



ØKOKRIM

Den sentrale enhet for etterforskning og påtale av
økonomisk kriminalitet og miljøkriminalitet

FMA

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 OSLO

FINANSDEPARTEMENTET	
10. MAI 2004	
Saksnr.	041872-
Arkivnr.	

Sendes også e-postadresse arkiv.postmottak@finans.dep.no

Deres referanse
04/872 FM

Vår referanse
21/2003

Vår dato
7. mai 2004

HØRING -- BEGRENSET REVISJON AV VERDIPAPIRHANDELLOVEN MV - IMPLEMENTERING AV EUS MARKEDSMISBRUKSDIREKTIV

Vi viser til Finansdepartementets høringsbrev av 3. mars i år vedlagt Kredittilsynets høringsnotat.

INNLEDNING

Sett fra vårt ståsted dreier høringssaken seg om spørsmål som er av svært vesentlig betydning for den strafferettslige bekjempelsen i Norge av lovbrudd knyttet til handel med finansielle instrumenter, som ØKOKRIM så langt har stått for en stor del av. Omfanget av denne høringsuttalelsen reflekterer dette.

Saken reiser generelle spørsmål om hvordan de nye EU-reglene på området skal forstås, i hvilken grad de ulike EU-reglene gir rom for avvikende/strengere regler i nasjonal rett, og – ikke minst – på hvilken måte Norge er forpliktet til og bør inkorporere EU-reglene i norsk rett. Disse tre spørsmålene er alle av stor viktighet. Etter vårt syn har høringsnotatet den gjennomgående svakhet at det i for liten grad besvarer spørsmålene.

Ut fra et praktisk strafferettslig synspunkt er det av stor betydning om direktivtekst implementeres i lovtekst/forskrift eller i forarbeider. Så lenge de utfyllende bestemmelsene på Level 2-nivå verken utvider eller innsnevrer Direktivbestemmelsene, er Norge etter det vi forstår ikke uten videre forpliktet til å implementere dem direkte i lovtekst eller forskrift, jf dom i sak Kommissjonen-Sverige av 7 mai 2002 (sak C-478/99) som gjaldt spørsmålet om implementering av ikke-uttømmende liste over vilkår i lovtekst eller i forarbeider. De avgjørende hensyn ved vurderingen av om implementeringsforpliktelsene er oppfylt, bør etter vårt syn være om resultatet/rettstilstanden som oppnås ved bare å innta bestemmelsene i forarbeidene er tilstrekkelig klar(t) og presis(t), og om resultatet/rettstilstanden som oppnås ved å innta bestemmelsene i forarbeidene samsvarer med resultatet/rettstilstanden etter direktivet, sml domstolens uttalelser i nevnte sak.

ØKOKRIM savner en prinsipiell vurdering av ovennevnte problemstillinger.

Dersom det ovennevnte skyldes det meget høye tempoet det er lagt opp til i denne prosessen, tillater vi oss å be Finansdepartementet vurdere muligheten for å justere tempo slik at det kan konsulteres og samkjøres med iallfall andre nordiske land. Vi er kjent med at det verken i Danmark eller Sverige foreligger høringsnotater el lign pr i dag, men at dette ventes utsendt om kort tid. Det er unektelig et paradoks at et omfattende lovtiltak på EU-nivå hvis hovedformål er å skape like regler i EU og EØS, nå kan føre til ikke uvesentlige forskjeller bare mellom de nordiske lands regler.

ØKOKRIMs hovedsyn nå er at implementeringen av Direktivbestemmelsene i norsk rett må skje på en slik måte at hensynet til klarhet og forutberegnelighet ivaretas best mulig. Det er videre et sentralt poeng i forhold til flere av bestemmelsene at den nasjonale regelverksutformingen ivaretar de hensyn som ligger til grunn ved utforming av straffesanksjonerte regler generelt. Disse hensyn, sammenholdt med den nordiske rettstradisjonen hvor lovforarbeider har relativt stor vekt ved tolking av lovtekst, tilsier etter vårt syn generelt tilbakeholdenhet med å gjøre lovteksten unødvendig komplisert og omfangsrik.

DEFINISJON AV INNSIDEINFORMASJON

Forslagets definisjon – finansielle instrumenter

Høringsnotatet legger til grunn at Direktivet på dette punktet skal anses som et fullharmoniseringsdirektiv. Vi forutsetter i det følgende at dette er korrekt.

Den norske innsidebestemmelsen ble som kjent endret i 2001 på bakgrunn av at man fant at regelen ble tolket for restriktivt av norske domstoler. Kriteriene ”presis” og ”vesentlig” ble på denne bakgrunn tatt ut av lovteksten. Vi anser den norske rettsstilstanden i dag – ordlyden i § 2-1, utfyllende uttalelser i lovforarbeidene og rettspraksis – for å være materielt god, samtidig som den fremstår som relativt klar og forutberegnelig. Viktigheten av dette for den strafferettslige håndhevingen av innsidehandelsforbudet må ikke undervurderes.

I den grad Norge er forpliktet til uten videre å inkorporere noen av EU-bestemmelsene direkte inn i norsk lovtekst, antar vi at dette iallfall må gjelde for Direktivets definisjon av innsideinformasjon, som utgjør det overordnede (Level 1). Vi forstår utfra høringsnotatet at Kredittilsynet ikke anser det som nødvendig å ta denne ordlyden inn i norsk lovbestemmelse, og legger dermed dette til grunn i det følgende.

ØKOKRIM støtter konklusjonen i høringsnotatet om at vilkåret ”precise” ikke skal inntas i norsk lovtekst. Rettsstilstanden etter gjeldende § 2-1 må anses for å være i overensstemmelse med rettsstilstanden etter Direktivet hva gjelder dette vilkåret. ”Precise” er inntatt i direktivet for å avgrense mot rykter og spekulasjoner. Dette var også begrunnelsen for å innta vilkåret ”presis” i norsk lovtekst ved lov 8. nov 1991 nr 75, jf Ot prp nr 72 (1990-91). I tiden før lovendringen i 2001 fremstod det imidlertid som at norske domstoler la en annen betydning i vilkåret enn det som var meningen etter gjeldende direktiv. Realiteten var at ved å ta vilkåret ”presis” ut fra den norske bestemmelsen, ble norsk rettsstilstand brakt i bedre overensstemmelse med

rettstilstanden etter EU-reglene - på tross av at ordlyden i dagens § 2-1 isolert sett avviker fra ordlyden i Direktivets definisjon. På denne bakgrunn mener ØKOKRIM at Norges implementeringsforpliktelser på dette punkt er oppfylt ved ordlyden i gjeldende § 2-1. Vi kan ikke se andre grunner til å gjenninnføre vilkåret ”precise” i definisjonen av innsideinformasjon. Vi har vanskelig for å se at dette vil medføre problemer for aktører som opererer i markeder i flere land, så lenge den materielle rettstilstanden er klar og på linje med andre EU-land. Vilkaaret bør derfor fortsatt være utelatt fra den norske definisjonen.

Høringsnotatet konkluderer med at heller ikke vilkåret ”significant [effect]” skal inntas i norsk lovteksts definisjon av innsideinformasjon. Begrunnelsen er at dette ikke anses som nødvendig utfra den norske rettstilstanden, og at man ikke ønsker gjenopprettelse av rettstilstanden pre lovendringen i 2001. ØKOKRIM slutter seg for så vidt til dette. Vi viser til våre merknader i avsnittet ovenfor, og særlig til at på dette punktet må den norske ”lovhistorien” i seg selv utgjøre et argument ved valget mellom inkorporering i lovtekst eller på annen måte.

Høringsnotatet reiser (i pkt 3.3) spørsmålet om vilkårene ”precise” og ”significant” i Direktivets art 1 nr 1 innebærer en endring av den norske rettstilstanden ”all den tid tilsvarende begreper ble tatt ut av vphl § 2-1” ved lovendring i 2001. Spørsmålet besvares benektende, idet den nærmere definisjonen av begrepene i Direktivbestemmelsen ”synes å være i overenstemmelse med forståelsen av vphl § 2-1”. Endelig (høringsnotatets pkt 3.4) har Kredittilsynet ”under noe tvil” konkludert med at de to begrepene ikke bør tas inn i den norske lovteksten, dels fordi ”det vil kunne sende et signal om lempeligere lovgivning til verdipapirmarkedet om vilkårene ”presis” og ”vesentlig” gjenintrodueres i vphl . . .”.

Vi forstår dette slik at Kredittilsynet uten videre har tolket kriteriet ”significant” i Direktivets art 1 nr 1 som ”vesentlig”. Etter vårt syn er det vel så naturlig såvel språklig sett som utfra konteksten å bruke et mindre kvalifiserende begrep, som f eks ”merkbart” eller ”påviselig”. Vi nevner at den danske versjonen av Direktivet benytter ”mærkbart” i art 1 nr 1. Forøvrig vises til Ot prp nr 80 (2000-2001) side 13 (gjengivelsen av Kredittilsynets høringsnotat). Etter vårt syn kan dermed de ovenfor gjengitte uttalelsene i høringsnotatet være egnet til å forvirre rettsanvendere om rettstilstanden, og de gir næring til anførsler om at rettstilstanden er uklar og uforutberegnelig. Sett fra vårt ståsted er det behov for klargjørende uttalelser om dette i de videre lovforarbeidene, og tolkingsspørsmålet bør undergis en mer inngående analyse enn i høringsnotatet. Vår erfaringsbaserte oppfatning er at dette spørsmålet er av praktisk viktighet ved straffehandhevelsen av innsidehandelsforbudet. Dette understøttes av at økningen i antall fellende dommer for overtredelse av § 2-1 de siste årene i noen grad skyldes at vesentlighetsvilkåret ble fjernet fra lovens ordlyd. Utfra vår erfaring vil det være uheldig om man går tilbake til rettstilstanden før lovendring i 2001 for så vidt gjelder vesentlighetskriteriet.

Direktivets kriterier ”precise” og ”significant effect” er presisert i første kommisjonsdirektiv art 1 nr 1 og 2. I høringsnotatet foreslår man at disse utdypende/presiserende definisjonene inkorporeres i norsk lovtekst. Dette gjøres på tross av at det i høringsnotatet heter at ”den nærmere definisjonen [av ”significant effect”] synes å være i overensstemmelse med § 2-1”. Når rettstilstanden etter dagens lovtekst og Direktivet er sammenfallende, kan vi ikke se tilstrekkelig grunn til at Level 2-presiseringene skal inntas i norsk lovtekst. Definisjonen inneholder flere kumulative,

skjønnsmessige og strafferettslig ukjente vilkår og er derfor mindre godt egnet som lovt tekst i en straffesanksjonert regel. Dersom definisjonen blir stående i lovt teksten, vil det etter vår mening nettopp kunne lede til unødvendige komplikasjoner ved bevisføring for overtredelse av innsidehandelsforbudet, jf uttalelsen i høringsnotatet (på side 22) om at endringen "kan gjøre håndhevelsen av forbudet noe mer krevende". Det vil for øvrig, slik forslaget nå lyder, kunne stilles spørsmål om dette dreier seg om en del av gjerningsbeskrivelsen eller om det utgjør legaldefinisjoner med de konsekvensene dette har for strafferettslige spørsmål som forholdet mellom rettsvillfarelse og faktisk villfarelse. Dette bør kommenteres i den videre lovforarbeidene. Vi stiller ellers spørsmål ved om det klargjør særlig mer enn det forvirrer når definisjonene av "precise" og "significant" som språklig sett omgjøres til å utgjøre definisjoner på "opplysninger" og "egnet til å påvirke kursen". En mer omfattende redegjørelse i lovforarbeidene som setter kommisjonsdirektivets definisjoner i kontekst vil, slik vi ser det, fremstå som bedre i alle henseende.

ØKOKRIM er ellers uenig i at de nevnte utdypende/presiserende definisjonene "vil klargjøre definisjonen av innsidinformasjon uavhengig av vilkårene", jf høringsnotatet s 22. Bruk av mange, kumulative, skjønnsmessige og strafferettslig ukjente vilkår i lovt tekst bedrer ikke nødvendigvis forutberegneligheten og dermed rettssikkerheten.

Dersom man likevel kommer til at ordlyden i gjeldende § 2-1 må endres som ledd i inkorporeringen, er vårt syn at man i stedet bør vurdere å innta selve vilkårene "significant" og "precise" i lovt teksten, med de utfyllende Level 2-presiseringene i lovforarbeidene. Det bør i så fall som nevnt åpenbart benyttes en annen oversettelse av "significant" enn "vesentlig". Og det bør fremgå på en klar måte i de videre forarbeidene at det ikke er hensikten å gjenopprette rettstilstanden før lovendringen i 2001. Ved en slik fremgangsmåte vil man begrense de problemer vi ovenfor har pekt på, samtidig som norsk rettstradisjon varetas på en bedre måte.

ØKOKRIM støtter Kredittilsynets oppfatning av at vilkåret "directly or indirectly" ikke skal inntas i definisjonen av innsidinformasjon. Både direkte og indirekte handler mv for egen og for fremmed regning omfattes av dagens lovt tekst.

Høringsnotatet foreslår videre at man unnlater å ta inn Direktivets unntak fra anvendelsesområdet, og at man heller beholder den norske misbruksreservasjonen. ØKOKRIM slutter seg til dette, men anser det som hensiktsmessig at det også i lovproposisjonen gis en omtale av Direktivets unntak fra anvendelsesområdet.

Forslagets definisjon - varederivater

De samme argumenter som gjengitt overfor hva gjelder definisjonen for finansielle instrumenter, gjør seg delvis gjeldende også overfor definisjonen for varederivater. ØKOKRIM anser det i utgangspunktet strafferettslig problematisk å avgjøre hva "deltakerne på markedet der derivatene omsettes ville forvente å motta", som "normalt gjøres tilgjengelig ellers skal gjøres offentlig i hht lov, praksis eller annen regulering", i overensstemmelse med "alminnelig akseptert markedspraksis". Forslagets definisjon blir enda mer problematisk strafferettslig ved presiseringene av hva deltakerne "forventes å motta", som også foreslås inntatt i lovt teksten. ØKOKRIM anser det hensiktsmessig at disse nærmere presiseringer kun inntas i forarbeidene. Vi kan ikke se at Norges implementeringsforpliktelser står i veien for en slik fremgangsmåte fordi de

nærmere presiseringer verken innskrenker eller utvider definisjonens anvendelsesområde, jf argumentene ovenfor.

Det er uklart for oss hvilket marked man henviser til i forslagens definisjon. Man benytter formuleringene ”markedet der derivatene omsettes”, jf forslag til ny § 2-2 tredje ledd, videre ”dette markedet”, jf tredje ledd, ”markedet”, jf fjerde ledd” og det aktuelle derivatmarkedet eller det underliggende varemarked” jf fjerde ledd. Det bes presisert i forarbeidene for det første hvilke(t) marked man refererer til og for det andre om formuleringene er ment å ha samme innhold.

Som påpekt av Kredittilsynet, inneholder ikke definisjonen av varederivater nærmere presisering av ”precise”. Vi legger til grunn at formuleringen ”opplysninger” i forslaget til ny § 2-2 tredje ledd tolkes på samme måte som ”opplysninger” i definisjonen for finansielle instrumenter. For å oppnå helhet og unngå tolkningsproblemer, kan man i forarbeidene henviser til tolkningen av tilsvarende begrep i forhold til finansielle instrumenter.

FORBUDET MOT INNSIDEHANDEL

ØKOKRIM ser at ordlyden i Direktivets forbud mot innsidehandel umiddelbart kan synes å indikere krav om årsakssammenheng, jf ”using that information”, men dette fremstår iallfall ikke som særlig klart. Det er på det rene at det ikke eksisterer et krav om årsakssammenheng etter dagens norske bestemmelse. Som Kredittilsynet mener ØKOKRIM at dagens norske rettstilstand bør opprettholdes, jf høringsnotatets sitat fra fortalens 18 avsnitt på s 17. Det sentrale for innsidehandelsforbudets anvendelse bør slik vi ser det fortsatt være at man innehar innsideinformasjon. I praksis vil det lett kunne fremmes, og vi har allerede hørt, anførsler om at innsideinformasjonen uansett ikke utgjorde vedkommendes motiv eller hovedmotiv for transaksjonen. Innføring av et krav om årsakssammenheng i den forstand at innsideinformasjonen må utgjøre motivet eller det vesentligste motivet for handelen, vil slikt sett medføre ytterligere bevisproblemer uansett om anførselene er korrekte eller ikke.

ØKOKRIM legger til grunn at Norge er uten forpliktelse til å innføre krav om årsakssammenheng – selv om direktivet skulle inneholde krav om årsakssammenheng. Vi legger til grunn at forbudet mot innsidehandel er en minimumsbestemmelse, hvilket gir Norge rett til å fastsette strengere nasjonale regler. Innsidehandelsforbud uten krav om årsakssammenheng må anses som en strengere regel for aktørene i markedet enn innsidehandelsforbud med krav om årsakssammenheng. Norge skulle derved under enhver omstendighet ha rett til å fravike Direktivets eventuelle krav om årsakssammenheng. ØKOKRIM mener på denne bakgrunn at dagens rettstilstand og ordlyd i gjeldende § 2-1 bør opprettholdes i forhold til dette spørsmålet.

TAUSHETSPLIKT OG KRAV TIL TILBØRLIG INFORMASJONS- HÅNTERING

ØKOKRIM støtter forslaget i høringsnotatet om utvidelse av personkretsen som er subjekter for krav om taushetsplikt og informasjonshåndtering og om videreføring av gjeldende § 2-2 første ledd.

ØKOKRIM anser forslaget til endret bestemmelse om aktsomhetsplikten, jf utkastets § 2-4 annet ledd, som utfordrende som straffesanksjonert bestemmelse betraktet. Det vises særlig til at formuleringene ”nødvendig grad” og ”effektive rutiner”, jf våre bemerkninger ovenfor angående kumulative skjønsmessige og strafferettslig ukjente vilkår. For så vidt gjelder plikten til å ha effektive rutiner, antar vi at plikt- og ansvarssubjekt i praksis vil være foretak eller ledelse i foretak. Dette i motsetning til den generelle plikten til å utvise tilbørlig aktsomhet, som gjelder for enhver. Dermed kan den foreslåtte ordlyden ”plikter . . . å utvise tilbørlig aktsomhet, herunder i nødvendig grad ha effektive rutiner” muligens misforstås dithen at den ikke gjelder for enhver. Etter vårt syn bør ikke de foreslåtte presiseringene inntas i lovteksten, men derimot i forarbeidene. ”Tilbørlig aktsomhet”-standarder fungerer derimot etter vårt syn tilfredsstillende i dag.

Vi er enige i at straffansvaret for overtredelse av bestemmelsene her bør videreføres. Som nevnt ovenfor hva gjelder forbudet mot innsidehandel, vil skjerping av aktsomhetskravet for personer med særlig kjennskap eller tilknytning til selskapet/instrumentene etter omstendighetene følge av at det strafferettslige uaktsomhetsansvaret tar utgangspunkt i en konkret vurdering, og trenger derfor ikke nevnes eksplisitt.

INNSIDELISTER

Den foreslåtte bestemmelsen om føring av innsidelister skal erstatte gjeldende vphl § 2-2 tredje ledd. Både etter gjeldende og foreslått ny bestemmelse hviler ansvaret for listeføringen på utstederforetaket. Den praktisk viktige forskjellen ligger etter det vi kan se i at forslaget omfatter listeføring av ansatte mv med tilgang til innsideinformasjon i tillegg til dagens § 2-2s krav om listeføring av eksterne med tilgang til innsideinformasjon. ØKOKRIM støtter forslaget om en slik endring.

Det skal likevel bemerkes at enkelte vilkår i bestemmelsen – listen skal være ”ajourført”, den skal oppdateres ”fortløpende” og oppbevares ”på betryggende vis” – er skjønsmessige kriterier som kan være strafferettslig problematiske. Deres nærmere innhold bør derfor presiseres i forarbeidene slik at tilfredsstillende forutsigbarhet oppnås.

Manglende listeføring foreslås straffesanksjonert ved grov eller gjentatt overtredelse. Etter gjeldende § 2-2 tredje ledd strafferammes overtredelse som ikke er grov eller gjentatt. ØKOKRIM har ikke innvendinger mot denne endringen, og antar at den i praksis betyr lite. Vi viser til at plikt- og ansvarssubjektet for alle praktiske formål vil være foretak, og foretaksstraff er i praksis lite aktuelt ved enhver mindre overtredelse av en slik type pliktregel, jf bl a straffeloven § 48b bokstav b. Derimot er det ønskelig at en slik endring som foreslås gis en begrunnelse i lovforarbeidene. En slik begrunnelse vil kunne gi veiledning ved vurderingen av hva som f eks ligger i kriteriet grovt.

UNDERSØKELSESPLIKT

ØKOKRIM slutter seg til forslaget om at primærinnsideres undersøkelsesplikt videreføres.

Kredittilsynet uttaler på dette punkt i høringsnotatet (pkt 6.1) at en ”finner grunn til å understreke at utstederforetak bør ha adekvate rutiner som sikrer at primærinnsidere har kjennskap til innsideinformasjon om foretaket og dets finansielle instrumenter (jf forslaget til ny vphl § 2-4 andre ledd)”. Dette kan forstås slik at det skal følge av utkastets § 2-4 andre ledd at utstederforetakene skal sørge for at alle dets primærinnsidere skal ha den innsideinformasjonen som til enhver tid eksisterer i foretaket. Vi har vanskelig for å se at en slik plikt kan utledes av utkastets § 2-4 andre ledd. Vi stiller også spørsmål ved ønskeligheten og hensiktsmessigheten ved å oppstille en slik plikt, som i praksis vil innebære nærmest det motsatte av ”need-to-know-prinsippet” ved utstederforetakenes interne håndtering av kurssensitive opplysninger. Dersom Finansdepartementet inntar det synet som ligger til grunn for uttalelsen i høringsnotatet, bør dette begrunnes, og det rettslige grunnlaget bør avklares.

RÅDGIVNINGSFORBUD

ØKOKRIM er enig i at rådgivningsforbudet i gjeldende vphl § 2-2 annet ledd bør videreføres.

Det fremstår for oss som noe uklart om Kredittilsynet mener at Direktivets forbud forutsetter årsakssammenheng mellom innsideinformasjonen og rådet. Det heter i høringsnotatet (pkt 7.2) at det ”må vurderes konkret hvorvidt et råd har sin bakgrunn i innsideinformasjon, men ordlyden tilsier ikke en streng tolkning.”. Etter vårt syn kan ordlyden i art 3 b, ”recommending [or inducing] another person, on the basis of inside information”, tilsa et krav om en form for årsakssammenheng.

ØKOKRIM støtter forslaget i høringsnotatet om at det ikke bør oppstilles krav om årsakssammenheng i ny bestemmelse om rådgivningsforbud. Etter vårt syn gjør langt på vei de samme hensyn seg gjeldende her som i forhold til spørsmålet om årsakssammenheng i relasjon til innsidehandelsforbudet, jf våre bemerkninger ovenfor.

Råd om å la være å handle omfattes slik vi forstår det ikke av Direktivets art 3 b, jf ”to acquire or dispose of”. Vi legger imidlertid til grunn at rådgivningsforbudet ikke er en fullharmoniseringsbestemmelse, slik at Norge har adgang til å videreføre en bestemmelse som er strengere enn Direktivets tilsvarende regulering. Som Kredittilsynet anser også ØKOKRIM at råd om ikke å handle bør videreføres i norsk rett. Hensynene bak bestemmelsen samt konsekvensbetraktninger tilsier en slik løsning.

For øvrig synes det å være noe klart utfra ordlyden om tilskyndelsesregelen i gjeldende i vphl § 2-1 krever at den tilskyndede foretar en handel i det aktuelle finansielle instrumentet som følge av tilskyndelsen. Tilsvarende gjelder utfra ordlyden i utkastet § 2-3. Vi viser til omtalen i Bechmann m fl, Verdipapirhandelloven kommentarutgave side 83. Selv om også forsøk på tilskyndelse straffes er tolkingsspørsmålet av praktisk betydning, fordi forsøksstraff forutsetter bevis for forsett mht alle de objektive vilkår. Tolkingsspørsmålet bør avklares i de videre forarbeidene.

Gjeldende bestemmelse om rådgivningsforbud har uttrykket ”må ikke gi råd”. Vi anser dette som bedre egnet uttrykk enn utkastets ”skal ikke gi råd”.

ØKOKRIM mener i likhet med Kredittilsynet at dagens straffesanksjonering bør videreføres.

OFFENTLIGGJØRING AV INNSIDEINFORMASJON

ØKOKRIM har ingen særskilte bemerkninger til forslagene i høringsnotatets kap 8, men viser til våre kommentarer ovenfor hva gjelder definisjonen av innsideinformasjon. Vi antar at også utstedeforetakene vil ha en klar og berettiget interesse i klarest mulig rettstilstand, og mest mulig klare og tilgjengelige bestemmelser, når de skal vurdere hva som er innsideinformasjon og dermed gjenstand for børsrettslig informasjonsplikt.

MARKEDSMANIPULASJON

Definisjonen

Det presiseres i høringsnotatet (side 45) at markedsmanipulasjon i forhold til finansielt instrument notert på Oslo Børs vil være straffbar uavhengig av hvor i EU/EØS-området handlingen utføres, men at vurderingen av hvorvidt adferden er manipulativ etter direktivet vil "kunne avhenge av det aktuelle markedet, både med hensyn til størrelse og karakteristika for øvrig...". ØKOKRIM støtter dette utgangspunktet. Det fremstår imidlertid for oss som uklart om man ved handlinger foretatt i annet EU/EØS-land overfor instrument notert på norsk marked vil måtte forholde seg til adferdsvurderingene i Norge eller i landet der handlingen foretas. Vi antar at det er reglene i Norge som vil gjelde når adferden er relatert til finansielle instrumenter notert her i landet. Dette er et praktisk spørsmål som etter vår mening bør omtales i forarbeidene.

Gjeldende norske bestemmelse rammer "uredelig" påvirkning. Den rettslige standardens innhold eksemplifiseres så i selve bestemmelsen og i forarbeidene. Forslaget til ny definisjon er noe mer omfattende, men mindre utfyllende enn definisjonene etter Direktivet og Level 2-bestemmelsene. Dette er etter vår mening positivt, jf våre bemerkninger hva gjelder definisjon av innsideinformasjon ovenfor. Imidlertid er kriteriene i forslaget definisjon av markedsmanipulasjon problematiske strafferettslig sett – også uten Level 2-presiseringene. Det vises særlig til formuleringene "uriktige eller misvisende signaler", "sikrer" prisen og "unormalt eller kunstig nivå". Det er uklart når prisen blir "sikret" på et "unormalt eller kunstig nivå". Hvilke handlinger utgjør sikring, tidsmessig og kvalitetsmessig? Hva er sammenligningsgrunnlaget for unormalt eller kunstig nivå? Og er det realitetsforskjeller mellom "unormalt" og "kunstig" nivå? F eks er det uklart om man mener det skal være realitetsforskjell mellom begrepene "uriktige" og "misvisende". Samme spørsmål gjør seg gjeldende for forholdet mellom "uriktige" og "villedende" "signaler" i definisjonens annet avsnitt. I tillegg er det for oss vanskelig å se hvorfor man har valgt formuleringen "misvisende" i første avsnitt og formuleringen "villedende" i annet avsnitt. Vi antar at man vil være bedre tjent med samme vilkår i begge deldefinisjoner, med mindre det er ment å skulle være realitetsforskjeller mellom dem. I høringsnotatet fremkommer imidlertid intet som tilsier at dette har vært hensikten. For så vidt gjelder denne bestemmelsen vil omfattende og instruktiv tolkningsveiledning i lovforarbeidene være nærmest en nødvendig vilkår for en strafferettslig håndheving.

Av bestemmelsens siste punktum fremgår at departementet foreslås gitt en forskriftshjemmel for fastsettelse av "nærmere regler om definisjonen av

markedsmanipulasjon”. I så tilfelle vil departementets utfyllende definisjoner etter omstendighetene utgjøre ytterligere kriterier av betydning for straffansvar – og dermed lede til ytterligere utfordringer sett fra en strafferettslig synsvinkel. ØKOKRIM stiller spørsmål om det er nødvendig ut fra Norges implementeringsforpliktelser, eller hensiktsmessig ut fra andre hensyn, at man bygger ut definisjonen av markedsmanipulasjon i forskrift. Så vidt vi forstår skal også eksempler på markedsmanipulasjon inntas i forskrift. På bakgrunn av ovennevnte antas heller ikke dette verken nødvendig eller hensiktsmessig.

ØKOKRIM anser, med det forbehold som ligger i det ovennevnte, som Kredittilsynet at det er uproblematisk å videreføre dagens straffesanksjonering med krav om skyld i den norske manipulasjonsbestemmelsen.

ØKOKRIM er enig i at man ikke bør innta krav om omvendt bevisbyrde i et straffesanksjonert markedsmanipulasjonsforbud. Vi antar for øvrig at uttalelsen i høringsnotatet (pkt 9.2.1) om at ”overtredelse . . . vil være straffesanksjonert . . . noe som i utgangspunktet medfører at tvilsrisikoen bør ligge hos overtreder” skyldes en formuleringsfeil.

Utgangspunktet etter forslaget er at bl a innsidehandelsforbudet og forbudet mot markedsmanipulasjon kommer til anvendelse på varederivater. Hva gjelder innsidebestemmelsene, har man fastsatt egen definisjon for varederivater som avviker fra definisjonen for finansielle instrumenter, jf våre kommentarer ovenfor. Hva gjelder markedsmanipulasjon, har man imidlertid ikke behandlet varederivater separat. ØKOKRIM anser det hensiktsmessig at varederivater så langt det er mulig behandles på tilsvarende måte i begge relasjoner. Dette vil medføre at bestemmelsene fremstår som mer helhetlige og etter vårt syn også kunne bedre forutberegneligheten hva gjelder reglene for varederivater.

Allment akseptert markedspraksis

Transaksjoner etc som fremstår som markedsmanipulasjon etter definisjonens første ledd, vil likevel gå klar av forbudet dersom de er ”i overensstemmelse med alminnelig akseptert markedspraksis”, jf forslaget til ny § 2-8. Slik vi forstår forslaget, skal departementet gis forskriftshjemmel til å fastlegge vurderingskriterier for når det foreligger allment akseptert markedspraksis, jf tredje kommisjonsdirektiv art 2 nr 1. ØKOKRIM stiller spørsmål om det er nødvendig eller hensiktsmessig å foreta slike presiseringer i forskrifts form. Det kan neppe anses nødvendig ut fra Norges implementeringsforpliktelser. Listen i tredje kommisjonsdirektiv er ”ikke-uttømmende”, jf dom i sak C-478/99, Kommisjonen mot Sverige som kommentert innledningsvis. ØKOKRIM anser det som mest naturlig å innta vurderingskriteriene i lovforarbeidene.

Hvorvidt adferden er i samsvar med allment akseptert markedspraksis foreslås etter det vi forstår vurdert på konkret og individuell basis, sml tredje kommisjonsdirektiv art 2 nr 2, basert på nevnte vurderingskriterier. Høringsnotatet legger til grunn at Kredittilsynet skal foreta denne vurderingen på forespørsel fra den enkelte aktør i forkant av at adferden finner sted. ØKOKRIM mener at den skisserte løsning verken er nødvendig ut fra implementeringsforpliktelser eller hensiktsmessig ut fra andre hensyn. For det første tilsier ikke første kommisjonsdirektiv art 2 nr 3 at man skal foreta en individuell, ex ante vurdering av hvert enkelt tilfelle. Ordlyden er at ”the competent authorities” skal

”review regularly the market practices they have accepted”. For det andre anses ikke den skisserte fremgangsmåten for å fremme forutberegneligheten i forhold til hva som er forbudt markedsmanipulasjon. Slike vurderinger vil være konkrete og det vil være begrensede generelle retningslinjer å utlede fra dem. Vi anser det som mer hensiktsmessig at Kredittilsynet utarbeider rundskriv med retningslinjer, slik at aktørene i markedet gis bedre mulighet for å forutberegne egen rettsstilling. For det tredje anser vi fremgangsmåten som lite praktisk. Vi ser at dette etter all sannsynlighet vil dreie seg om et begrenset antall tilfeller. Men vi finner likevel at den foreslåtte fremgangsmåten med konkrete ex ante vurderinger er prinsipielt og praktisk uheldig, også i forhold til straffehåndhevelsen.

Vi er enige i at det bør være unntak fra manipulasjonsforbudet for handlinger etc som er i overensstemmelse med allment akseptert markedspraksis. Etter vårt syn vil slike handlinger anses som redelige og derfor ikke omfattes av dagens manipulasjonsforbud. For å gi aktørene i markedet økt grad av forutsigbarhet og samtidig gjøre bestemmelsen strafferettslig håndterbar, foreslår vi at (1) den rettslige standarden ”uredelig” beholdes i lovteksten, (2) det presiseres i forarbeidene at handlinger etc som er i overensstemmelse med allment akseptert markedspraksis ikke anses som uredelige, (3) istedenfor at departementet gis forskriftshjemmel for fastsettelse av vurderingskriterier, inntas kriteriene i forarbeidene (4) istedenfor at Kredittilsynet skal foreta en individuell, ex ante vurdering av de aktuelle handlinger, utarbeider tilsynet med jevne mellomrom rundskriv til presisering av kriteriet i forhold til gjeldende praksis. I tillegg vil naturligvis Kredittilsynets avgjørelser i saker og rettsavgjørelser være av betydning.

Safe harbours; kursstabilisering og tilbakekjøpsprogrammer

På bakgrunn av at dette er forordningsregler, anser ØKOKRIM i likhet med Kredittilsynet at man bør henvise direkte til forordningens bestemmelser. Vi finner det hensiktsmessig med en presisering i forarbeidene av at bestemmelsene om kursstabilisering og tilbakekjøpsprogrammer ikke kan tolkes antitetisk. Kursstabilisering/tilbakekjøp som ikke gjennomføres i samvar med fremgangsmåten som angitt i forordningen er ikke automatisk uredelig markedsmanipulasjon, men må vurderes konkret.

FORBUD MOT URIMELIGE FORRETNINGSMETODER

ØKOKRIM har ingen bemerkninger til forslaget om videreføring av dagens § 2-5.

ANALYSER OG INVESTERINGSANBEFALINGER

ØKOKRIM anser det hensiktsmessig at nærmere krav til analyser og investeringsanbefalinger inntas i verdipapirhandelloven.

Forslaget til ny § 2-10 er imidlertid problematisk sett fra et strafferettslig ståsted fordi den i likhet med en del andre regler som behandlet ovenfor inneholder kumulative, skjønnsmessige og strafferettslig ukjente vilkår. Det vises særlig til ”sikre” at informasjonen som blir presentert er korrekt, ”klar” måte, egne interesser/interessekonflikter som ”knytter seg til” instrumentene/utstederne. Dersom departementet gis forskriftshjemmel til å ”fastsette nærmere regler til krav til analyser

og investeringsanbefalinger”, vil det kunne oppstilles ytterligere vilkår for straff i forskrifts form, som derved vil gjøre bestemmelsen enda mer problematisk å håndtere strafferettslig sett, jf våre kommentarer til tilsvarende hjemmel for definisjonen av markedsmanipulasjon. Det er ønskelig at man presiserer vilkårene nærmere i forarbeidene

Bestemmelsen foreslås straffesanksjonert, hvilket det etter vårt syn er gode grunner for. Bestemmelsen i straffeloven § 273 vil være delvis overlappende med regelen som foreslått i høringsnotatet, og forholdet mellom de to bestemmelsene, herunder konkurransspørsmålet, bør derfor omtales i den videre forarbeidene.

ØKOKRIM har ikke merknader til forslaget om at straffansvar skal begrenses til grov/gjentatt overtredelse, men anser at dette valget bør kommenteres i lovforarbeidene. For øvrig har det i praksis oppstått spørsmål om forståelsen av kriteriet ”gjentatt” i gjeldende vphl § 14-3, og det ville være hensiktsmessig med en nærmere generell redegjørelse for dette kriteriet i lovforarbeidene.

RAPPORTERINGSPLIKT VED MISTENKELIGE TRANSAKSJONER

ØKOKRIM ser den klare parallellen mellom Direktivets art 6 nr 9 og hvitvaskingsloven, og mener det bør søkes å oppnå en så langt som mulig sammenlignbar tolkning og praksis. Det vil da etter vårt syn være hensiktsmessig å avpasse ordlyden i verdipapirhandellovens rapporteringsplikt til ordlyden i hvitvaskingsloven. Vi foreslår derfor at man benytter formuleringen ”mistanke” som grunnlag for rapportpliktens inntreden, og ikke ”rimelig grunn til mistanke” som er benyttet i høringsnotatet.

Videre foreslår vi at det presiseres i lovteksten hvem som er ansvarlig for rapporteringen til Kredittilsynet. Naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det er den enkelte aktør i markedet som er ansvarlig for rapportering til tilsynet, jf ”den som”, jf forslaget til ny § 2-11 første ledd første punktum. Interne retningslinjer i de foretakene som driver virksomhet i verdipapirmarkedet angir vanligvis at mistanke om uregelmessigheter meldes til compliance-ansvarlig i foretaket. Vi anser det hensiktsmessig av hver enkelt ansatt/oppdragstaker er forpliktet til å rapportere til compliance-ansvarlig (eller annen ansatt med tilsvarende ansvarsområde) og at foretaket anses som rapporteringspliktig til Kredittilsynet. Vi mener en slik løsning vil fungere bedre i praksis og også stemme bedre overens med de praktiske løsninger som finnes i banker mv, der én bestemt ansatt vanligvis er ansvarlig for hvitvaskingsmeldinger til ØKOKRIM.

Vi finner bestemmelsen noe problematisk i forhold til selvinkrimineringsvernet. I følge ordlyden og uttalelser i høringsnotatet skal aktørene ikke være forpliktet til å melde fra om egne overtredelser. Dette utgangspunktet er klart ut fra alminnelige strafferettslige prinsipper. Den nærmere avgrensning kan imidlertid være problematisk. Kredittilsynet skriver på s 72 at ”så lenge megleren ikke har utvist skyld i forbindelse med overtredelsen vil straffansvar for medvirkning i utgangspunktet ikke komme på tale” – og han vil da ha rapporteringsplikt. Grensene for straffbart medvirkningsansvar kan imidlertid være vanskelig å trekke opp. Praktisering av rapporteringsplikten kan derfor være komplisert i forhold til selvinkrimineringsvernet. Dette vil være tilfelle også på andre rettsområder der aktørene er underlagt rapporteringsplikt, og er ikke til å unngå.

ØKOKRIMs syn er at enkelte problemer kan avskjæres ved at foretaket/dets compliance-ansvarlige gjøres til rapporteringspliktige i stedet for den enkelte aktør som utfører de aktuelle transaksjoner mv, jf ovenfor.

Om forholdet mellom Direktivets art 6 nr 9 og gjeldende hvitvaskingslov heter det i høringsnotatet under pkt 13.1 at det prinsipielt må skilles mellom "primærlovbrudd" og "sekundærlovbrudd", men at "undertiden vil likevel en og samme handling kunne rammes av begge regelsettene, for eksempel der det kjøpes finansielle instrumenter på innsideinformasjon og finansieringen er utbytte fra en annen straffbar handling". Videre heter det i høringsnotatet under pkt 13.3 at

"Reglene i hvitvaskingsloven tar i første rekke sikte på å ramme "avledede" straffbare handlinger. Nærmere bestemt forutsetter hvitvasking at det har blitt begått en annen straffbar handling. Mistenkte tilfeller av innsidehandel og markedsmanipulasjon vil derimot typisk være "primærlovbrudd". I praksis antas ikke hvitvaskingsloven og gjennomføringsbestemmelsen i vphl, å føre til mange tilfeller av dobbelrapportering av samme forhold."

Rapporteringsplikten i medhold av hvitvaskingsloven § 7 er ikke begrenset til hvitvaskingshandlingen. Meldeplikten gjelder ved "mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av en straffbar handling", uavhengig av om den straffbare handling har funnet sted tidligere eller om den finner sted i og med den meldepliktige transaksjonen. "Utbytte" omfatter etter omstendighetene også f eks aksjer som erverves ved innsidehandel. Verdipapirforetakenes håndtering av kundeordre for en investor som begår innsidehandel vil dermed i praksis i seg selv medføre meldeplikt etter hvitvaskingsloven. Eksemplet i høringsnotatet med finansiering fra en annen straffbar handling er således misvisende og gir uttrykk for en gal rettsoppfatning.

Dette innebærer i praksis etter det vi kan se at antall tilfeller hvor det skal "doppelrapporteres" antas å bli større enn det som antydes i høringsnotatet.

Det er etter vårt syn ønskelig, også mht forståelsen av meldeplikten etter hvitvaskingsloven, at det ovennevnte reflekteres i de videre forarbeidene.

UNNTAK FRA DIREKTIVET

ØKOKRIM har ingen bemerkninger til forslaget til ny § 2-13.

MELDEPLIKT

ØKOKRIM støtter forslaget om videreføring av dagens meldepliktbestemmelse med de endringer som foreslås inntatt i lovteksten. På basis av vårt erfaringsgrunnlag foreslår vi en tilføyelse i § 3-1 annet ledd. Annet ledd viser bla til "...opsjoner og tilsvarende rettigheter knyttet til aksjer som nevnt i første ledd". Vi foreslår tilføyelse av at "dette gjelder uavhengig av om slike rettigheter gir rett til finansielt oppgjør eller rett til underliggende finansielt instrument ved oppgjør". Slik tilføyelse fremgår av Børssirkulære nr 1/2003 og anses etter vårt syn hensiktsmessig. Uten den foreslåtte tilføyelse, gjelder meldeplikten kun opsjoner eller tilsvarende rettigheter som faktisk gir rett til å få aksjer ved oppgjør, dvs at finansielle opsjoner ikke er omfattet. Dagens

løsning anses ikke ønskelig fordi de samme hensyn gjør seg gjeldende ved finansielt oppgjør som ved oppgjør i aksjer. De samme regler burde derfor gjelde i begge tilfeller.

ØKOKRIM støtter forslaget om at "bytte" av instrumenter inntas direkte i ny § 3-1. Vi legger til grunn at både gjensidige aksjeswaper, etablering av gjensidig eierskap mellom ulike foretak og konvertering av konvertible obligasjoner derved vil omfattes. For å oppnå samsvar for de ulike alternativene i utkastets § 3-1 første ledd, bes det inntatt i lovteksten at bestemmelsen gjelder for "selskapets kjøp, salg, bytte eller tegning av egne aksjer og aksjer i selskaper i samme konsern". Forslagets formulering er "handel". Dette er problematisk i forhold til legalitetsprinsippet ved spørsmålet om bytte og tegning skal omfattes av meldeplikt også hva gjelder egne aksjer, jf de spørsmål som har oppstått i forhold til tilsvarende ordlyd i gjeldende § 3-1 første ledd første punktum.

ØKOKRIM anser som Kredittilsynet at tilsvarende endringer/tilføyelser bør foretas i bestemmelsen om flaggeplikt som i bestemmelsen om meldeplikt. Vi er også enig i at dagens straffesanksjonering videreføres.

TILSYN OG SANKSJONER

Generelt

ØKOKRIM har ingen kommentarer til forslaget om at Kredittilsynet skal være "competent authority", og forutsetter det i drøftelsen nedenfor.

Det argumenteres i høringsnotatet med at de ulike forslagene til nye beføyelser for Kredittilsynet er nødvendige for at Norge skal overholde sine implementeringsforpliktelser. ØKOKRIM kan ikke se at alle forslagene er nødvendig ut fra implementeringsforpliktelsene, og savner reelle begrunnelser for at de er påtrengt ut fra andre relevante hensyn.

Mht implementeringsforpliktelsene forstår vi det slik: Det sentrale formålet med "competent authorities" fremkommer i fortalens pkt 36; siden flere forskjellige myndigheter i hvert land kan skape forvirring, skal i hvert fall det endelige ansvar for tilsynet med overholdelsen av bestemmelsene, og for internasjonalt samarbeide, samles ett sted (jf også art 11 nr 1). Om kompetanse/beføyelser krever art 12 nr 1 alle de tilsyns- og undersøkelsesbeføyelser som er nødvendige for at organet kan utøve sine funksjoner. Beføyelsene skal utøves "direkte" (art 12 nr 1 a), "i samarbejde med andre myndigheter eller med markedsvirksomheder" (litra b), "under den kompetente myndigheds ansvar ved uddelegering til sådanne myndigheter eller til markedsvirksomheder" (litra c) eller "ved begæring til de kompetente retslige myndigheder" (litra d). I parentes bemerkt: Sistnevnte uttrykk (på engelsk "the competent judicial authorities") omfatter åpenbart domstolene, slik det forutsettes i høringsnotatets pkt 16.3. Rent språklig, og sammenholdt med ordbruk i andre internasjonale instrumenter, er det imidlertid spørsmål om også påtalemyndighet omfattes. Vi viser særlig til at Den Europeiske konvensjon om gjensidig hjelp i straffesaker (1959), som i hovedbestemmelsen om kompetente rettslige myndigheter i art 1 benytter "judicial authorities" (norsk "rettshåndhevende myndigheter"). Dette omfatter både domstoler og påtalemyndighet. Hvilke beføyelser "competent authority" som et minimum må kunne benytte – alene eller i slikt samarbeide eller slik begjæring

som fremgår av artikkelens nr 1 – fremgår så av art 12 nr 2. Vi stiller på denne bakgrunn spørsmål ved f eks om Kredittilsynet for å tilfredsstille Direktivet må gis hjemmel for å pålegge suspensjon av finansielle instrumenter, jf art 12 nr 2 f, så lenge Oslo Børs har kompetansen og står under Kredittilsynets tilsyn (høringsnotatet side 85).

I høringsnotatet pkt 16.4, under omtalen av Direktivets art 16, oversettes for øvrig ”investigation” med ”etterforskning” (tilsvarende begrepsbruk finnes i notatets pkt 16.7). Selv om begrepet ikke brukes i selve lovutkastet, er det etter ØKOKRIMs syn en uheldig begrepsbruk i forhold til Kredittilsynets forvaltningsmessige undersøkelser. Begrepet har i Norge et innarbeidet innhold som gir klare assosiasjoner til det straffeprosessuelle sporet med tilhørende tvangsmidler og rettssikkerhetsgarantier. Håndhevingsinteresser er ikke tjent med at begrepet utvannes ved at det tas i bruk også utenfor straffesaksbehandling. Den danske versjonen av Direktivet benytter i art 16 ”undersøkelser” og ikke ”etterforskning” (motsatt i fortalens pkt 40, hvor Direktivet sikter til straffeprosessuell etterforskning). Etter vårt syn bør ”undersøkelser” brukes i de videre lovforarbeiders omtale av temaet.

Opplysningsplikt og utleveringsplikt til Kredittilsynet

Etter art 2 litra b) skal Kredittilsynet enten direkte eller i samarbeid med annet myndighetsorgan eller ved å delegere ha kompetanse til å ”demand information from any person (...) to summon and hear such a person” og etter litra a) ”have access to any document in any form whatsoever, and to receive a copy of it”.

ØKOKRIM har ikke merknader til at det innføres en forklaringsplikt overfor Kredittilsynet som foreslått.

ØKOKRIM anser det som hensiktsmessig at selvinkrimineringsvernet inntas i lovteksten, jf ny § 12-3 femte ledd. Formuleringene i forslaget er imidlertid uklare. ”Enhver” kan nekte å forklare seg når det kan utsette ”vedkommende” for administrativ sanksjon eller straff. Ordlyden tilsier at vernet kun gjelder for fysisk person som selv kan utsettes for straff. Det kan stilles spørsmål om vernet også gjelder overfor personers forklaringer som kan lede til administrativ sanksjon eller straff for foretak. Det vil også oppstå problemer i forhold til den nærmere regulering av selvinkrimineringsvernet, for eksempel i forhold til nærstående, sml strpl § 122, og ytterligere unntak/presiseringer i straffeprosessloven. Det bør derfor etter vår mening foretas en mer helhetlig vurdering av hvordan selvinkrimineringsvernet skal innarbeides.

Kredittilsynets kompetanse til bevissikring

Etter Direktivets art 12 nr 2 litra c skal Kredittilsynet, enten direkte eller i samarbeid med annet myndighetsorgan eller ved å delegere, ha kompetanse til å ”carry out on-site inspections”.

I høringsnotatet foreslås at Kredittilsynet gis kompetanse til bevissikring etter mønster av konkurranseloven. I praksis dreier det seg om et ransakingslignende inngrep som skal kunne anvendes ved rimelig grunn til å anta (altså ikke sannsynlighetsovervekt for) at adferdsbestemmelsene i vphl kap 2 er overtrådt rent objektivt. Dette gjelder også mindre alvorlige overtredelser enn innsidehandel og markedsmanipulasjon. Begrunnelsen synes å være at kompetansen er nødvendig ut fra Norges

implementeringsforpliktelser. ØKOKRIM stiller spørsmål om dette er korrekt, og om hvorvidt den foreslått kompetansen er nødvendig eller hensiktsmessig ut fra andre hensyn. Drøftelsen i høringsnotatet på dette punkt fremstår etter vårt syn ikke som tilstrekkelig for å begrunne en så vidtgående fullmakt.

Det kan etter vårt syn stilles spørsmål om formuleringen "on-site inspections" tilsier at Kredittilsynet gis kompetanse til bevissikring som foreslått. Etter vår mening vil naturlig språklig og kontekstuell oversettelse være "stedlig tilsyn" eller "inspeksjon" (hvilket Kredittilsynet er gitt hjemmel til i kredittilsynsloven). Dette er for øvrig etter vårt syn i samsvar med den danske versjonen av direktivbestemmelsen som lyder "kontrollundersøgelser på stedet".

Kredittilsynet anfører for øvrig som argument for at bevissikringshjemmel er påkrevet utfra implementeringsforpliktelser, at man "anmelder tilfeller av innsidehandel mv til ØKOKRIM, men har etter dette intet overordnet ansvar for sakens videre gang." Vi kan ikke se argumentets verdi i denne sammenheng. Det er så langt vi kan se ikke krav etter Direktivet at Kredittilsynet her skal ha det overordnede ansvar i saksbehandlingen. Som nevnt vil implementeringsforpliktelsen etter vårt syn ikke bare være oppfylt dersom Kredittilsynet gis direkte kompetanse, men også om tilsynet gis den aktuelle kompetanse i samarbeid med andre myndighetsorganer, herunder politi/påtalemyndighet.

Forutsatt at norsk lovgiver står fritt i forhold til spørsmålet om innføring av en bevissikringshjemmel for Kredittilsynet, er ØKOKRIMs utgangspunkt at ethvert fornuftig tiltak som er påkrevet for en bedre samlet håndhevelse er at det gode. Men vi stiller spørsmål ved behovet for og hensiktsmessigheten ved at Kredittilsynet gis en slik kompetanse som foreslått. Den klare hovedregelen i norsk rett er at ransaking anses som så inngripende overfor borgerne at det er forbeholdt tilfelle hvor det foreligger skjellig grunn til mistanke om handlinger som kan medføre frihetsstraff, jf straffeprosessloven § 192. Dette i et straffeprosessuelt regime med et stort antall regler og prinsipper som til sammen utgjør en balansert helhet av beføyelser for myndighetene og rettigheter for den strafforfulgte og andre.

Høringsnotatets forslag er hentet fra konkurranseretten, hvor tilsvarende bestemmelse kom til ved den nå opphevede konkurranseloven av 11. juni 1993 nr 65 (lovens § 6-2) og ble videreført i någjeldende konkurranselov som § 25, etter grundige og omfattende drøftelser i lovforarbeidene. Hovedbegrunnelsen for konkurranselovens bestemmelse er at "erfaringsmessig finnes ikke bevis i offisielle regnskaper og dokumenter som oppbevares i bedriftens ordinære arkiver. Bevisene finnes regelmessig i notater og opptegnelser som holdes utenfor bedriftens vanlige skriftlige materiale. De er dels blandet sammen med personlige dokumenter, f eks i private mapper, skuffer eller notisbøker. Bevisenes art gjør at de meget lett kan ødelegges når de berørte får den minste mistanke om at de vil bli gjenstand for kontroll", jf Ot prp nr 41 (1992-93) og NOU 2003: 12. Bevissikring i private hjem, som er det mest inngripende, er særskilt begrunnet i Konkurransetilsynets erfaring med at "deltakerne i ulovlig prissamarbeid i større utstrekning oppbevarer inkriminerende informasjon hjemme istedenfor i foretakets lokaler", jf NOU 2003: 12.

Vi ikke se at de samme hensyn gjør seg gjeldende overfor Kredittilsynet. Transaksjonene er i hovedsak godt dokumenterbare via bl a Verdipapirsentralen og Oslo Børs sitt overvåkingssystem (for så vidt gjelder instrumenter notert der). Megler har etter vphl § 9-7 oppgaveplikt og plikt til å foreta lydopptak. Utsteder skal etter forslaget

pålegges å føre lister over personer med tilgang til innsideinformasjon. Etc. Vi viser forøvrig til at konkurranseloven kun gir hjemmel for undersøkelser og reaksjoner overfor foretak, mens verdipapirhandelloven gjelder både overfor foretak og enkeltpersoner. ØKOKRIM anser etter dette, og utfra det som er anført i høringsnotatet, ikke at det foreligger tilstrekkelige reelle argumenter for at Kredittilsynet skal gis bevissikringskompetanse som foreslått.

Kredittilsynets tilgang til elektronisk kommunikasjon

ØKOKRIM har ikke merknader til at Kredittilsynet gis slik direkte kompetanse som foreslått i høringsnotatet. Henvisningene til strpl §§ 118 og 230 hva gjelder politi/påtalemyndighets kompetanse på etterforskningsstadiet er imidlertid feil. Innhenting av de aktuelle opplysninger reguleres i dag av e-kommunikasjonsloven, som gir politi/påtalemyndighet hjemmel for innhenting av den aktuelle informasjon, jf lovens § 2-9 tredje ledd.

Kredittilsynets kompetanse til å kreve opphør av lovstridig praksis mv

Vi påpeker at tvangsfullbyrdelseslovens alminnelige bestemmelser om midlertidig forføyning og arrest må anses for å gi tilstrekkelig kompetanse til at kravet etter Direktivet er oppfylt, sml Kredittilsynets bemerkninger i notatet s 85. Vi kan ikke se anført gode grunner til at Kredittilsynets kompetanse til å begjære midlertidig forføyning og arrest bør utvides i forhold til de alminnelige regler i tvangsfullbyrdelsesloven. Også i denne forbindelse viser Kredittilsynet til Konkurransetilsynets kompetanse i lignende tilfeller og mener at de to organenes kompetanse bør samsvare. Også her ønsker ØKOKRIM å påpeke den betydelige forskjellen som finnes mellom Kredittilsynets og Konkurransetilsynets saksbehandling og inngrep.

Sanksjoner

ØKOKRIM støtter forslaget om å utvide virkeområdet for bestemmelsen om vinningsavståelse, jf høringsnotatets pkt 16.7.3.

Høringsnotatet trekker ingen endelige konklusjoner hva gjelder Kredittilsynets kompetanse til å ilegge (andre) administrative sanksjoner for overtredelse av verdipapirhandellovens bestemmelser, fordi man vil avvente oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets utredning. ØKOKRIM er enig i at dette er hensiktsmessig. Vi vil likevel bemerke allerede nå at vi antar det vil være meget positivt for den samlede håndhevingen at Kredittilsynet gis kompetanse til å ilegge administrative sanksjoner slik disse skisseres i NOU 2003:15. Vi bemerker også at spørsmål knyttet til en mulig kompetansedeling mellom Kredittilsynet og politi/påtalemyndighet av flere grunner bør være gjenstand for grundig gjennomgang og vurdering.

For så vidt gjelder forslaget om videreføring av øvre strafferammer for innsidehandel og markedsmanipulasjon (høringsnotatets pkt 16.7.3), vises til at Straffelovkommissjonen i Delutredning VII Ny straffelov (NOU 2002: 4) fremsetter et begrunnet forslag om at straffetrusselen mot innsidehandel og kursmanipulering skal plasseres i straffeloven, og at strafferammene skal differensieres på linje med formuesforbrytelsene.

MERKNADER AV LOVTEKNISK ART

Henvisninger i (ny) § 14-3 til straffesanksjonerte bestemmelser må omfatte alle vilkår for straff. Følgelig må henvisningene omfatte alle vilkår for straff som fastsatt i lov og forskrift. Kommentarene nedenfor er basert på forslaget i høringsnotatet.

Henvisningen i ny § 14-3 første ledd bør være som følger: "Med bøter eller fengsel inntil seks år, straffes den som forsettlig eller uaktsomt overtrer § 2-3 eller § 2-8, jf forskrift gitt i medhold av denne." Forslagets henvisning til "§ 2-8 eller forskrift gitt i medhold av denne" er ikke korrekt fordi forskriften ikke gir selvstendig straffehjemmel.

Derved må formuleringen i § 14-3 første ledd nr 1 være "..§ 2-11, jf forskrift gitt i medhold av denne" og henvisningen i § 14-3 annet ledd nr 6; "§ 2-10, jf forskrift.."

I § 14-3 første ledd nr 1 henvises til § 12-3. Departementets forskriftshjemmel ser ut til å omfatte fastsettelse av vilkår for straffbarhet etter § 12-3, jf at departementet kan bestemme "nærmere regler om innholdet av opplysningsplikten og krav til behandling av overskuddsinformasjon". Følgende formulering vil da være korrekt: "12-3, jf forskrift gitt i medhold av denne".

Etter § 14-3 annet ledd nr 2 er overtredelse av § 2-6 straffesanksjonert "dersom det foreligger innsideopplysninger i foretaket". Det er neppe tilsiktet realitetsforskjeller mellom formuleringene "innsideopplysninger" og "innsideinformasjon". "Innsideinformasjon" er brukt ellers i lovforslaget. For å oppnå samsvarende begrepsbruk, bør begrepet brukes også i utkastets § 14-3 annet ledd nr 2.

Med hilsen


Einar Høgetveit
ØKOKRIM-sjef


Trond Eirik Schea
førstestatsadvokat