.

They may make the application of (aa) above dependent upon the holding's representing 20 % or more of the shareholders' or members' voting rights.

However, (aa) above shall not apply where another undertaking has the rights referred to in subparagraphs (a), (b) or (c) above with regard to that subsidiary undertaking.

[2. Apart from the cases mentioned in paragraph 1 the Member States may require any undertaking governed by their national law to draw up consolidated accounts and a consolidated annual report if:

(a) that undertaking (a parent undertaking) has the power to exercise, or actually exercises, dominant influence or control over another undertaking (the subsidiary undertaking); or

(b) that undertaking (a parent undertaking) and another undertaking (the subsidiary undertaking) are managed on a unified basis by the parent undertaking.]³

Article 2

1. For the purposes of Article 1 (1) (a), (b) and (d), the voting rights and the rights of appointment and removal of any other subsidiary undertaking as well as those of any person acting in his own name but on behalf of the parent undertaking or of another subsidiary undertaking must be added to those of the parent undertaking.

2. For the purposes of Article 1 (1) (a), (b) and (d), the rights mentioned in paragraph 1 above must be reduced by the rights:

(a) attaching to shares held on behalf of a person who is neither the parent undertaking nor a subsidiary thereof; or

(b) attaching to shares held by way of security, provided that the rights in question are exercised in accordance with the instructions received, or held in connection with the granting of loans as part of normal business activities, provided that the voting rights are exercised in the interests of the person providing the security.

3. For the purposes of Article 1 (1) (a) and (c), the total of the shareholders' or members' voting rights in the subsidiary undertaking must be reduced by the voting rights attaching to the shares held by that undertaking itself by a subsidiary undertaking of that undertaking or by a person acting in his own name but on behalf of those undertakings.”

Eins og sjá má af framangreindum skilgreiningum er reynt að byggja á hlutlægum viðmiðum, en eftirlitsaðilum er ekki veitt sjálfðæmi eins og 6. tölul. a-liðar 1. gr. frumvarpsins gerir ráð fyrir.

Á túlkun hugtaksins “yfírráð” reynir í ýmsum ákvæðum laga nr. 161/2002. Þar má nefna ákvæði varðandi “hóp tengdra viðskiptavina” í reglum um stórar áhættuskuldbindingar (en þær reglur byggja nú á öfugri sönnunarbyrði) og við beitingu ákvæða þar sem hugtakið “náin tengsl” eða “samstarf” koma fyrir sbr. VI kafla laganna um virka eignarhluti.

Þannig getur reynt á hugtakið yfírráð í tilvikum þar sem reynir á hagsmuni er njóta eignarréttarverndar. Draga má í efa að jafn óheft valdframsal til stjórnvalda til að takmarka eignarrétt standist stjórnarskrá. Einnig má efast um að hugtakið samræmist EES rétti eftir breytingu.

Þá mun breytingin gera ákvæðið svo opið að fjármálafyrirtæki verða ávallt í óvissu um mat á yfírráðum, sem er mjög óheppilegt. SFF telja að fara eigi varlega í að auka matskenndar heimildir

³ Breyting gerð með 2. gr. tilskipunar 2003/51/EC (Directive of the European Parliament and of the Council of 18 June 2003 amending Directives 78/660/EEC, 83/349/EEC, 86/635/EEC and 91/674/EEC on the annual and consolidated accounts of certain types of companies, banks and other financial institutions and insurance undertakings).

FME meira en orðið er á meðan ekki er til staðar áfrýjunarnefnd fyrir eftirlitsskylda aðila til að skjóta þeim niðurstöðum FME til, sem þeir telja að séu ekki byggðar á nægilega sterkum lagagrunni. Þá býður jafn opið hugtak upp á óvissu við framkvæmd löggjafar fyrir fjármálafyrirtæki, eigendur og viðskiptamenn þeirra.

Ekki er heldur til farsældar ef ósamræmi verður milli lagabálka er snúa að sama máli, sbr. í þessu tilviki laga um fjármálafyrirtæki og laga um ársreikninga.

Móðurfélag / dótturfélag

Skilgreining hugtaksins „móðurfélag“ í 12. tölul., 1. mgr., 4. gr. bankatilskipunarinnar:

"parent undertaking" means:

(a) a parent undertaking as defined in Articles 1 and 2 of Directive 83/349/EEC; or

(b) for the purposes of Articles 71 to 73, Title V, Chapter 2, Section 5 and Chapter 4, a parent undertaking within the meaning of Article 1(1) of Directive 83/349/EEC and any undertaking which, in the opinion of the competent authorities, effectively exercises a dominant influence over another undertaking;

Þannig er varðandi almenna túlkun á hugtakinu vísað til samstæðureikningsskilatilskipunarinnar. Í sérstökum afmörkuðum tilvikum er eftirlitsaðilum veitt heimild til að skilgreina fyrirtæki sem móðurfélag ef það „raunverulega beitir ráðandi áhrifum (úrslitaáhrifum) yfir öðru félagi“ (e. *effectively exercises a dominant influence over another undertaking*). Í þessu tilviki er sönnunarbyrðin á eftirlitsaðilanum að sýna fram á að slíkum áhrifum sé raunverulega beitt.

Í stað texta frumvarpsins væri réttara að setja fram sambærilega skilgreiningu á hugtakinu móðurfélag, þ.e. vísa almennt til ársreikningalaga, en veita eftirlitsaðila heimild með sömu skilyrðum varðandi sömu afmörkuðu tilvik, sem t.d. snúa að ákvæðum um stórar áhættuskuldbindingar (Title V, Chapter 2, Section 5). Skilgreining á dótturfélagi í 13. tl., 1. mgr., 4. gr. bankatilskipunarinnar er sambærileg og á móðurfélagi, að breyttum breytanda.

Af framansögðu má ráða að þær breytingar sem 1. gr. frumvarpsins mælir fyrir um geta haft veruleg áhrif og full ástæða til að löggjafi, ráðuneyti og fjármálamarkaður eigi samstarf um að útfæra þær betur til að þessi hluti regluumgjarðar fjármálamarkaðar verði eins vandaður og kostur er. Sem dæmi þarf að kanna nánar afmörkun tilvika þar sem eftirlitsaðila er veitt heimild, sbr. umfjöllun um móðurfélag að framan. Jafnframt þarf að skoða framangreindar tillögur með hliðsjón af lagasamræmi, skuldbindingum samkvæmt EES og stjórnarskrá. Í þessu sambandi má vísa til nýlegrar þingsályktunartillögu forsætisráðherra um undirbúning lagasetningar (486. þingmál). Sjá umfjöllun í næsta kafla.

SFF gera ekki athugasemdir við síðari hluta b-liðar, varðandi endurverðbréfunarhugtökin.

II. Starfsheimildir sparisjóða (2. og 4. gr.)

Varðandi starfsheimildir sparisjóða, sem starfa á afmörkuðu staðbundnu starfssvæði, þarf að kanna samræmi á milli ákvæða 2. og 4. gr. frumvarpsins. Samkvæmt 4. gr. er slíkum sparisjóði t.d. heimilað að sinna fjármögnunarleigu, en starfsleyfi slíks sparisjóðs skv. 2. gr. nær ekki til eignaleigustarfsemi.

III. Upplýsingar um eignarhald (3., 9. gr. og 12. gr.)

Í 3. gr., sbr. 9. og 12. gr., frumvarpsins er lögð skylda á fjármálafyrirtæki að birta á vefsíðu sinni og í reikningum upplýsingar um eignarhald allra þeirra sem eiga 1% eða meira í fyrirtækinu. Sé um lögaðila að ræða skal koma fram hverjir séu raunverulegir eigendur. Eins og fram kemur hér á eftir eru fjármálafyrirtæki ekki í aðstöðu til þess að afla þessara upplýsinga hjá lögaðilum, sem liggja endilega ekki á lausu. Þá er vandséð að þörf sé frá sjónarmiðum gagnsæis að birta þessar upplýsingar þegar um svo lítinn eignarhlut er að ræða.

Á fundi sem SFF áttu með aðildarfélögum sínum um frumvarpið kom fram að svo þröngt ákvæði niður í 1% eignarhald yrði óframkvæmanlegt. Sem dæmi má nefna að ekki er óalgengt að smærri hlutir í fjármálafyrirtækjum séu skráðir á safnreikninga sem ekki innihalda nöfn hluthafa. Fjármálafyrirtæki eru ekki í aðstöðu til að kalla eftir upplýsingum um endanlegt eignarhald á slíkum safnreikningum. Við bætist að frumvarpið ráðgerir að viðurlög séu við því ef ákvæðið er ekki framkvæmt til fulls.

Rétt er að hafa í huga að með lögum 75/2010 var sett ákvæði í 19. gr. laga um fjármálafyrirtæki um birtingu upplýsinga um þá sem eiga 5% eignarhlut í fjármálafyrirtæki. Í nefndaráli meirihluta viðskiptanefndar kom fram að rökin fyrir breytingunni væri þau að tryggja gagnsæi. Að öllu jöfnu er eðlilegt að leyfa slíkum lagabreytingum að sanna sig áður en hlaupið er til og þeim breytt. Í nýlegri þingsályktunartillögu forsætisráðherra um undirbúning lagasetningar (486. þingmál) er m.a. fjallað um nauðsyn lagasetningar og áhrif hennar, en nú eru í gildi reglur um undirbúning og meðferð stjórnarfrumvarpa sem er að finna á heimasíðu forsætisráðuneytis. Byggist fyrrgreind þingsályktun m.a. á núverandi verklagsreglum um vinnslu stjórnarfrumvarpa. Um nauðsyn lagasetningar segir m.a. að rökstyðja þurfi hvers vegna lagasetning sé nauðsynleg og hver markmið hennar séu og hvort yfirleitt sé þörf á að ríkið aðhafist vegna tiltekins vandamáls, en á þetta hafi verið bent í skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis. Þá beri jafnframt að leggja mat á áhrif lagasetningar og er m.a. nefnt að gæta eigi hófs við að leggja kvaðir á fyrirtæki um upplýsingagjöf til stjórnvalda, enda hafi erlendar rannsóknir sýnt að slíkar kvaðir fela oft í sér umtalsverðan kostnað. Þá skal haft í huga að stefna ríkisstjórnarinnar hefur verið að koma endurreistum viðskiptabönkum í framtíðareigu. Sú lagabreyting sem ákvæði frumvarpsins felur í sér, þ.e. að setja séríslenska reglu á þessu sviði, er líkleg til að vinna gegn því markmiði.

SFF eru meðvituð um þær áhyggjur sem hafa verið af núverandi eignarhaldi endurreistra fjármálafyrirtækja, en ákvæði frumvarpsins á sér beina skírskotun í þær umræður sem hafa verið um þau mál undanfarin misseri. Að mati SFF er hins vegar lykilatriðið í þeim efnum að eins skýrar reglur og kostur er gildi um meðferð virka eignarhluta í fjármálafyrirtækjum, en ákvæði um virka eignarhluti fjármálafyrirtækja var jafnframt breytt verulega með lögum nr. 75/2010 og byggja á samræmdum

evrópskum reglum, sbr. tilskipun 2007/44/EC. Nöfn aðila með minni eignarhluti, hvað þá eigendur slíks aðila, eiga ekki að skipta máli út frá sjónarhóli eftirlitsaðila eða annarra haghafa.

Í þessu sambandi er þó rétt að taka fram að fjármálafyrirtæki eiga að halda hlutaskrá. Af þeim sökum er mögulegt að gera þá kröfu að upplýsingar séu birtar um skráða eigendur í hlutaskrá umfram 5% hlut. Rétt er að taka fram að ákvæðið miðar við eignarhlut en ekki atkvæðisrétt, ef munur yrði þar á.

Fjármálafyrirtækjum ber almennt engin skylda til að skrá hverjir séu eigendur þeirra lögaðila sem eru hluthafar í fjármálafyrirtækinu.⁴ Þá hafa þau enga aðstöðu til þess að kalla eftir þeim upplýsingum. Af þeim sökum hafa fjármálafyrirtæki almennt ekki þær upplýsingar sem frumvarpið gerir kröfu um að þau birti, a.m.k. ef viðkomandi lögaðili er einungis hluthafi.

Þessu til viðbótar liggur ekki ljóst fyrir hvað sé átt við með „*raunverulegir eigendur*“, þó væntanlega megi líta til skilgreiningar í lögum nr. 64/2006, um aðgerðir gegn peningabætti og fjármögnun hryðjuverka, til leiðsagnar. Eigi að fara eftir umræddum ákvæðum verða fjármálafyrirtæki að setja í samþykktir sínar kröfu um slíka upplýsingagjöf, sem forsendu skráningar í hlutaskrá fyrirtækisins.

Varðandi reglur sem þessar má spyrja hvort að stærð, kerfislegt mikilvægi og starfsheimildir hljóti ekki að skipta máli varðandi kröfu um slíkt gagnsæi. Í athugasemdum við 3. gr. frumvarpsins segir m.a. að ákvæðið byggir á sjónarmiðum um almannahagsmunum með tilliti til hagsmuna innstæðueigenda. Ef það er útgangspunkturinn með slíkri breytingu skýtur skökku við að yfirfæra hana á öll fjármálafyrirtæki, m.a. þau sem ekki taka á móti innstæðum.

Einn af punktum í athugasemdum við ákvæði 3. gr. er að sú breyting sem ákvæðið felur í sér muni auðvelda FME að hafa eftirlit með hverjir fari með eignarhald yfir fjármálafyrirtækjum. Hér er skringileg röksemdafærsla. Fjármálaeftirlitið hefur heimild til að kalla eftir þessum upplýsingum frá hluthöfum og stöðu til að gera það þar sem það getur takmarkað heimildir hluthafa til að fara með atkvæðisrétt í félaginu eða eiga hluti í félaginu, ef um virkan eignarhlut er að ræða. Fjármálafyrirtæki hefur engar slíkar heimildir. Ef markmiðið er að stuðla að auknu gagnsæi varðandi þá aðila sem fara með virkan eignarhlut í fjármálafyrirtæki og raunverulega eigendur slíkra aðila, þá er einfaldara að mæla fyrir um birtingu slíkra upplýsinga af hálfu Fjármálaeftirlitsins. Ástæðan er sú að Fjármálaeftirlitinu ber að afla slíkra upplýsinga við könnun á tilkynningu um virkan eignarhlut, skv. VI. kafla laga nr. 161/2002.

Möguleg niðurstaða gæti því verið sú að fjármálafyrirtækjum væri gert að birta upplýsingar úr hlutaskrá um þá aðila sem eiga 5% hlut (en ekki raunverulega eigendur þessara aðila). Jafnframt bæri þeim að birta upplýsingar um tilkynningar Fjármálaeftirlitsins varðandi þá aðila sem væru „raunverulegir eigendur“ virkra eigenda, þ.e. þeirra sem þurfa sérstakt samþykki eftirlitsaðila til að fara með slíkan hlut. Eðlilegast er þó að sú skylda til birtingar hvíli á Fjármálaeftirlitinu.

Í 9. gr. er það c-liður ákvæðisins sem er nýr, aðrir stafliðir eru orðrétt úr núverandi lagatexta. Flest þau rök sem að framan greinir varðandi 3. gr. eiga við hér. Eðlilegt er að miða áfram við 5% markið, enda verður ekki séð að skipti haghafa máli hverjir eigi svo lítinn hlut (1%) þrátt fyrir að af greinargerð frumvarps megi ráða annað. Þá ítrekast sem að framan segir að fjármálafyrirtæki eru yfirleitt ekki í aðstöðu til að afla upplýsinga um hver sé „raunverulegur eigandi viðkomandi lögaðila“ sem er hluthafi í fjármálafyrirtækinu, eins og krafist er í ákvæðinu sé um lögaðila að ræða.

⁴ Rétt er að benda á að fjármálafyrirtæki þyrfti að hafa augljósa vitneskju í huga þegar skyldur skv. 48. gr. laga nr. 161/2002 er innt af hendi – þó að ákvæðið feli vart í sér kröfur um sjálfstæða rannsókn á „samstarfi“ aðila.

Varðandi tímamark birtingar og stjórnvaldssektahéimildir í **12. gr.** frumvarpsins verður að gæta meðalhófs. Þannig mætti miða við að birta skyldi upplýsingar á vefsíðu félags eigi síðar en 3 sólarhringum eftir skráningu í hlutaskrá eða birtingu tilkynningar frá Fjármálaeftirlitinu. Í því sambandi má t.d. benda á að um 2 dagar líða frá því „flöggunarskyld“ viðskipti eiga sér stað þar til að tilkynnt er um þau opinberlega, í tilvikum þar sem fjármálagerningar hafa verið til viðskipta í kauphöll, sbr. 86. og 87. gr. verðbréfavíðskiptalaga nr. 108/2007.

IV. Fækkun varamanna - 6. gr.

SFF fagna því að stefnt sé að því að hverfa frá kröfu um að varamaður skuli standa að baki hverjum stjórnarmanni, í að nægilegt sé að kjósa tvo varamenn. Ástæðan fyrir því að ákvæðið er komið í frumvarpið liggur í þeim stóru kröfum til hæfis stjórnarmanna sem gerðar hafa verið síðastliðin ár. SFF telja eðlilegt að á komandi misserum verði skoðað hvernig þau ákvæði gildandi laga eru í samanburði við það sem þekktist í öðrum ríkjum og þá meta hvort hugsanlega hafi verið gengið of langt héraðs í að auka hæfiskröfur til stjórnarmanna eftir efnahagshrunið. Núverandi ákvæði hafa torveldað mjög að finna hæfa aðila innanlands til að taka að sér stjórnarstörf í fjármálafyrirtækjum.

Að mati SFF væri eðlegra í stað þess sem ákvæðið mælir fyrir um að heimila að stjórn væri eingöngu skipuð aðalmönnum, þó þannig að ávallt væri sami lágmarksfjöldi stjórnarmanna og lögin mæla fyrir um. Hafa þarf í huga að þegar aðili er beðinn um að bjóða sig fram til varamanns er hann á sama tíma að setja á sig ýmsar kvaðir í formi takmörkunar á atvinnufrelsi o.fl. Í úttekt sem SFF gerðu hjá aðildarfélagum sínum og vísað er til í athugasemdum við ákvæðið kom fram að afar sjaldgæft er að varamenn séu kallaðir til á stjórnarfundi.

Með hliðjón af þessu leggja SFF til að ákvæði 6. gr. frumvarpsins orðist svo:

„Samtala aðal- og varamanna í stjórn fjármálafyrirtækis sbr. 1. málslíð 1. mgr. skal vera fimm hið minnsta. Samtala aðal- og varamanna í stjórn fjármálafyrirtækis sbr. 2. málslíð skal vera sjö hið minnsta.“

V. Takmarkanir á lögmannsstörfum (7. gr.) og undanþáguákvæði varðandi slitastjórnir (9. gr.)

Vísað er til athugasemda við 6. gr. SFF telja að of langt hafi verið gengið á undaförnum árum í lagabreytingum sem þrengja möguleika til stjórnasetu í fjármálafyrirtækjum. Skýrt dæmi um það eru þær takmarkanir sem settar hafa verið á möguleika lögmannna til að setjast í slíkar stjórnir. Samkvæmt greinargerð er ákvæði frumvarpsins ætlað að draga úr þeim takmörkunum. Að mati SFF nær ákvæði 7. gr. frumvarpsins engan veginn þeim tilgangi. Ákvæðið er of matskennt og takmarkandi. Þá er rétt að horfa til þess að skorðum við atvinnufrelsi eru takmörk sett í stjórnarskrá og vandasamt verk fyrir lögjafann að draga slíkar línur.

Ekki er samræmi milli greinargerðar og lagatexta þar sem lagatextinn setur sem skilyrði að um þurfi að vera einföld mál er varða lögin heimtu OG málin varði ekki verulega hagsmuni. Af greinargerð má hins vegar ráða að um tvö möguleg tilvik fyrir undanþágu sé þarna að ræða, þannig að ætti að standa „EÐA“.

Ákvæði um öfuga sönnunarbyrði eru illskiljanleg. Ekki eru gerðar slíkar kröfur til annarra stjórnarmanna varðandi hæfisskilyrði þeirra eða háttsemi. Efast má um að slíkt samræmist jafnræðisreglum og reglum um réttláta málsmeðferð, einkum í ljósi þess að „brot“ varðar mögulega brottrekstri úr stjórn. Ekki verður heldur séð að þörf sé á sérstakri heimild til gagnaöflunar í þessum tilvikum, enda verður að telja almennar heimildir Fjármálaeftirlitsins fullnægjandi.

Velta má fyrir sér hvort að ekki sé heppilegra að setja almenna matsreglu. Þar mætti t.d. horfa til þess hvort að skriflegt samþykki beggja fjármálafyrirtækja liggi fyrir, eðlis lögmannsstarfa, hvenær lögmannsstörfin komu til, hversu háður viðkomandi lögmaður er tekjum af lögmannsstörfum fyrir fjármálafyrirtækið, eðli fjármálafyrirtækjanna og samkeppnisflötum.

Varðandi hið síðarnefnda þá er sérstaklega vandséð að lögmaður, sem tekur sæti í slitastjórn (sjá **11. gr.** frumvarpsins), þurfi að hætta lögmannsstörfum fyrir „lifandi“ fjármálafyrirtæki. Það væri þá helst ef fyrirtækin ættu í ágreiningi um kröfur, en reglur um hagsmunaárekstra lögmanna ættu að taka á slíkum tilvikum. Þær hömlur standast illa ákvæði um atvinnufrelsi, virðast eiga sér litlar forsendur og geta vart talist skynsamlegar með tilliti til þess að fá hæft fólk með þekkingu á fjármálageiranum til starfa í slitastjórnnum.

VI. Mikilvæg útibú í gistiríki - 10. gr.

Með ákvæðinu er verið að innleiða ákvæði 4. mgr. 1. gr. og 7. mgr. 2. gr. tilskipunar 2009/111/EB. Tilgangur ákvæðisins er að tryggja að eftirlitsaðili í gistiríki útibús geti lagt fram beiðni til eftirlitsaðila í því ríki þar sem höfuðstöðvar viðkomandi fjármálafyrirtækis eru starfræktar, um að útbúið teljist sérstaklega mikilvægt fyrir gistiríkið.

Samkvæmt orðalagi 10. gr. getur eftirlitsaðili gistiríkis þar sem íslenskt fjármálafyrirtæki er með útibú lagt fram beiðni til fjármálaeftirlitsins hér á landi (eftirlitsaðili í heimaríki) um að útibú teljist sérstaklega mikilvægt fyrir gistiríkið. Í ákvæðinu virðist ekki vera gert ráð fyrir þeim tilvikum þar sem erlent fjármálafyrirtæki er með útibú hér á landi og Ísland sé gistiríki. Tryggja þarf að Fjármálaeftirlitið hafi heimild til að óska eftir sem eftirlitsaðili í gistiríki að erlent útibú hér á landi teljist sérstaklega mikilvægt og geti lagt fram beiðni þess efnis til eftirlitsaðila í heimaríki útibúsins.

VII. Víkkun þagnarskyldu – 15. gr.

Með breytingu á 15. gr. laga um opinbert eftirlit er verið að víkka út þagnarskylduákvæði og láta það ná til annarra yfirvalda, einstaklinga og lögaðila sem fá í hendur þagnarskyldar upplýsingar. Velta má fyrir sér þörfinni með tilliti til þagnarskylduákvæða annarra yfirvalda og framkvæmd ákvæðisins þar sem ýmsir „sérfræðingar“, bæði einstaklingar og lögaðilar hafa unnið fyrir Fjármálaeftirlitið að viðlagðri þagnarskyldu (m.a. við rannsóknir, öfugt við það sem haldið er fram í greinargerð).

Í greinargerð er sérstaklega vísað til 3. mgr. 54. gr. MiFID tilskipunarinnar nr. 2004/39/EC, sem rök fyrir breytingum (sjá greinina hér að neðan). Í því sambandi er sérstaklega rétt að vekja athygli á takmörkun á notkun gagna (undirstrikað) sem ekki er að finna í breytingatillögunni.

„Article 54

Professional secrecy

1. Member States shall ensure that competent authorities, all persons who work or who have worked for the competent authorities or entities to whom tasks are delegated pursuant to Article 48(2), as well as auditors and experts instructed by the competent authorities, are bound by the obligation of professional secrecy. No confidential information which they may receive in the course of their duties may be divulged to any person or authority whatsoever, save in summary or aggregate form such that individual investment firms, market operators, regulated markets or any other person cannot be identified, without prejudice to cases covered by criminal law or the other provisions of this Directive.

2. Where an investment firm, market operator or regulated market has been declared bankrupt or is being compulsorily wound up, confidential information which does not concern third parties may be divulged in civil or commercial proceedings if necessary for carrying out the proceeding.

3. *Without prejudice to cases covered by criminal law, the competent authorities, bodies or natural or legal persons other than competent authorities which receive confidential information pursuant to this Directive may use it only in the performance of their duties and for the exercise of their functions, in the case of the competent authorities, within the scope of this Directive or, in the case of other authorities, bodies or natural or legal persons, for the purpose for which such information was provided to them and/or in the context of administrative or judicial proceedings specifically related to the exercise of those functions. However, where the competent authority or other authority, body or person communicating information consents thereto, the authority receiving the information may use it for other purposes.*

4. Any confidential information received, exchanged or transmitted pursuant to this Directive shall be subject to the conditions of professional secrecy laid down in this Article. Nevertheless, this Article shall not prevent the competent authorities from exchanging or transmitting confidential information in accordance with this Directive and with other Directives applicable to investment firms, credit institutions, pension funds, UCITS, insurance and reinsurance intermediaries, insurance undertakings regulated markets or market operators or otherwise with the consent of the competent authority or other authority or body or natural or legal person that communicated the information.

5. This Article shall not prevent the competent authorities from exchanging or transmitting in accordance with national law, confidential information that has not been received from a competent authority of another Member State.”

SFF eru fylgjandi því að tryggja að sú staða sé ekki uppi að ef utanaðkomandi aðili fær trúnaðarupplýsingar frá FME geti hann sér að skaðlausu komið þeim áfram. Í raun virðist ákvæði frumvarpsins hins vegar fyrst og fremst opna möguleika fyrir Fjármálaeftirlitið til að deila upplýsingum með öðrum aðilum. Ef það er markmiðið væri réttara að setja það fram berum orðum og setja jafnframt takmarkanir við nýtingu upplýsinganna.

VIII. Önnur atriði

Áfrýjunarnefnd

SFF hafa ítrekað undanfarin ár bent á mikilvægi þess að komið verði á fót áfrýjunarnefnd gagnvart FME, sem eftirlitsskyldir aðilar geti skotið ágreiningi til. Slíkt fyrirkomulag er algengt í

nágrannaríkjunum og styrkir framkvæmd laga og reglna á fjármálamarkaði, ef vandað er til umgjörðar nefndarinnar.

Sérstök kærunefnd var starfandi gagnvart FME frá stofnun þess til ársins 2006. Ástæðan fyrir því að þá var tekin pólitísk ákvörðun um að fella nefndina úr lögum sneri að umgjörðinni um hana fremur en því að slík nefnd væri starfandi. Reynslan frá þeim tíma hefur sýnt að dómstólaleiðin er ekki nægilega skilvirk í þessum efnum. Eftir því sem matskenndum heimildum eftirlitsins fjölgar er sífellt mikilvægara að eftirlitsskyldir aðilar eigi kost á því að láta reyna á ákvarðanir eftirlitsins sem þeir telja ekki á réttum lagagrunni reistar.

SFF hafa átt samtöl um þetta mál við Fjármálaeftirlitið og ráðuneyti fjármálamarkaðar. Ef samstaða er um málið væri farsælt að fá slíka breytingu inni það frumvarp sem hér er til umfjöllunar.

Takmarkanir á lánveitingum

Í 2. mgr. 29. gr. a í lögum um fjármálafyrirtæki er bannað að veita lán eða aðra fyrirgreiðslu sem telst áhættuskuldbinding til stjórnarmanna, framkvæmdastjóra eða þeirra sem eiga virkan eignarhlut, eða aðila í nánnum tengslum við slíka aðila, nema gegn traustum tryggingum. Þessu til viðbótar eru settar þær takmarkanir að fjárhæð slíkrar áhættuskuldbindingar má ekki fara yfir 1% af eiginfjárgrunni en má þó nema allt að 100 milljónum króna. Ákvæðið, sem kom nýtt í lögin í júní 2010, er nánar útfært í reglum FME nr. 162/2011 þar sem segir m.a. að heimilt sé að veita fyrirgreiðslu án trygginga fyrir að hámarki 2 milljónir króna og að nota eigi það viðmið sem lægra reynist (100 millj. kr. eða 1%)..

Við setningu framangreinds ákvæðis sem og reglna FME bentu SFF á að gengið væri alltof langt. Í ljós hefur komið að sú er raunin og mikilvægt að gerð verði tilslökun þar á svo aðilar geti átt eðlileg viðskipti við þann banka/sparisjóð sem þeir starfa hjá. Sama á við um þá aðila sem þeim eru tengdir.

SFF hafa nýverið fengið til sín dæmi frá litlu fjármálafyrirtæki þar sem eiginfjárgrunnstakmörkun veldur því að viðkomandi aðilar mega að hámarki skulda 1,7 milljónir króna. Sú staðreynd kann sem dæmi að útiloka sveitarfélög frá því að vera stofnfjáreigendur og/eða viðskiptavinir sparisjóðs úti á landi.

Ákvæðið gengur mjög langt og reglur FME, nr. 162/2011, enn lengra. Með ákvæðum reglna FME er verið að búa stjórnarmönnum, framkvæmdastjórum og eigendum virks eignarhlutar mun verða viðskiptaumhverfi hjá viðkomandi fjármálafyrirtæki en almennum viðskiptamönnum. Má þar t.d. nefna a. lið 5. gr. reglna FME þar sem fjármálafyrirtæki er gert að víkja frá meginreglu um lánveitingar með veði í íbúðarhúsnæði ef um lykilstarfsmann er að ræða, sem gerir lykilstarfsmönnum erfiðara fyrir að fá almennt húsnæðislán þó óumdeilanlegt sé að íbúðarhúsnæði hafi ávallt þótt traust trygging. Sama gildir um f-lið sömu greinar sem takmarkar tækifæri lykilstarfsmanna til að kaupa bifreiðar af eigin vali. Allt þetta byggir á því ákvæði sem löggjafinn setti.

Að auki má benda á hámark vegna fyrirgreiðslu án trygginga sem sett eru í 2 milljónir króna í reglum FME. Benda má á að hefðbundin heimild á greiðslukortum er almennt um 500 – 750 þúsund krónur. Sé til dæmis um að ræða tvo til þrjá fullorðna á heimili hrekkur þessi heimild skammt einungis vegna greiðslukorta, og þá er ekki mikið svigrúm fyrir yfirdráttarheimildir, sem að öllu jöfnu eru ótryggðar. Þannig neyðast fjölskyldumeðlimir til að færa sig til annarra fjármálafyrirtækja.

Dæmi er um að lykilstarfsmann í ábyrgðarstöðum innan fjármálafyrirtækis sem skipti um viðskiptabanka vegna þessara þröngu skilyrða. Viðkomandi var í fasteignakaupum og þrátt fyrir greiðslugetu og góðar framboðnar tryggingar (1. veðrétt í fullbúnu íbúðarhúsnæði) var fjármálafyrirtækinu óheimilt að lána starfsmanninum þar sem munur á fasteignamati og markaðsvirði var verulegur (eins og er að jafnaði með eldri hverfi borgarinnar).

Einnig má benda á að sé sá sem er tengdur við framkvæmdastjóra í atvinnurekstri og skuldi yfir 100 milljónir króna vegna rekstursins (sem ekki telst óeðlilegt hjá fyrirtæki sem komið er vel á legg) er fjármálafyrirtækinu óheimilt að veita framkvæmdastjóranum nokkra fyrirgreiðslu samkvæmt túlkun FME á reglunum. Taka þyrfti þá ákvörðun um hvort tengdi aðilinn eða framkvæmdastjórinn þyrfti að hætta í viðskiptum við fjármálafyrirtækið.

Við slíka yfirfærslu, þ.e. þegar starfsmenn færa sig til annarra banka, missa eftirlitseiningar s.s. áhættustýring, regluvarsla og innri endurskoðandi yfirsýn yfir fjármál og fjárhag lykilstarfsmanna sem getur valdið fjármálafyrirtækinu verulegum vanda og skapað freistnivanda hjá viðkomandi aðila. Það dregur þá aftur úr því að upphaflegur tilgangur ákvæðisins náist og það þannig farið að bíta í skottið á sjálfu sér.

SFF leggja til að ákvæðið verði tekið til endurskoðunar þannig að eðlileg viðskipti verði þess ekki lengur valdandi að knýja aðila til að hætta í viðskiptum hjá viðkomandi fjármálafyrirtæki, hvort heldur um er að ræða einstaklingsviðskipti eða viðskipti í atvinnustarfsemi. Einfaldasta leiðin væri væntanlega að fella síðari málslíð 2. mgr. brott úr 29. gr. a. Þá væri einnig mögulegt að í stað slíkra afdráttarlausra viðmiða kæmi einhvers konar tilvísun í „eðlileg“ eða „hefðbundin“ viðskipti.

Virðingarfyllst,



Guðjón Rúnarsson SFF