

## **D Ó M U R**

**Héraðsdóms Reykjavíkur 8. júlí 2013 í máli nr. E-1165/2012:**

**Stapi lífeyrissjóður**

*(Ólafur Rúnar Ólafsson hrl.)*

**gegn**

**Fjármálaeftirlitinu**

*(Einar K. Hallvarðsson hrl.)*

Mál þetta, sem dómtekið var 10. júní síðastliðinn, var höfðað 16. mars 2012 af Stapa lífeyrissjóði, Strandgötu 3, Akureyri, gegn Fjármálaeftirlitinu, Höfðatúni 2, Reykjavík.

Stefnandi krefst þess að felld verði úr gildi ákvörðun stjórnar stefnda sem kynnt var stefnanda með bréfi 19. desember 2011 svohljóðandi:

„Stapi lífeyrissjóður skal breyta samningi um rekstur upplýsingakerfa við EJS hf. hið fyrsta. Skal sjóðurinn senda staðfestingu þess efnis til Fjármálaeftirlitsins svo fljótt sem auðið er, eftir að samningi hefur verið breytt. Breytingin skal felast í að í samningi milli Stapa lífeyrissjóðs og EJS hf. skuli kveðið á um:

- Skyldu EJS hf. til að halda lista yfir utanaðkomandi aðila sem hafa aðgang að tölvukerfinu.
- Heimild Fjármálaeftirlitsins til aðgangs að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir sem Fjármálaeftirlitið telur vera nauðsynlegan lið í eftirliti með því sem úthýst er, geti farið fram á vinnustöð hýsingaraðila.

Dagsektir leggjast á tveimur dögum eftir birtingu ákvörðunar þessar fyrir Stapa lífeyrissjóði. Dagsektirnar skulu nema 200 þús. kr. á dag þar til orðið hefur verið við kröfum Fjármálaeftirlitsins um úrbætur.“

Gerð er krafa um að stefnda verði gert að endurgreiða stefnanda 800.000 krónur með dráttarvöxtum frá 20. janúar 2012.

Þá krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda málskostnað ásamt virðisaukaskatti á málflutningsþóknun samkvæmt mati

héraðsdóms.

Af hálfu stefnda er krafist sýknu af öllum kröfum stefnanda og málskostnaðar úr höndum stefnanda að mati dómsins. Til vara er þess krafist að endurgreiðslukröfur stefnanda verði stórlega lækkaðar og að málskostnaður verði felldur niður.

### **Yfirlit málsatvika og ágreiningsefna**

Með bréfi stefnda til stefnanda 11. maí 2011 var farið fram á að stefndi fengi afrit af samningi milli stefnanda og EJS hf., dótturfyrirtækis Skýrr, um útvistun á rekstri upplýsingakerfa. Samningurinn fylgdi bréfi stefnanda til stefnda 16. maí sama ár. Í gögnum málsins kemur fram að stefndi hafði til athugunar hvort samningurinn stæðist 8. gr. leiðbeinandi tilmæla stefnda nr. 1/2005 um rekstur upplýsingakerfa eftirlitsskyldra aðila.

Í bréfi stefnda til stefnanda 30. ágúst 2011 kemur fram að stefndi hefði yfirfarið útvistunarsamning stefnanda við EJS hf. með tilliti til leiðbeinandi tilmæla nr. 5/2005 og heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Í bréfinu kemur enn fremur fram að stefndi telji að í samninginn skorti ákvæði um lista yfir utanaðkomandi aðila, sem hefðu aðgang að tölvukerfinu, og að tilgreint væri í sérstökum lið í samningnum að stefndi hefði aðgang að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir, sem stefndi telji vera nauðsynlegan lið í eftirliti með því sem úthýst sé, geti farið fram á vinnustöð hýsingaraðila. Gerð var í bréfinu krafa af hálfu stefnda um úrbætur á útvistunarsamningnum eigi síðar en 27. september 2011.

Með bréfi stefnda til stefnanda 6. október s.á. er vísað til þess að gerð hafi verið krafa um úrbætur á samningi stefnanda við EJS hf. og að frestur til að verða við því hafi runnið út 27. september s.á. Á grundvelli 1. mgr. 11. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi hafi málið verið sett í dagsektarferli og verði lagt fyrir stjórn stefnanda, að liðnum andmælafresti, að taka ákvörðun um álagningu dagsekta.

Með bréfi stefnda til stefnanda 4. nóvember 2011 var stefnanda veittur viðbótarfrestur til 11. nóvember s.á. til að verða við kröfu stefnda um úrbætur á útvistunarsamningnum.

Dagsektir voru lagðar á stefnanda með ákvörðun stefnda 14. desember s.á., sem stefnanda var tilkynnt um 19. desember s.á., og skyldu þær leggjast á tveimur dögum eftir birtingu ákvörðunarinnar. Stefnandi tilkynnti stefnda með bréfi 26. desember s.á. að samningurinn væri fallinn úr gildi vegna uppsagnar. Stefnandi greiddi 800.000 krónur í dagsektir 20. janúar 2012.

Stefnandi telur hina umdeildu ákvörðun stefnda ólögmeða og að stór annmarki hafi verið á meðferð málsins. Stefnandi kveðst byggja kröfur sínar annars vegar á máls ástæðum sem snúi að formhlið ákvörðunar stefnda og hins vegar að efnisatriðum. Lagaheimild skorti fyrir ákvörðuninni en stefndi geti ekki vísað í reglur sem hafi ekki stoð í öðru en leiðbeinandi tilmælum. Slík tilmæli hafi ekki sama gildi og lög og reglur. Rökstuðning skorti fyrir ákvörðuninni og ekki komi fram á hvaða

grundvelli hún sé reist. Því beri að fella ákvörðunina úr gildi og endurgreiða stefnanda dagsektina sem hann greiddi.

Af hálfu stefnda er vísað til þess að megin ágreiningur í málinu snúist um lagatúlkun. Af hans hálfu er því mótmælt að nokkuð hafi verið ólögmaett við hina umdeildu ákvörðun. Rétttra reglna hafi verið gætt við málsmeðferðina og ákvörðun stefnda hafi verið fyllilega rökstudd. Af hálfu stefnanda hafi aldrei komið fram að ekki væri hægt að framfylgja kröfu stefnda um úrbætur eða breytingar á samningnum og aldrei hafi komið fram að EJS hf. teldi nokkra annmarka á því að verða við þessum kröfum stefnda. Ákvörðun um fjárhæð dagsekta hafi verið tekin út frá alvarleika brotsins og fjárhag stefnanda svo og því að dagsektir verði að hafa varnaðaráhrif. Stefndi mótmælir því að ákvörðunin verði felld úr gildi. Þá mótmælir hann endurgreiðslukröfunni en krefst þess til vara að hún verði lækkuð.

### **Málsástæður og lagarök stefnanda**

Af hálfu stefnanda er vísað til fjölda bréfa og skjala sem gengið hafi á milli málsaðila en af þeim megi draga saman helstu málavexti. Málið megi rekja allt aftur til þess að stefndi hafi gert vettvangsathugun á starfsstöð stefnanda 6. janúar 2011. Starfsmenn stefnda hafi þá mætt á starfsstöð stefnanda og afhent bréf frá 5. janúar s.á. þar sem fram komi *beiðni um afrit af tölvupósti framkvæmdastjóra Stapa lífeyrissjóðs*. Vísað hafi verið í eftirlitsheimildir stefnda samkvæmt lögum um fjármálaeftirlit nr. 87/1998, 8. gr. og 1. og 3. mgr. 9. gr., og um lífeyrissjóði nr. 129/1997, 44. gr.

Stefndi hafi gert kröfu um að stefnandi hlutaðist til um að stefndi gæti komið á starfsstöð EJS hf., aðila sem annast hafi rekstur tölvukerfis fyrir stefnanda samkvæmt samningi um hýsingu, afritun, IP símkerfi og þjónustu frá 3. mars 2010. Stefnandi hafi vegna fullyrðinga starfsmanna stefnda, um að stefndi hefði heimildir til að krefjast aðgangs að gögnum hjá hýsingaraðila, haft samband við EJS hf. og boðaði komu starfsmanna stefnda. Starfsmennirnir hefðu farið þangað og fengið afrit af tölvuskeytum.

Í bréfi stefnda til stefnanda 14. janúar 2011 segi að heimildir stefnda til þessarar gagnaöflunar hjá hýsingaraðila stefnanda byggist á 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Enn fremur sé þar reifað að stefndi geti beitt heimildum 4. mgr. sömu lagagreinar til að afla gagna. Hvergi í þessu bréfi sé vísað til 1. mgr. lagagreinarinnar.

Stefndi hafi með bréfi 11. maí s.á. óskað eftir afriti af samningi stefnanda og EJS hf. um rekstur upplýsingakerfa.

Með bréfi stefnanda til stefnda 16. júní s.á. sé spurt hvort athugun á samningi við hýsingaraðilann nú tengdist þeirri athugun sem gerð hafi verið í byrjun janúar s.á. Stefnandi hafi jafnframt óskað eftir sjónarmiðum stefnda um það hvort stefndi teldi að heimildir hans samkvæmt 9. gr. laga nr. 87/1997 næðu til þess að gera vettvangs rannsóknir á starfsstöðvum aðila, sem eftirlitsskyldir aðilar eigi viðskipti við, án undangengnis dómsúrskurðar um það efni.

Stefndi hafi svarað með bréfi 28. júní 2011. Þar komi fram að beiðni um afrit af samningi stefnanda við EJS hf. mætti að hluta rekja til athugunar, sem gerð hafi verið í janúar, og að ástæða hefði þótt til að kanna samninginn sérstaklega í kjölfar athugunarinnar í janúar, hvort hann væri í samræmi við leiðbeinandi tilmæli stefnanda nr. 1/2005 um rekstur upplýsingakerfa. Í bréfinu sé tekið fram að stefndi hefði heimildir á grundvelli 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 til þess að gera *vettvangs rannsóknir* á starfsstöðvum aðila sem eftirlitsskyldir aðilar eigi viðskipti við.

Stefnandi hafi lýst þeirri skoðun sinni í bréfi til stefnda 30. júní 2011 að hann teldi að samningur sinn við EJS hf. væri í fullu samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti. Stefnandi telji að ákvæði í síðasta lið upptalningar í 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005, um að í samningi skuli kveðið á um heimild stefnda til aðgengis að starfsstöð hýsingaraðila, of viðtækt og ekki samræmast 1., 3. og 4. mgr. 9 gr. laga nr. 87/1998, sbr. breytingarlög nr. 11/2000. Stefnandi hafi lýst því að óeðlilegt væri að fara fram á að aðili setti ákvæði um aðgengi stefnda að starfsstöð hýsingaraðila, en með því væri gerð krafa um að stefnandi eða viðskiptamaður hans afsalaði sér réttindum til að láta reyna á gildissvið 3. og 4. mgr. 9. gr. gagnvart eftirliti stefnda.

Í bréfi stefnda 30. ágúst 2011 sé talið að í hýsingarsamninginn vanti lista yfir utanaðkomandi aðila sem hafi aðgang að tölvukerfinu og lið í samninginn þar sem tilgreint sé sérstaklega að stefndi geti haft aðgang að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir, sem stefndi telji vera nauðsynlegan lið í eftirliti með því sem úthýst sé, geti farið fram á vinnustöð hýsingaraðila. Gerðar hafi verið kröfur um úrbætur og bent á heimildir stefnda til beitingar dagsekta og févítis.

Stefnandi hafi gert athugasemdir við bréf stefnda með bréfi 14. september s.á., m.a. um að ekki hafi komið skýrt fram hvernig það teljist ekki í samræmi við eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti, að ekki sé í samningi við hýsingaraðila ákvæði um aðgang stefnda að starfsstöð hýsingaraðila.

Stefndi hafi tilkynnt stefnanda með bréfi 6. október s.á. að hafið væri dagsektarferli vegna þess að kröfum um úrbætur hafi ekki verið sinnt. Þar segi að lagt muni verða fyrir stjórn, að liðnum andmælafresti, að taka ákvörðun um álagningu dagsekta. Enginn fyrirvari hafi þar verið gerður um að andmæli stefnanda kynnu að hafa áhrif á þessa ákvörðun og því bersýnilegt að andmælarétturinn hafi ekki verið raunverulegur í málinu. Frestur hafi verið veittur til að koma að skriflegum andmælum vegna fyrirhugaðrar ákvörðunar stefnda.

Stefnandi hafi brugðist við þessu með bréfi sama dag með því að óska eftir rök stuðningi stefnda fyrir því hvernig megi á grundvelli samnings stefnanda við hýsingaraðilann draga þá ályktun að rekstur stefnanda sé „óheilbrigður og brjóti í bága við eðlilega viðskiptahætti“. Jafnframt hafi stefnandi spurt hvort stefndi teldi að leiðbeinandi tilmæli væru skuldbindandi með sama hætti og lög.

Stefndi hafi brugðist við því með bréfi 10. október s.á. þar sem hann geri grein fyrir gildi leiðbeinandi tilmæla sinna, þ.m.t. að samningsbundinn aðgangur stefnda í samningi milli stefnanda og útivistunaraðila, sé hluti af skilgreiningu á því hvað teljist vera eðlilegir og heilbrigðir viðskiptahættir í skilningi laga nr. 87/1998. Í bréfinu vísi stefndi til þess að stefnandi hafi í bréfi 30. júní 2011 vefengt heimildir

stefnda samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 og að 8. gr. leiðbeinandi tilmæla stefnda nr. 1/2005 væri ekki í samræmi við heimildir eftirlitsins. Stefndi hafi lýst því yfir í bréfinu að hann fallist ekki á sjónarmið stefnanda um þetta.

Í bréfinu frá 10. október segi stefndi ástæðuna fyrir tilmælum sínum þá að koma í veg fyrir að grípa þurfi til aðgerða gagnvart útvistunaraðila á grundvelli 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Komi slíkt tilvik upp þurfi að huga að því hvort útvistunin sé farin að torvela stefnda eftirlit sitt. Í lok bréfsins segi að stefndi líti alvarlegum augum það viðhorf stefnanda, að stefndi hafi ekki heimild á grundvelli 3. mgr. 9. gr. laganna til að afla gagna og upplýsinga frá útvistunaraðila.

Stefnandi hafi sent stefnda ítarlega rökstudd andmæli sín með bréfi 12. október s.á. Þar segi að stefndi geti ekki með leiðbeinandi tilmælum útvíkkað eftirlitsheimildir sínar með almennri tilvísun til þess hvað stefndi telji eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti. Stefnandi bendi enn fremur á þá mótsögn sem felist í því að krefjast þess að sett sé ákvæði um aðgang stefnda að starfsstöð hýsingaraðila vegna eftirlits, á sama tíma og stefndi lýsti þeirri skoðun sinni að hann hefði þessar heimildir nú þegar með stoð í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Öll gögn séu aðgengileg frá starfsstöð stefnanda, en með aðgangsheimild að starfsstöð hýsingaraðila í samningi, fáist aðeins möguleiki á því að leggja hald á gögn, svo sem að afrita ótilgreindar upplýsingar sem teknar eru úr kerfinu og farið sé með út úr starfsstöð útvistunaraðila til frekari rannsóknar, eða möguleiki til haldlagningar búnaðar og þess háttar í sama skyni. Stefnandi telji að haldlagning verði að fara fram á grundvelli 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 og gildi þá einu hvort slík haldlagning fari fram á starfsstöð stefnanda eða útvistunaraðila.

Í bréfinu lýsi stefnandi því að ekkert benti til þess að krafa stefnda um úrbætur á útvistunarsamningi sé að þessu leyti almenn, því að óvíst sé að sömu kröfu hafi verið beint almennt að eftirlitsskyldum aðilum. Kröfunni sé heldur ekki beint almennt að þeim útvistunarsamningum sem stefnandi hafi við þjónustuaðila, heldur einungis að þeim samningi þar sem tölvuskeyti starfsmanna eru vistuð. Stefnandi telji því að beiting dagsekta feli í sér brot á jafnræðis- og meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga, en leiðbeinandi tilmæli skuli taka til hóps eftirlitsskyldra aðila og ætla verði að sama hljóti að gilda um alla eftirfylgni

Í bréfi stefnda 4. nóvember s.á. kveði við nokkuð nýjan tón en þar sé talið að kröfur stefnda um úrbætur byggist á heimildum stefnda samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Stefndi víki í engu að heimildum sínum samkvæmt 3. mgr. lagagreinar innar. Ekki sé þó getið um fráhrarf frá áður framsettum röksemdum stefnda. Stefndi lýsi því yfir að sé ekki ákvæði í útvistunarsamningi upplýsingakerfis, um aðgang að starfsstöð útvistunaraðila, telji stefndi hættu á að hann geti ekki sinnt lög bundnu hlutverki sínu. Málið hafi þá orðið torskilið fyrir stefnanda þar sem stefndi hafi byggt málalíbúnað sinn ýmist á þeim heimildum sem hann hefði samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 til eftirlits og vettvangsathugana hjá útvistunaraðila eða á því að stefndi gæti ekki sinnt hlutverki sínu til eftirlits hjá útvistunaraðila þar sem 1. mgr. 9. gr. heimili það ekki og því beri nauðsyn til að bæta umkröfðu ákvæði inn í hýsingarsamninginn við EJS hf.

Stefnandi hafi enn sent bréf til stjórnar stefnda 11. nóvember s.á. Þar hafi verið áréttað að haldinn sé listi yfir þá sem aðgang hafi að kerfi því sem úthýst sé. Í bréfinu reki stefnandi sjónarmið sín um að stefndi geti ekki breytt eftirlits

heimildum sínum og útvíkkað þær með leiðbeinandi tilmælum með kröfum um að nýjum eftirlitsheimildum sé bætt í samninga við útvistunaraðila og þær síðan knúnar fram með dagsektum. Auk þess árétti stefnandi fyrri sjónarmið, þ.m.t. að stefndi hafi allar upplýsingar þar sem þær séu aðgengilegar úr starfsstöð stefnanda og útvistunin breyti því ekki aðgengi stefnda að upplýsingum. Stefndi hafi ekki, þrátt fyrir ítrekaðar fyrirspurnir um það efni, getað bent á neinar upplýsingar eða gögn sem útvistunin torveldaði aðgengi að.

Í ákvörðun sinni 19. desember 2011 vísi stefndi til bréfa sinna 30. ágúst, 6. október og 4. nóvember s.á. Enn fremur sé vísað í sjónarmið og andmæli stefnanda og kynnt ákvörðun um dagsektir. Í ákvörðuninni sé ekki að finna tilvísun til réttarreglna sem brotnar hefðu verið og heimili beitingu dagsekta. Ekki sé heldur gerð grein fyrir því á hvaða sjónarmiðum var byggt þegar ákveðin var fjárhæð dagsekta.

Með bréfi 20. desember s.á. hafi stefnandi mótmælt ákvörðun stefnda og krafist rökstuðnings fyrir henni og einstökum efnisþáttum hennar. Rökstuðningurinn væri nauðsynlegur til að geta lagt mat á það hvort höfða ætti mál til ógildingar á ákvörðuninni, en til þess yrði að liggja skýrt fyrir á hvaða sjónarmiðum ákvörðun stefnda byggðisy. Gera yrði ríkar kröfur til rökstuðnings þar sem um væri að tefla refsikennd viðurlög og auk þess endanlega ákvörðun á stjórnarsýslustigi. Því hafi ekki verið fylgt með ákvörðuninni frá 19. desember 2011.

Svar stefnda við beiðni um rökstuðning hafi borist með bréfi 21. desember s.á. Þar sé ekki að finna efnislegan rökstuðning ákvörðunarinnar, hvorki í heild né einstökum efnisþáttum, svo sem á hverju ákvörðun um fjárhæð dagsekta byggðist. Látið sé við það sitja að vísa almennt til þess að í aðdraganda ákvörðunar stjórnar, um að beita dagsektum, hafi verið færð ítarleg rök fyrir ákvörðun stefnda um að krefjast úrbóta. Vísað hafi verið almennt til fyrri samskipta, en þó sérstaklega til bréfs stefnda frá 4. nóvember 2011. Þá sé lýst þeirri skoðun að dagsektir séu lögbundnar þvingunarráðstafanir en ekki refsikennd viðurlög.

Stefnandi hafi tilkynnt stefnda með bréfi 26. desember s.á. að samningur við EJS hf. væri fallinn úr gildi vegna uppsagnar. Stefndi hafi staðfest móttöku bréfsins með bréfi 27. sama mánaðar. Með bréfi 28. s.m. hafi EJS hf. sent stefnda staðfestingu á uppsögn sammingsins.

Í tilefni af því að í fundargerð stjórnarfundar stefnda sé getið um minnisblað, er hafi legið fyrir stjórnarfundum sem tók ákvörðun um dagsektir, hafi stefnandi óskað eftir afriti af því með bréfi 9. janúar 2012. Enn fremur hafi verið spurt um það hvort bréfum stefnanda til stjórnar stefnda 12. október og 11. nóvember 2011 hefði verið komið til stjórnar stefnda, þannig að hún hefði haft tæk á að kynna sér efni þeirra fyrir stjórnarfund 14. desember 2011. Í svarbréfi stefnda 10. janúar 2012 komi fram að bréf stefnanda voru ekki lögð fyrir stjórn stefnda.

Stefnandi hafi sett fram fyrirvara vegna greiðslu dagsekta áður en þær voru greiddar 20. janúar 2012. Stefnandi hafi áskilið sér rétt til að leita endurskoðunar og ógildingar á ákvörðun stefnda sem dómkröfur málsins lúti að. Stefnandi hafi greitt áfallnar dagsektir, 800.000 krónur.

Stefnandi byggir kröfur sínar annars vegar á málsástæðum er snúi að formhlið ákvörðunar stefnda og hins vegar efnisatriðum.

Stefndi sé ríkisstofnun og lúti sérstakri stjórn, sbr. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Ákvörðun stefnda sé stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Með henni hafi stjórn stefnda tekið ákvörðun um skyldur stefnanda og lagt á hann dagsektir til að þvinga þær skyldur fram, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998. Ákvörðun stjórnar um dagsektir feli í sér refsikennnd viðurlög, þar sem áfallnar dagsektir falli ekki niður þótt orðið sé við kröfum stefnda, sbr. 3. mgr. 11. gr. laganna. Í það minnsta sé ákvörðun um dagsektir íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Reglur stjórnarsýsluréttarins og stjórnarsýslulaga gildi því um ákvörðun stefnda sem stefnandi krefjist ógildingar á.

Ákvörðun stefnda um dagsektir hafi byggst á því að kröfum um úrbætur hafi ekki verið sinnt. Stefnandi telji að kröfurnar um úrbætur byggist ekki á lögætum grunni og þar af leiðandi geti ákvörðun um dagsektir, til að knýja fram hinar umþrættu úrbætur, ekki heldur verið lögæt ákvörðun.

Stefnandi telji að þar sem á ákvörðun stefnda séu verulegir annmarkar beri að ógilda hana. Um heimild dómstóla til að ógilda stjórnvaldsákvörðanir sé vísað til dóms Hæstaréttar Íslands frá 1991 á blaðsíðu 1690 í dómasafni. Málshöfðunarheimild sé í 18. gr. laga nr. 87/1998. Ákvörðunin hafi verið birt 19. desember 2011 og sé málshöfðunarfrestur þrjú mánuðir. Stefna í málinu hafi verið birt 16. mars 2012 og sé málið því höfðað innan málshöfðunarfrests.

Stefnandi vísi til þess að annmarki hafi verið við ákvörðunartöku. Samkvæmt 11. gr. laga nr. 87/1998 skuli stjórn stefnda taka ákvörðun um dagsektir, sbr. og 2. gr. reglugerðar nr. 397/2010 um beitingu dagsekta og févítis í opinberu eftirliti með fjármálastarfsemi. Stjórnin sé fjölskipað stjórnvald, stjórnarsýslunefnd, sem taki ákvörðun í málinu. Efnisatriði stjórnvaldsákvörðunar stefnda séu þrenns konar:

- A. Að sett verði í samning við hýsingaraðila ákvæði um skyldu til að halda lista yfir aðila sem aðgang hefðu að tölvukerfinu.
- B. Að sett verði ákvæði í samning um heimild stefnda til aðgangs að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir sem stefndi teldi nauðsynlegan lið í eftirliti með því sem úthýst væri, gæti farið fram á vinnustöð hýsingaraðila
- C. Að stefnandi greiði dagsektir, 200.000 krónur á dag, þar til hann verði við kröfum stefnda, samkvæmt efni A og B.

Þar sem ákvörðun um dagsektir skuli tekin af stjórn stefnda, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998, felist í því að stjórnarmönnum beri hverjum og einum að kynna sér milliliðalaust aðdraganda máls og leggja sjálfstætt mat á sjónarmið og andmæli þess sem ákvörðun beinist að. Þessar kröfur verði leiddar af almennum reglum stjórnarsýsluréttarins og fái frekari stoð í rannsóknarreglu 10. gr. og andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 32. til 34. gr. sömu laga.

Hér verði að gera strangari kröfur en almennt gerist þar sem ákvörðun stefnda, m.a. um dagsektir, feli í sér verulega íþyngjandi ákvörðun sem ekki verði kærð til æðra

stjórnvalds og höfðun ógildingarmáls fresti ekki réttaráhrifum ákvörðunar stefnda. Íþyngjandi ákvarðanir stefnda séu að þessu leyti mun meira íþyngjandi en almennt í stjórnsýslunni og því beri að gera ýtrustu kröfur til málsmeðferðar.

Í málinu liggi fyrir að andmælabréf stefnanda, sem sérstaklega voru stíluð til stjórnar, voru ekki lögð fyrir stjórn við ákvörðun um dagsektir. Því hafi ekki verið haldið fram að stjórn hafi séð bréfin eða kynnt sér efni þeirra áður en ákvörðun var tekin. Ákvörðun stjórnar stefnda byggðist á reifun starfsmanna stefnda á minnisblaði sem stefnandi telji vera ófullnægjandi. Ekki sé lýst rökum og andmælum stefnanda nema að mjög litlu leyti og jafnvel ranghermt um atvik málsins og sjónarmiðum stefnanda ekki komið á framfæri. Stjórnsýslunefndin, sem tekið hafi ákvörðun, hafi gert það án þess að kynna sér viðhlítandi gögn og hún hafi látið hjá líða að taka afstöðu til sjónarmiða stefnanda. Stefnandi hafi mátt hafa réttmætar væntingar um að ítarlegt andmælabréf hans yrði lagt fyrir stjórn. Þar sem stjórn stefnda hafi ekki farið yfir andmæli stefnanda hafi stefnandi ekki notið raunverulegs andmælaréttar. Með því hafi stefndi brotið rannsóknarreglu og andmælareglu stjórnsýsluréttarins. Vegna þessara annmarka í málsmeðferðinni verði að ógilda ákvörðun stefnda í heild.

Enginn rökstuðningur sé fyrir ákvörðun stefnda, hvorki í heild né einstökum efnisþáttum. Þar sem samhliða rökstuðningur hafi ekki fylgt ákvörðun stefnda eigi það að leiða til ógildingar en um sé að ræða íþyngjandi ákvörðun sem sé endanleg á stjórnsýslustigi. Stefnandi eigi að geta af lestri stjórnvaldsákvörðunarinnar metið réttarstöðu sína. Ákvörðun stefnda eigi að uppfylla löggjafarsjónarmið 31. gr. stjórnsýslulaga. Stefnandi hafi óskað sérstaklega eftir rökstuðningi fyrir ákvörðun stefnda og einstökum efnisþáttum hennar.

Svar stefnda sé í bréfi 21. desember 2011 og þar sé efnislegur rökstuðningur fyrir ákvörðun stefnda. Vísað sé almennt til þess að í aðdraganda ákvörðunarinnar hafi verið færð ítarleg rök fyrir því að krefjast úrbóta og vísað almennt til fyrri samskipta. Stefnandi telji tilvísun þessa of almenna.

Fyrri samskipti hafi ekki verið við stjórnsýslunefndina sem tók hina umdeildu ákvörðun, heldur við starfsmenn stefnda og hafi þar verið rætt um ýmis sjónarmið. Af þessu erindi, sem ekki sé hægt að kalla rökstuðning, verði ekki ráðið hvaða sjónarmið hafi ráðið ákvörðuninni. Engin efnisleg afstaða hafi verið tekin til sjónarmiða í andmælabréfum stefnanda eða til röksemdafærslna stefnanda og í engu vikið að ábendingum stefnanda um að stefndi sé í mótsögn við sjálfan sig í þeim bréfum sem vísað sé til í bréfinu frá 21. desember 2011. Því hafi stefnanda verið vandi á höndum að taka afstöðu til réttmætis ákvörðunar stefnda sem hafi verið sérlega bagalegt þegar litið sé til dagsetningarinnar þegar ákvörðun stefnda tók gildi.

Þá hafi hvergi í málinu verið rökstutt á hvaða sjónarmiðum eða matskenndu mæli kvörðum ákvörðun um fjárhæð dagsekta hafi verið tekin. Eftir þeim rökstuðningi hafi þó verið kallað sérstaklega með bréfi stefnanda 20. desember 2011 þar sem óskað hafi verið eftir rökstuðningi á einstökum efnisþáttum ákvörðunar stefnda. Fram hafi komið eftir á, með bréfi stefnda 10. janúar 2012, að tillaga hafi verið um fjárhæð dagsekta 150-200 þúsund krónur og að við ákvörðun fjárhæðar hafi verið litið til sjónarmiða um alvarleika brotsins og fjárhagslegs styrks stefnanda. Í engu hafi verið gerð grein fyrir mati á þessum sjónarmiðum, hvaða þættir hafi þar ráðið

ferðinni, svo sem hvernig fjárhagslegur styrkur stefnanda hafi verið metinn eða innbyrðis vægi sjónarmiða. Ekkert komi fram um það hvort miðað hafi verið við hlutfall af stærðum í rekstri stefnanda. Þá verði ekki ráðið af gögnum málsins að stjórn stefnda hafi lagt sjálfstætt mat á sjónarmiðin um alvarleika brots eða fjárhagslegan styrk.

Stefnanda sé ómögulegt að gera sér grein fyrir því á hvaða grundvelli ákvörðun um fjárhæð dagsekta hvíli. Stefnandi geti því engum efnislegum vörnum komið að í máli þessu um það hvort fjárhæð dagsekta sé of há, hvort jafnræðis hafi verið gætt eða meðalhófs. Meðalhófsregla hafi þó verið brotin með ákvörðun dagsekta, 200.000 krónum, og telji stefnandi að ógilda beri ákvörðunina.

Stefnandi telji jafnframt vera efnislega annmarka á kröfum stefnda um úrbætur og því beri að ógilda ákvörðunina.

Í leiðbeinandi tilmælum nr. 1/2005 sé ekki að finna ákvæði sem undirbyggi kröfu stefnda um að í samningi við EJS hf. skuli vera ákvæði um skyldu félagsins til að halda lista yfir utanaðkomandi aðila sem hafi aðgang að tölvukerfinu. Því sé krafa stefnda að þessu leyti byggð á ólögmatum eða ómálefnalegum sjónarmiðum. Stefndi hafi ekki rökstutt gagnvart stefnanda á hvaða réttarheimild eða grundvelli þessi krafa stefnda byggist. Hins vegar komi fram í andmælabréfi stefnanda til stjórnar stefnda 12. október 2011 að til sé listi yfir einstaklinga með þeim upplýsingum sem krafist sé. Um þetta sé ekki getið í minnisblaði til stjórnar stefnda. Mögulega hefði ákvörðun stefnda orðið önnur ef gerð hefði verið grein fyrir þessu í téðu minnisblaði sem leiði til þess að ógilda beri ákvörðunina. Þar sé aftur á móti minnst á að venja hafi komist á um reglur um slíkt ákvæði. Þessu sjónarmiði hafni stefnandi, enda ekkert sem liggi fyrir um að þessi meinta regla uppfylli kröfur um venju sem réttarheimild. Hvergi sé vísað til þessarar venju í bréfum stefnda til stefnanda. Stefnandi telji samning sinn við EJS hf., eins og hann var, uppfylla reglur tilmæla nr. 1/2005.

Þetta staðfesti svo stóran annmarka á meðferð málsins í heild að ógilda beri ákvörðun stefnda að öllu leyti.

Í minnisblaðinu sé lítillaga vikið að umfjöllun stefnanda um 1., 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998: „Í andmælum sínum virðist sjóðurinn rugla saman heimild til vettvangskannana og heimildar til þess að haldleggja gögn og fjallar í löngu máli um 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 þó að FME hafi aldrei byggt á þeim ákvæðum í máli þessu.“ Þetta sé ekki rétt. Stefndi hafi í bréfi 10. október 2011 sagt að með kröfu sinni um breytingu á samningi vilji stefndi koma í veg fyrir að grípa þurfi til aðgerða gagnvart útivistunaraðila á grundvelli 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998.

Með því að stefndi fullyrði, m.a. í bréfi sínu 28. júní 2011, að hann hafi heimildir til að gera vettvangsrannsóknir vegna ákvæðis 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998, séu engin efnisleg rök fyrir því að krefja stefnanda, að viðlögðum dagsektum, um að breyta samningi sínum við EJS hf. á þá lund sem stefndi hafi krafist. Fallist dómur á röksemdafærslu stefnda um þetta felist í kröfugerð hans um úrbætur og dagsektir skýrt brot á meðalhófsreglu stjórnsýslulaga auk þess að fela í sér mótsögn við lagatúlkun stefnda sjálfs. Stefndi hafi ekki dregið þessa túlkun sína á 3. mgr. 9. gr. til baka. Beri því að ógilda ákvörðun stefnda.

Verði ekki talið að formgallar á umþrættari ákvörðun stefnda leiði til ógildingar hennar, og verði ekki fallist á málsástæður stefnanda að framan um að krafa stefnda sé óþörf vegna túlkunar stefnda á 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998, byggji stefnandi á því að kröfur stefnda fái ekki staðist gagnvart ákvæðum 9. gr. laganna og þeim réttindum sem ákvæði lagagreinarinnar byggist á.

Til að hafna málsástæðum stefnanda hér að framan þurfi að fallast á að stefndi hafi rangt fyrir sér um túlkun valdheimilda sinna samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998.

Með leiðbeinandi tilmælum nr. 1/2005 hafi stefndi víkkað út gildissvið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 þannig að valdheimildir ákvæðisins nái líka til útvistunaraðila, með sama hætti og að hinum útvistaða þætti starfseminnar væri ekki útvistað. Á þessu byggist málátilbúnaður stefnda í bréfi 4. nóvember 2011.

Stefndi hafi lýst þessu þannig að með tilmælum sínum vilji hann koma í veg fyrir að grípa þurfi til aðgerða gagnvart útvistunaraðila á grundvelli 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Komi slíkt tilvik upp þurfi að huga að því hvort útvistunin sé farin að torvelða eftirlit stefnda.

Stefndi byggji á því að með þessum kröfum sé hann að lýsa túlkun sinni á því hvað teljist vera eðlilegir og heilbrigðir viðskiptahættir. Stefndi telji að það séu eðlilegir og heilbrigðir viðskiptahættir að honum sé tryggður aðgangur að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir hans geti farið fram á vinnustöð hýsingaraðila. Stefndi hafi litið til þess að hér sé um að ræða sambærilega heimild og hann hafi samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Sé þessi heimild ekki í útvistunarsamningi, sé hætt við að stefndi geti ekki sinnt lögbundnu hlutverki sínu. Stefndi hafi ekki leitt fram á hvaða lagagrunni eða sjónarmiðum ofangreind túlkun hans um eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti byggist.

Heimildir stefnda til athugana og aðgangs séu skýrar og afmarkaðar í 9. gr. laga nr. 87/1998. Eftir þeim verði stefndi að fara og geti ekki einhliða breytt þeim lagaheimildum, útvíkkað þær eða þvingað eftirlitsskylda aðila í þá veru.

Með þessari túlkun sé stefndi í mótsögn við sinn fyrri málflutning. Með 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 sé þar tilgreindum aðilum ætluð tiltekin réttindi sem þó verði takmörkuð að skilyrðum ákvæðanna uppfylltum. Lagaskilyrðum verði að vera fullnægt og þurfi nokkuð til að koma, sérstaklega ef tilefni á að vera til að beita 4. mgr. 9. gr. Með því að setja fram ákvörðun sína, byggða á ákvæðum leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005, leitist stefndi við að útvíkka eftirlitsheimildir sínar umfram það sem lög heimili og í andstöðu við lögskýringargögn um gildissvið 1. mgr. 9. gr.

Stefnandi fallist ekki á þetta. Honum verði ekki gert, að viðlögðum dagsektum, að krefjast þess af viðsemjendum sínum að þeir afsali sér með samningi réttindum sem þeir njóti samkvæmt almennum reglum réttarríkisins, til að þóknast meintum „eðlilegum og heilbrigðum“ eftirlitshagsmunum stefnda.

Þau gögn og kerfi sem krafa stefnda beindist að séu ekki nein grundvallar- eða mikilvæg gögn fyrir starfsemi stefnanda. Kerfi og gögn sem haldi utan um réttinda

ávinnslu, móttöku iðgjalda og útgreiðslu lífeyrisréttinda og fleira séu ekki vistuð hjá EJS hf. Gögn og tölvukerfi, sem krafist sé aðgangs að, séu fyrst og fremst símkerfi, tölvupóstur, ritvinnsluskjöl, töflureikniskjöl, glærukynningar og þess háttar skjöl. Það sé sammerkt með þessum skjölum að þau hafi að geyma samskipti starfsmanna við aðra, hugverk, minnisblöð, vangaveltur og hugsanir.

Með ákvörðun sinni geri stefndi þá kröfu til stefnanda, að hann, að viðlögðum dag sektum, afsali sér, starfsmönnum sínum og viðsemjendum réttarvernd og möguleika á að láta reyna á réttindi þau sem ákvæði 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 takmarki að einhverju leyti að uppfylltum öðrum lögumætum skilyrðum. Krafa stefnda og ákvæði 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005 standist ekki gagnvart ákvæðum 3. og 4. mgr. 9. gr. laganna og gagnvart almennum reglum um vernd einkalífsins, sbr. til dæmis 228. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. og 71. gr. stjórnarskrár nr. 33/1944 með síðari breytingum.

Stefnandi byggi á því að krafa stefnda fari gegn meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins. Öll skjöl og gögn, sem hýst eru hjá EJS hf., hýsingaraðila, séu aðgengileg frá starfsstöð stefnanda.

Þá andmæli stefnandi röksemdum stefnda um að með því að ákvæði um eftirlits heimildir séu sett í leiðbeinandi tilmæli, sé því slegið föstu hvað séu eðlilegir og heilbrigðir viðskiptahættir. Stefndi hafi ekki vísað til lagaraka um það og því beri að ógilda ákvörðun hans. Stefnandi telji rekstur sinn vera eðlilegan og heilbrigðan.

Kröfur í ákvörðun stefnda séu ekki í samræmi við megintilgang tilmæla nr. 1/2005, að tryggja áfallalausán rekstur, lágmarka rekstraráhættu og að stefndi uppfylli reglur og lagaskyldur. Enginn af þessum verndarhagsmunum geri ákvörðun stefnda nauðsynlega.

Krafa stefnda, sem sett hafi verið fram með umþrættari ákvörðun, sé ekki almenn og ekki hafi verið gerð sambærileg krafa almennt á lífeyrissjóði. Líkur standi til að hið eina tilfelli sem nefnt sé á minnisblaði til stefnda hafi komið til eftir að stefnandi tefldi fram þessum rökum í bréfi 12. október 2011. Ákvörðun stefnda sé gegn meðalhófs- og jafnræðisreglu og beri að ógilda hana.

Greiðslukröfu að fjárhæð 800.000 krónur byggi stefnandi á því að stefndi hafi í skjóli ógildanlegrar og ólögætrar stjórnvaldsákvörðunar gert stefnanda að greiða og tekið við úr hendi hans sömu fjárhæð. Stefnandi hafi gert sérstakan fyrirvara vegna þessa og sé því rétt að krefjast endurgreiðslu fjáris með dráttarvöxtum frá greiðsludegi.

Kröfu um málskostnað byggi stefnandi á reglum einkamálaréttarfarsins. Þar sem stefnandi sé ekki virðisaukaskattskyldur krefjist hann þess að stefndi verði dæmdur til að greiða honum virðisaukaskatt á málskostnað.

Stefnandi byggi málatilbúnað sinn einkum á meginreglum stjórnisýsluréttarins, stjórnisýslulögum nr. 37/1993 og lögum um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi nr. 87/1998. Um dráttarvexti vísist til III. kafla laga nr. 38/2001, sbr. 6. gr. þeirra laga.

Um málskostnað sé vísað til XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, en um kröfu um virðisaukaskatt á málflytningaþóknun sé vísað til laga nr. 50/1988. Um varnarþing vísist til 4. mgr. 33. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

### **Málsástæður og lagarök stefnda**

Stefndi geri athugasemdir við atvikalýsingu stefnanda. Stefndi mótmæli því að málið hafi hafist 6. janúar 2011 eins og stefnandi fullyrði. Málið hafi hafist 11. maí 2011 þegar stefndi hafi óskað eftir samningi um rekstur upplýsingakerfa á milli stefnanda og Skýrr með heimild í 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Stefnanda hafi verið bent á að 8. gr. leiðbeinandi tilmæla fjalli um útvistun upplýsingakerfa og hvaða kröfur væru gerðar til samninga sem eftirlitsskyldir aðilar gerðu við útvistunaraðila.

Málsatvik í öðrum málum hafi gefið stefnda tilefni til að athuga sérstaklega hvernig þessum samningi væri háttað. Stefnandi hafi sent stefnda afrit af samningi um rekstur upplýsingatæknikerfa við EJS hf. frá 16. maí 2011 sem síðar hafi komið í ljós að voru eingöngu drög að samningi. Auk þess hafi stefnandi óskað eftir upplýsingum um hvaða þætti stefndi væri að kanna og hvort slík könnun væri almenn eða beindist sérstaklega að stefnanda.

Stefnanda hafi verið kynnt 30. maí 2011 að könnun stefnda beindist að því hvort samningur stefnanda og EJS hf. um útvistun upplýsingakerfa væri í samræmi við 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005 um rekstur upplýsingakerfa eftirlitsskyldra aðila. Með þessu hafi stefnanda átt að vera ljóst að samningurinn þyrfti að uppfylla þær kröfur sem gerðar væru í tilmælunum. Stefnda hafi borist rétt eintak af samningi stefnanda við EJS hf. um rekstur upplýsingatæknikerfa 7. júní 2011.

Stefndi hafi tilkynnt stefnanda 14. júní s.á. að til skoðunar væri hvort samningur stefnanda um rekstur upplýsingatæknikerfa við EJS hf. væri í samræmi við 8. gr. leiðbeinandi tilmæla um rekstur upplýsingatæknikerfa nr. 1/2005 og heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi.

Framkvæmdastjóri stefnanda hafi óskað eftir því 16. júní 2011 að vera upplýstur um hvort hann væri til sérstakrar rannsóknar og hvort þessi beiðni stefnda væri hluti þeirrar rannsóknar. Þá hafi framkvæmdastjóri stefnanda enn fremur óskað eftir sjónarmiðum stefnda um það hvort hann teldi að heimildir samkvæmt 9. gr. laga nr. 87/1998 næðu til þess að gera vettvangskannanir á starfsstöðvum aðila sem eftirlits skyldir aðilar ættu viðskipti við, án undangengins dómsúrskurðar um það efni.

Með bréfi 28. júní 2011 hafi stefndi upplýst framkvæmdastjórnann um að hann væri ekki til sérstakrar rannsóknar hjá stefnda. Beiðni um afrit af samningi um rekstur upplýsingatæknikerfa milli stefnanda og EJS hf. væri hluti af eðlilegu eftirliti með starfsemi lífeyrissjóða þar sem stefndi teldi tilefni til að athuga hvort samningurinn væri í samræmi við leiðbeinandi tilmæli nr. 1/2005. Í bréfi stefnda 28. júní 2011 hafi fyrirspurn framkvæmdastjóra stefnanda enn fremur verið svarað ranglega á þann máta að stefndi teldi sig hafa heimild til að gera vettvangskannanir á

starfsstöðvum aðila sem eftirlitsskyldir aðilar ættu viðskipti við á grundvelli 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Svar við fyrirspurn þessari hafi þó aldrei verið hluti af rökstuðningi stefnda fyrir kröfu um úrbætur. Stefndi telji hins vegar að eftirlitsskyldum aðilum beri að tryggja að stefndi hafi heimild til þess að athuganir geti farið fram á vinnustöð vistunaraðila, ætli eftirlitsskyldur aðili sér að útvista rekstri upplýsingatæknikerfa.

Hinn 30. júní hafi andmæli stefnanda borist en þar sé vikið að því að leiðbeinandi tilmæli hafi ekki lagastoð og væru ekki skuldbindandi. Hvergi kæmi fram að slíkum tilmælum sé ætlað að auka eða breyta með einhverjum hætti þeim eftirlitsheimildum, sem stefndi hefði lögum samkvæmt. Í andmælum stefnanda hafi enn fremur verið vikið að eftirlitsheimildum stefnda á grundvelli 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Stefnandi hafi réttilega bent á að 3. mgr. 9. gr. laganna veiti stefnda ekki heimild til vettvangskannana. Stefnandi hafi svo ranglega fjallað um að stefndi teldi sér heimilt að leggja hald á gögn án úrskurðar dómara og að þjónustuaðilar væru sviptir möguleikum á að láta reyna á heimildir stefnda. Að auki virtist sem stefnandi gerði ekki greinarmun á vettvangskönnunum samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 og húsleit í samræmi við ákvæði laga um meðferð sakamála samkvæmt 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Að lokum hafi stefnandi lýst því yfir að hann teldi að samningur stefnanda við EJS hf. væri í fullu samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti eins og þeim væri lýst í inngangi tilmæla nr. 1/2005.

Stefndi hafi farið fram á að stefnandi gerði breytingar á samningi sínum við EJS hf. 30. ágúst 2011 þar sem stefndi taldi samninginn vera í ósamræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti eins og þeim væri t.a.m. lýst í leiðbeinandi tilmælum nr. 1/2005. Krafa stefnda um úrbætur hafi snúið að skyldu EJS hf. til að halda lista yfir utanaðkomandi aðila sem hefðu aðgang að tölvukerfinu. Auk þess hafi verið gerð krafa um að EJS hf. yrði gerð ljós skylda þeirra til að láta stefnda í té allar upplýsingar og gögn, sem stefndi teldi nauðsynleg í tengslum við eftirlit og athuganir mála, og að athuganir sem stefndi teldi nauðsynlegar gætu farið fram á vinnustöð EJS hf. Að auki hafi verið óskað frekari upplýsinga sem stefndi taldi skorta. Stefnanda hafi verið gerð grein fyrir því að um væri að ræða kröfu um úrbætur samkvæmt 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998 og að stefndi hefði heimild til að beita dagsektum eftir 1. mgr. 11. gr. laganna ef stefnandi sinnti ekki kröfum um úrbætur. Stefnanda hafi verið gefinn frestur til 27. september 2011 til að verða við kröfum stefnda um úrbætur.

Stefnandi hafi veitt stefnda þær upplýsingar sem óskað hafði verið eftir 14. september 2011. Stefndi hafi talið að stefnandi hefði gefið fullnægjandi upplýsingar sem vörpuðu ljósi á málið og voru frekari athugasemdir ekki gerðar af hálfu stefnda vegna þeirra upplýsinga, enda verði ráðið af skýringum stefnanda að hann hafi verið fyllilega meðvitaður um, nú sem fyrr, hvaða atriði vantaði til að samningurinn uppfyllti kröfur stefnda um úrbætur. Stefnandi hafi hins vegar áréttað þá skoðun sína að samningurinn væri í samræmi við öryggisreglur stefnda og eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti. Stefnandi hafi talið að stefndi hefði ekki fært fullnægjandi rökstuðning fyrir öðru. Þá hafi stefnandi talið óljóst hvað lægi að baki tilvísun stefnda til 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998 og að hótanir stefnda um dagsektir væru ekki í samræmi við þá meðalhöfsreglu sem stefnda bæri að halda í heiðri.

Með bréfi 6. október 2011 hafi stefndi tilkynnt stefnanda að dagsektarferli væri hafið hjá stefnda á grundvelli þess að stefnandi hefði ekki farið að kröfu stefnda um úrbætur á grundvelli 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998 fyrir tiltekin tímamörk. Yrði lagt fyrir stjórn stefnda að liðnum andmælafresti að taka ákvörðun um álagningu dagsekta. Stefnanda hafi af þessu tilefni verið veittur sjö daga frestur til að koma á framfæri sjónarmiðum sínum. Samdægurs hafi stefnandi óskað eftir nánari rökstuðningi stefnda á því hvernig samningur stefnanda við EJS hf. færi í bága við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti. Stefnandi hafi óskað eftir nánari rökstuðningi innan fjögurra daga en væri slíkt ekki mögulegt var óskað eftir því að stefndi tæki tillit til þess og veitti stefnanda lengri frest til að koma að andmælum.

Með bréfi 10. október 2011 hafi stefnanda verið veittur frekari rökstuðningur vegna kröfu stefnda um úrbætur á grundvelli 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998. Þar sé vikið að skuldbindingargildi leiðbeinandi tilmæla og hvernig þau gætu orðið grundvöllur krafna stefnda um úrbætur með tilvísun til heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta, líkt og gert hafi verið með bréfi til stefnda 30. ágúst 2011. Aðgangur stefnda að gögnum og upplýsingum frá eftirlitsskyldum aðilum skyldi ávallt vera hinn sami hvort sem um útvistun á rekstri upplýsingakerfis væri að ræða eða ekki. Stefndi teldi það í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að útvistunarsamningar tryggðu aðgang stefnda að upplýsingum og að athuganir, sem stefndi teldi nauðsynlegar, gætu farið fram á starfsstöð vistunaraðila. Við mat á því hefði stefndi litið til þess að honum væri tryggður aðgangur að starfsstöð eftirlitsskylds aðila í 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Stefndi hefði talið óeðlilegt að eftirlitsskyldur aðili gæti torvelað aðgengi stefnda að upplýsingum og starfsstöð, þar sem upplýsingar eru geymdar, með því að útvista rekstri upplýsingatæknikerfa.

Með andmælabréfi stefnanda 12. október 2011 hafi hann lýst sig ósammála sjónar miðum stefnda. Stefnandi hafi talið að stefndi væri að krefjast þess að stefndi gæti, án þess að leita fyrir fram samþykkis hins eftirlitsskylda aðila eða útvistunaraðilans, fengið aðgang að vinnustöð útvistunaraðilans til að gera þær athuganir sem stefndi teldi nauðsynlegar. Stefnandi hafi svo fjallað ítarlega um 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 þótt kröfur stefnda hafi ekki byggst á þeim heldur hafi þær dregist inn í málsástæður stefnanda vegna eigin fyrirspurna stefnanda. Þá hafi stefnandi enn fremur fjallað um skuldbindingargildi leiðbeinandi tilmæla og dregið í efa að stefndi gæti krafist úrbóta með vísun til þeirra á grundvelli heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahætta þar sem tilmælin gengju of langt. Stefnandi hafi talið stefnda enn fremur brjóta á jafnræðis-, meðalhófs- og varfærnisreglu sem honum bæri að fylgja, þar sem krafa hans væri ekki almenn.

Vegna misskilnings um eðli og rökstuðning krafna stefnda hafi stefndi sent stefnanda bréf 4. nóvember 2011 þar sem lagalegur grundvöllur málsins hafi verið áréttaður og stefnanda gefinn aukinn frestur, eða til 11. nóvember 2011, til að verða við kröfu stefnda um úrbætur. Yrði stefnandi ekki við þeim yrði málið lagt fyrir stjórn stefnda sem tæki ákvörðun um hvort beita skyldi dagsektum til að knýja stefnanda til að fara að ákvörðun stefnda frá 30. ágúst 2011.

Stefnda hafi borist frekari andmæli stefnanda með bréfi 11. nóvember s.á. Stefnandi hafi rakið að til væri listi yfir aðila sem aðgang hefðu að kerfinu þótt ekki væri kveðið á um skyldu til að halda slíkan lista í samningnum. Stefnandi hafi síðan vísað til skilgreiningar laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr.

57/2005 á viðskiptaháttum og hafi hann talið að með tilvísun til þeirrar skilgreiningar gæti stefndi ekki vísað til viðskiptahátta vegna þeirra ákvæða sem stefndi krefðist úrbóta á. Fyrri andmæli stefnanda hafi einnig verið ítrekuð.

Stjórn stefnda hafi tekið ákvörðun um álagningu dagsekta á stefnanda 14. desember 2011, að fjárhæð 200.000 krónur á dag, þar til stefnandi yrði við kröfum stefnda um úrbætur með heimild í 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998. Við ákvörðun stjórnar hafi legið fyrir minnisblað um feril og lagalegan grundvöll málsins. Ákvörðun stjórnar innar hafi verið birt fyrir stefnanda 20. desember s.á.

Með bréfi 20. desember 2011 hafi stefnandi krafist þess að stefndi rökstyddi ákvörðun stjórnar stefnda um að leggja dagsektir á stefnanda og einstaka efnisþætti hennar. Stefnandi hafi talið að ákvörðun stjórnar stefnda um álagningu dagsekta fæli í sér refsikennd viðurlög. Enn fremur hafi stefnandi talið að ómögulegt væri að átta sig á sjónarmiðum þeim sem lögju að baki ákvörðun stjórnar stefnda um álagningu dagsekta þrátt fyrir ítarleg samskipti vegna málsins á fyrri stigum. Stefnandi hafi óskað eftir að rökstuðningur stefnda bærist eigi síðar en 21. desember 2011.

Með bréfi þann dag hafi stefnanda verið tilkynnt að ákvörðun stjórnar stefnda um álagningu dagsekta samkvæmt 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998 væri sökum þess að stefnandi hefði ekki orðið við ákvörðun stefnda um kröfu til úrbóta samkvæmt 2. mgr. 10. gr. sömu laga. Stefnandi hafi enn fremur vísað til fyrri rökstuðnings vegna kröfu hans um úrbætur og þá sérstaklega til bréfs stefnda til stefnanda 4. nóvember 2011. Þá hafi stefnanda verið kynnt að ekkert lægi fyrir í málinu um að EJS hf. væri mótfallið því að breyta samningi sínum við stefnanda auk þess sem stefndi hefði undir höndunum samning annars lífeyrissjóðs við EJS hf., þar sem ákvæðin kæmu fram sem þetta deilumál sneri að. Væri því ljóst að rökstuðningur stefnanda um „praktískan ómöguleika kröfunnar“ ætti ekki við rök að styðjast.

Stefnda hafi borist bréf stefnanda 26. desember 2011 þar sem fram komi að stefnandi hefði orðið við kröfum stefnda á þann hátt að samningi stefnanda við EJS hf. hefði verið sagt upp. Stefnandi hafi óskaði staðfestingar EJS hf. á því til að staðreyna að úrbótum hefði verið lokið og hafi stefnda borist staðfesting á uppsögn samnings milli stefnanda og EJS hf. 28. desember s.á.

Stefndi krefjist sýknu af öllum kröfum stefnanda. Sýknukrafan sé byggð á því að ákvörðun stefnda, sem kröfur lúti að, sé lögmæt og engum annmörkum háð og ekkert tilefni sé til ógildingar hennar. Þá sé krafist sýknu af kröfu stefnanda um endurgreiðslu. Stefnandi telji að lögmætt og réttmætt tilefni hafi verið til að beita stefnanda dagsektum þar sem önnur úrræði hafi ekki komið að notum. Málsmeðferð hafi verið í samræmi við reglur laga nr. 87/1998, reglur stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sem og almennar reglur stjórnarsýsluréttar.

Stefnandi byggir á því að stjórn stefnda hafi ekki farið yfir andmæli stefnanda við töku ákvörðunar. Af hálfu stefnda sé því mótmælt. Ákvörðun stefnda 30. ágúst 2011, þar sem krafist var úrbóta á grundvelli 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998, teljist ekki til meiri háttar ákvörðunar sem bera skuli undir stjórn stefnda til samþykktar eða synjunar samkvæmt 2. mgr. 4. gr. sömu laga, sbr. 3. gr. reglna um störf stjórnar stefnda frá 18. apríl 2008.

Krafa stefnda um úrbætur, sbr. 2. mgr. 10. gr. laga nr. 87/1998, hafi verið byggð á því að samkvæmt 1. mgr. 8. gr. sömu laga beri stefnda að fylgjast með því að starfsemi eftirlitsskyldra aðila sé í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti. Af leiðbeinandi tilmælum stefnda nr. 1/2005, sem sett hafi verið á grundvelli 2. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998, megi ráða hvernig stefndi telji að haga skuli útvistun upplýsingatæknikerfa með tilliti til heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta. Stefndi hafi litið svo á að það væri í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að viðsemjendum eftirlitsskyldra aðila, um útvistun upplýsingatæknikerfa, væri gerð grein fyrir þeim skyldum sem hvíldu á þeim samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Þá telji stefndi það í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að þegar hann óski eftir upplýsingum frá vistunaraðila, geti athuganir stefnda farið fram á vinnustöð hýsingaraðila, sbr. 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005. Stefndi hafi litið til þess að um sé að ræða sambærilega heimild og hann hafi samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 gagnvart eftirlitsskylda aðilanum. Feli 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005 í sér, að ætli eftirlitsskyldur aðili sér að útvista rekstri upplýsingatæknikerfa, beri honum að tryggja stefnda sambærilegan aðgang að upplýsingum og gögnum, líkt og ekki væri um útvistun að ræða. Séu framangreind atriði ekki tryggð í samningi eftirlitsskylds aðila við vistunaraðila sé augljós hættu á að stefndi geti ekki sinnt lögbundnu eftirlitshlutverki sínu. Lagastöð fyrirmælanna sé ótvíræð og hafi einnig verið í fullu samræmi við ákvæði reglugerðar nr. 397/2010.

Stefndi telji að það sé í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að samningur um útvistun upplýsingatæknikerfa eigi að kveða á um að vistunaraðili skuli halda lista yfir aðila sem hafi aðgang að tölvukerfinu. Þannig hafi stefndi talið að það væri í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að eftirlitsskyldur aðili tryggði að rekstur upplýsingakerfa uppfylli allar kröfur sem til hans væru gerðar í tilmælunum, hvort sem rekstri upplýsingakerfa væri útvistað eða ekki, sbr. 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005. Með hliðsjón af þeim öryggissjónarmiðum sem fram komi í 4. gr. tilmælanna, sbr. og því sem stefndi telji góða venju við áhættugreiningu, sbr. 3. gr. sömu tilmæla, hafi stefndi farið fram á að samningur um útvistun upplýsingakerfa skyldi kveða á um skyldu til að halda framangreindan lista. Breyti þá engu hvort slíkur listi hafi verið til þegar krafa stefnda um úrbætur var gerð þar sem af umræddum samningi sjáist ekki að EJS hf. hafi verið skylt að halda slíkan lista, líkt og stefndi hafi farið fram á.

Ákvörðun um dagsektir með heimild í 1. málslið 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998, þar sem aðili hafi ekki sinnt kröfum um úrbætur innan hæfilegs frests, sé sjálfstæð ákvörðun sem stjórn stefnda sé einni heimilt að taka samkvæmt 7. málslið sömu málsgreinar. Við ákvörðun stjórnar stefnda um hvort leggja skyldi á dagsektir, þar sem stefnandi hafði ekki enn orðið við kröfum stefnda um úrbætur, hafi legið fyrir ítarlegt minnisblað um málsatvik, málsmeðferð, lagarök og andmæli stefnanda í málinu. Málið hafi legið þannig fyrir að stjórn stefnda hafi verið meðvituð um þann ágreining í málinu um það hvað teldist til heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta. Eðlilegt sé að starfsmaður og forstjóri stefnda kynni skilmerkilega mál sem lögð eru fyrir stjórn til ákvörðunar og reifi þar öll helstu atriði og málsmeðferð. Stjórn stefnda hafi talið að vel athuguðu máli rétt að leggja dagsektir á stefnanda þar sem ljóst þótti að önnur vægari úrræði hefðu ekki dugað til að knýja fram úrbætur. Um málsatvik sé ekki deilt í málinu heldur um heimild stefnda til að krefjast tiltekinna úrbóta á grundvelli heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr.

87/1998. Stefndi hafni því eindregið að andmælaþreglan eða rannsóknarþreglan hafi verið brotin gagnvart stefnanda. Málið hafi verið ítarlega upplýst áður en ávörðun var tekin. Þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið veitt frekari tækifæri til andmæla eða rannsókn verið ítarlegri leiði það ekki til þess að ákvörðun stefnda beri að ógilda þar sem ekki hafi verið sýnt fram á að málsmeðferðin hafi haft áhrif á niðurstöðu málsins. Málsatvik hafi verið óumdeild en deilt hafi verið um túlkun réttarþreglna. Málið hafi verið nægilega upplýst og ákvæði 13. gr. mæli ekki fyrir um fortakslausan andmælarétt ef afstaða liggur fyrir.

Þá mótmæli stefndi því að ákvörðun stjórnar stefnda um dagsektir feli í sér refsikennd viðurlög. Dagsektir teljist til þvingunarúrræða en ekki til refsikenndra viðurlaga. Stefnandi hafi aldrei lagt fram nein gögn sem sýndu að ómögulegt væri að verða við þeim úrbótum sem stefndi hafi farið fram á.

Stefnandi hafi byggt á því að enginn rökstuðningur hafi fylgt hinni umdeildu ákvörðun, hvorki í heild né einstökum efnisþáttum. Stefndi vísi til þess að lögmætur grundvöllur ákvörðunarinnar og þeirra dagsekta sem um ræði sé sá að stefnandi hafi ekki farið að ákvörðun stefnda um úrbætur. Í bréfi stefnda til stefnanda 21. desember 2011 hafi stefnandi verið gert ljóst að ákvörðun stjórnar um álagningu dagsekta byggði á því að stefnandi hefði ekki farið að ákvörðun stefnda þess efnis að krefjast úrbóta af stefnanda. Stefndi vísi enn fremur til ítarlegs rökstuðnings sem fram hafi komið í málinu, sérstaklega til bréfs stefnda til stefnanda 4. nóvember 2011, þar sem stefnda hafi að auki verið gefinn aukinn frestur til að verða við kröfu stefnda um úrbætur. Stefndi vísi einnig til bréfa sinna til stefnanda 30. ágúst og 10. október 2011. Stefndi hafni því með öllu að regla 22. gr. stjórnsýslulaga um rökstuðning hafi verið brotin. Stefnandi hafi verið ljóst allan tímann hvaða úrbætur stefndi taldi óhjákvæmilegar.

Stefndi hafni því enn fremur að löggjafarsjónarmið 31. gr. stjórnsýslulaga eigi við í málinu þar sem ljóst sé að ekki sé um kærúmál að ræða. Rökstuðningur sem færður er fram eftir á sé meginregla stjórnsýslulaga og hvergi sé í öðrum lögum kveðið á um skyldu stefnda til samhliða rökstuðnings þótt löggjafanum hefði það verið í löfa lagið er hann felldi á brott heimild til að kæra ákvarðanir stefnda til sérstakrar kæruneftndar með lögum nr. 67/2006 um breytingar á lagaákvæðum um fjármálaeftirlit.

Þá byggi stefndi einnig á því að þótt brotið sé gegn reglu stjórnsýslulaga um rökstuðning ákvarðana, leiði það ekki til ógildingar, heldur til þess að frestur til máls höfðunar kynni að lengjast. Ljóst sé að efnisleg niðurstæða stefnda hefði allt að einu verið hin sama og að ekki hvíli skylda á stefnda til að rökstyðja ákvörðunina samhliða kynningu hennar.

Fjárhæð dagsekta hafi verið innan lögmætra marka og ekki sé tilefni til að hnika henni eða lækka. Við ákvörðun stjórnar stefnda um fjárhæð dagsekta hafi verið tekið tillit til fjárhagslegs styrkleika stefnanda og alvarleika brotsins. Við mat á alvarleika brotsins hafi meðal annars verið litið til ákvörðunar stjórnar stefnda á 338. fundi hennar frá 2. desember 2010, þar sem tekin hafi verið ákvörðun um álagningu dagsekta á stefnanda, að undangengnum 10 daga fresti til að verða við kröfum um úrbætur, að fjárhæð 350.000 krónur á dag. Stjórn stefnda hafi talið að brotið sé ekki jafn alvarlegt og brot það sem hafi verið til umfjöllunar á 338. fundi stjórnar stefnda. Niðurstæða stjórnar stefndu hafi því verið að lægri dagsektir skyldi

leggja á að þessu sinni. Stjórnin hafi þannig leitast við að hafa samræmi í ákvörðunum um dagsektir.

Stefnandi byggir einnig á því að ákvörðun stefnda sé haldin efnisannmörkum en því mótmæli stefndi. Stefnandi byggir á því að í leiðbeinandi tilmælum nr. 1/2005 sé ekki að finna ákvæði sem undirbyggja kröfu stefnda um að í samningi við EJS hf. skuli vera ákvæði um skyldu EJS hf. til að halda lista yfir utanaðkomandi aðila sem hafi aðgang að tölvukerfinu. Því sé krafa stefnda byggð á ólögætum eða ómálefnalegum sjónarmiðum. Stefnandi hafni þessari málsástæðu stefnanda. Ákvörðun stefnda byggðist á 1. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998 um heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti og því byggðist hún ekki á ólögætum sjónarmiðum. Í 8. gr. leiðbeinandi tilmæla nr. 1/2005 komi fram að eftirlitsskyldur aðili skuli tryggja að rekstur upplýsingakerfa uppfylli þær kröfur sem til hans eru gerðar í tilmælunum, hvort sem rekstri er útviðað eða ekki. Með hliðsjón af þeim öryggissjónarmiðum sem fram komi í 4. gr. tilmælanna, sem kveði á um að eftirlitsskyldur aðili skuli koma á verkferlum sem tryggi vernd búnaðar, lagna, kerfa og upplýsinga sem séu mikilvæg rekstri aðilans, sbr. 1. gr., fyrir áföllum, mis notkun, óheimilum aðgangi, óheimilum breytingum og skemmdarverkum, telji stefndi að stefnanda hafi mátt vera kunnugt um slíkar kröfur. Niðurstaða athugunar stefnanda á þeim samningi sem legið hafi til grundvallar milli stefnda og EJS hf. hafi verið að samningnum hefði verið áfátt til að hann uppfyllti kröfur um eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti. Styrki það meðal annars það sjónarmið stefnda að stefnandi hafi haldið því fram að slíkur listi hafi í raun verið til hjá EJS. Að mati stefnda sé það hins vegar ekki nægilegt til að uppfylla kröfurnar heldur verði að vera kveðið á um slíka skyldu í útvistunarsamningi. Augljóst sé hversu miklu það varði að kveðið sé á um grundvallaratriði útvistunar af þessu tagi í samningi þannig að eftirlit með því sé tryggt. Varði það augljóslega einnig skyldur eftir öðrum lögum, svo sem um þagnarskyldu eftir lögum nr. 129/1997 um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða.

Stefnanda hafi hins vegar verið gefinn frestur til að bregðast við ábendingum stefnda um hvað stefndi teldi til heilbrigðra og eðlilegra viðskiptahátta samkvæmt framangreindum sjónarmiðum áður en stefndi gerði kröfu um úrbætur á samningnum. Í kjölfar úrbótakröfunnar hafi stefnanda verið veittur aukinn frestur til að bregðast við, áður en stefndi greip til þeirra þvingunarúrræða sem honum eru veitt með 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/1998. Af framangreindu sé ljóst að krafa stefnda hafi hvorki byggst á ólögætum né ómálefnalegum sjónarmiðum. Þá sé enn fremur ljóst að stefndi hafi reynt önnur og vægari úrræði áður en til álagningar dagsekta kom. Stefnandi hafi ekki beitt þeim þvingunarúrræðum sem honum eru falin með lögum fyrr en hann taldi fullljóst að önnur og vægari úrræði myndu ekki duga.

Þá haldi stefnandi því fram að raunverulegur möguleiki sé á því að ákvörðun stjórnar stefnda hefði orðið önnur ef stjórn stefnda hefði verið gerð grein fyrir því að til væri listi yfir einstaklinga með þeim upplýsingum sem krafist sé. Óumdeilt sé í málinu að slíkur listi sé til. Krafa stefnda hafi snúið að því að í samningi milli stefnanda og EJS hf. skyldi kveða á um skyldu EJS hf. til að halda slíkan lista. Breyti þá engu hvort slíkur listi var til staðar þegar krafa stefnda um úrbætur var gerð, enda ljóst að samningurinn kveði ekki á um slíka skyldu og því engin skylda samkvæmt honum til að uppfæra þann lista.

Verði talið að um annmarka sé að ræða að þessu leyti sé hann ekki slíkur að ógilda megi málsmeðferðina og ákvörðun stefnda í heild sinni. Af öllum gögnum málsins sé ljóst að stjórn stefnda hefði allt að einu lagt dagsektir á stefnanda fyrir að fara ekki að ákvörðun stefnda um úrbætur frá 30. ágúst 2011 þótt ákvörðunin hefði eingöngu snúið að aðgangi stefnda að starfsstöð vistunaraðila.

Varðandi umfjöllun í stefnu um 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 og það að engin þörf sé á því að krefja stefnanda um úrbætur á samningnum sé svar stefnda í bréfi 28. júní 2011 vegna fyrirspurnar stefnanda um valdheimildir stefnda. Svárið hafi verið rangt, þ.e. stefndi hafi ruglað saman heimild til vettvangskannana og rétti stefnda til upplýsinga og gagna á grundvelli 3. mgr. 9. gr. laganna. Fyrirspurn stefnanda og svar stefnda hafi eingöngu lotið að heimild stefnda til vettvangskannana, en ekki til húsleitar og haldlagningar gagna í samræmi við lög um meðferð sakamála, sbr. 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Svárið hafi aldrei verið hluti af rökstuðningi stefnda vegna kröfu hans um úrbætur.

Í síðari samskiptum við stefnda hafi rétt lagatúlkun komið fram, þ.e. að kröfur stefnda byggðust á 1. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998, með hliðsjón af leiðbeinandi tilmælum nr. 1/2005 og 1. mgr. 9. gr. sömu laga. Stefndi telji það auk þess vera í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti að eftirlitsskyldir aðilar geri viðsemjendum sínum grein fyrir því hvaða skyldur eru lagðar á þá með samningi um rekstur upplýsingakerfa. Þá sé það alrangt sem stefnandi haldi fram að með því að krefjast þess að útvistunaraðila sé gerð grein fyrir heimildum stefnda samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 sé stefndi að hindra eftirlitsskylda aðila eða viðsemjendur þeirra í því að láta reyna á lögmæti heimilda stefnda. Sama eigi við þó að stefnda sé tryggður aðgangur að starfsstöð útvistunaraðila með samningi í tengslum við lögbundna eftirlitsstarfssemi sína. Heimild 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998 sé meðal annars hugsuð fyrir þau tilvik þegar eftirlitsskyldur aðili meini stefnda að framkvæma vettvangskönnun. Heimildin sé til staðar ef ástæða er til að ætla að athuganir eða aðgerðir stefnda næðu að öðrum kosti ekki tilætluðum árangri og fyrirjáanlegt væri að gagna yrði ekki aflað á grundvelli lagaheimilda eða hótana um dagsektir eða að ástæða væri til að ætla að spjöll yrðu unnin á gögnum eða starfsemi hins eftirlitsskylda aðila. Viðsemjendur eftirlitsskylds aðila hafi ávallt þann kost að láta reyna á heimildir stefnda, til aðgangs að upplýsingum og að athuganir sem stefndi telji vera nauðsynlegan lið í eftirliti með starfsemi sem úthýst er gætu farið fram á starfsstöð viðsemjenda eftirlitsskylds aðila, telji þeir ástæðu til.

Stefnandi byggi einnig á því að þau gögn og kerfi sem krafa stefnda beinist að séu ekki grundvallargögn eða mikilvæg gögn fyrir starfsemi stefnanda. Stefndi hafni þessu en það sé stefnda að meta, en ekki stefnanda, hvað stefndi telji nauðsynleg gögn til að sinna lögboðnu eftirliti sínu.

Stefnandi hafi einnig haldið því fram að stefndi hafi krafist þess af stefnanda að hann afsalaði sér, starfsmönnum sínum og viðsemjendum réttarvernd og möguleika á að láta reyna á réttindi 3. og 4. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998. Þá haldi stefnandi því enn fremur fram að krafa stefnda standist ekki gagnvart 3. og 4. mgr. 9. gr. laganna og almennum reglum um vernd einkalífsins, sbr. t.d. 228. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. og 71. gr. stjórnarskrár nr. 33/1944. Stefndi mótmæli þessum röksemdum stefnanda. Stefndi sé hvorki að krefjast heimildar til húsleitar né til haldlagningar gagna. Ekkert í kröfu stefnda takmarki möguleika

stefnanda, starfsmanna hans eða viðsemjenda hans, á að láta reyna á réttindi sín.

Stefnandi byggir enn fremur á því að stefndi hafi brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga þar sem öll skjöl, sem hýst voru hjá EJS hf., væru aðgengileg frá starfsstöð stefnanda. Stefndi hafni þessu en hann verði að gera þá kröfu að öll viðskiptagögn stefnanda, og annarra eftirlitsskyldra aðila, séu vistuð á miðlægum stað þar sem engin áhætta sé á að þeim verði eytt. Þar sem notendur tölvukerfis stefnanda hafi frjálssar hendur við tiltekt til á sínum starfsstöðvum telji stefndi aðgengi sitt að miðlægri vistun gagnagrunna, þar sem allt sé vistað miðlægt og afritað, mikilvægan. Stefndi geti ekki verið þess fullviss að allar þær upplýsingar sem stefndi gæti talið nauðsynlegar, séu aðgengilegar á starfsstöð eftirlitsskylds aðila, útvesti eftirlitsskyldur aðili rekstri upplýsingakerfa. Stefndi gæti, vegna lögbundins eftirlitshlutverks síns, þurft að sækja eldri gögn en þau sem til staðar væru á starfsstöð eftirlitsskylds aðila sem eingöngu væru til á frítum sem nauðsynlegt gæti reynst að endurreisa aftur í sitt upprunalega form.

Stefnandi fullyrði að krafa stefnda sé ekki almenn og að sambærileg krafa hafi ekki verið gerð á aðra lífeyrissjóði. Enn fremur fullyrði stefnandi að líkur séu til að tilfellið sem nefnt er í minnisblaði til stjórnar, hafi komið til eftir að stefnandi tefldi fram þessum rökum í bréfi 12. október 2011. Ákvörðun stefnda bryti því gegn meðalhófs- og jafnræðisreglu. Þessu hafni stefndi. Leiðbeinandi tilmæli nr. 1/2005 nái til allra eftirlitsskyldra aðila en ekki eingöngu lífeyrissjóða. Eðli málsins samkvæmt beindust athuganir stefnda í flestum tilvikum að einstökum eftirlitsskyldum aðila í einu. Hafi slík athugun fram að þessu ekki beinst að öðrum lífeyrissjóðum breyti það engu um heimildir stefnda til að hefja slíka athugun hjá stefnanda. Stefndi bendi sjálfur á í bréfi 12. október 2011 að hann hefði rætt við útivistunaraðilann um kröfur stefnda og að útivistunaraðilinn þekkti til kröfunnar. Í málflutningi stefnanda gæti ósamræmis en því sé annars vegar haldið fram að stefndi hafi ekki gert þessar kröfur áður til annarra eftirlitsskyldra aðila og hins vegar að viðsemjandi stefnanda þekki til kröfu stefnda. Sömu kröfur yrðu gerðar af hálfu stefnda til annarra eftirlitsskyldra aðila komi sambærileg tilvik upp.

Varakrafa stefnda byggist á því að endurmeti dómurinn dagsektaákvæði beri að lækka endurgreiðslukröfur því til samræmis.

Af hálfu stefnda sé kröfum um dráttarvexti einnig mótmælt, einkum upphafstíma þeirra, en dráttarvaxtakrafa stefnanda sé ódómhæf, sbr. 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

## **Niðurstaða**

Stefnandi krefst þess að felld verði úr gildi ákvörðun stjórnar stefnda, sem tekin var á stjórnarfundum 14. desember 2011 og tilkynnt stefnanda með bréfi stefnda 19. sama mánaðar. Með ákvörðuninni var lagt fyrir stefnanda að breyta samningi um rekstur upplýsingakerfa við EJS hf. hið fyrsta. Samningnum skyldi breyta þannig að í honum væri kveðið á um skyldu EJS hf. til að halda lista yfir utanaðkomandi aðila sem hefðu aðgang að tölvukerfinu. Einnig skyldi þar kveðið á um heimild stefnda til aðgangs að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir, sem stefndi telji nauðsynlegan lið í eftirliti með því sem úthýst sé, geti farið fram á vinnustöð

hýsingaraðila. Dagsektir skyldu leggjast á tveimur dögum eftir birtingu ákvörðunar innar fyrir stefnanda og skyldu þær nema 200.000 krónum á dag þar til stefnandi hefði orðið við kröfum stefnda um úrbætur.

Ákvörðun um dagsektir er byggð á því að stefnandi hefði ekki orðið við kröfum stefnda um úrbætur vegna samnings stefnanda við EJS hf. um útvistun og rekstur upplýsingakerfa. Í 8. gr. leiðbeinandi tilmæla stefnda nr. 1/2005 um rekstur upplýsingakerfa eftirlitsskyldra aðila frá 1. júní 2005 segir að eftirlitsskyldur aðili beri ábyrgð á því að rekstur upplýsingakerfa uppfylli allar kröfur sem til hans eru gerðar í tilmælunum. Skriflegur samningur skuli liggja fyrir til að tryggja þetta. Skuli samningurinn meðal annars tryggja aðgang stefnda að upplýsingum frá vistunaraðila og að athuganir, sem stefndi telji vera nauðsynlegan lið í eftirliti með eftirlitsskylda aðilanum, geti farið fram á vinnustöð vistunaraðila.

Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, sbr. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 67/2006, skal stefndi athuga rekstur eftirlitsskyldra aðila svo oft sem þurfa þykir. Þeim er skylt að veita stefnda aðgang að öllu bókhaldi sínu, fundar gerðum, skjölum og öðrum gögnum í vörslu þeirra er varða starfsemi sem stefndi telur nauðsynlegan. Vegna starfsemi sinnar getur stefndi gert vettvangskannanir eða óskað upplýsinga á þann hátt og svo oft sem hann telur þörf á.

Stefnda er heimilt samkvæmt 2. mgr. 8. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 11/2000, að gefa út og birta opin berlega almenn leiðbeinandi tilmæli um starfsemi eftirlitsskyldra aðila, enda varði málefnið hóp eftirlitsskyldra aðila.

Komi í ljós að eftirlitsskyldur aðili fylgi ekki lögum og öðrum reglum, sem gilda um starfsemi hans, skal stefndi krefjast þess að úr sé bætt innan hæfilegs frests, sbr. 1. mgr. 10. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, sbr. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 11/2000. Stefndi getur samkvæmt 1. mgr. 11. gr. sömu laga, sbr. 1. mgr. 5. gr. laga nr. 67/2006, lagt dagsektir á aðila veiti hann ekki umbeðnar upplýsingar eða sinni ekki kröfum um úrbætur innan hæfilegs frests. Ákvæðið tekur jafnt til eftirlitsskyldra aðila sem og einstaklinga og lögaðila sem falla undir lög er stefnda er ætlað að framkvæma. Sama gildir um aðila er veitt geta upplýsingar í þágu athugana samkvæmt ákvæðum laganna eða sérlaga.

Samkvæmt þessu hefur stefndi víðtækar heimildir til eftirlits og aðgangs að upplýsingum og gögnum eftirlitsskyldra aðila í samræmi við framangreind lagafyrirmæli sem gilda í þeim efnum. Eins og að framan er rakið er hin umdeilda ákvörðun stefnda byggð á því að stefnanda hafi borið að hafa ákvæði í útvistunarsamningi við EJS hf. sem stefndi telur að nauðsynlegt hafi verið að hafa þar til að tryggja að lögbundið eftirlit stefnda gæti farið fram þrátt fyrir að gögn hefðu verið vistuð í tölvukerfum hjá hýsingaraðila. Af hálfu stefnda hefur komið fram að aðgangur hans að gögnum og upplýsingum frá eftirlitsskyldum aðilum verði að vera sá sami hvort sem um útvistun á upplýsingakerfi sé að ræða eða ekki til þess að stefndi geti sinnt lögbundnu hlutverki sínu.

Engar röksemdir hafa komið fram af hálfu stefnanda sem hnekkja þessu og engin gögn hafa verið lögð fram af hans hálfu sem staðfesta þá staðhæfingu hans að stefndi geti haft sama aðgang að gögnum hjá stefnanda og hjá hýsingaraðila. Í samningnum kemur meðal annars fram að markmiðið með honum sé að veita þjónustu

kaupa öruggan og hagkvæman rekstur tölvukerfa. Í viðaukum við samninginn eru taldir ýmsir þjónustubættir, svo sem hýsing á léni, tölvupósti, skráarsvæði, vistun á búnaði og afritun gagna. Stefnandi hefur útskýrt í málalíbúnaði sínum að gögn og tölvukerfi, sem krafist sé aðgangs að, séu fyrst og fremst símkerfi, tölvuskeyti og ritvinnslu- og töflureikniskjöl. Þessi skjöl hafi að geyma samskipti starfsmanna við aðra, hugverk og minnisblöð. Um aðgang að tölvuskeytum gilda sömu reglur og um önnur gögn og hvað varðar eftirlitsheimildir stefnda.

Að öllu þessu virtu verður að telja að fram hafi komið með nægilega skýrum hætti að stefndi hefði ekki tryggt aðgang að upplýsingum og gögnum stefnanda hjá hýsingaraðila, sem stefnda var nauðsynlegt að hafa til að hann gæti gegnt lögboðnu eftirlitshlutverki sínu, nema ákvæði væri um slíkan aðgang í samningi stefnanda við hýsingaraðilann.

Með vísan til alls þessa verður ekki fallist á að ólöglegt hafi verið af hálfu stefnda að krefjast þess af stefnanda að viðlögðum dagsektum að hann hefði framangreind ákvæði í þjónustusamningnum við EJS hf. um skyldu til að hýsingaraðilinn héldi lista yfir utanaðkomandi aðila sem hefðu aðgang að tölvukerfinu, um heimild stefnda til aðgangs að upplýsingum frá hýsingaraðila og að athuganir stefnda gætu farið fram á vinnustöð hýsingaraðila. Með því er einnig hafnað að krafa stefnda á hendur stefnanda um tilgreindar úrbætur á samningnum hafi verið byggð á ólöglegum og ómálefnalegum sjónarmiðum eða að beitt hafi verið rangri lagatúlkun við meðferð og úrlausn málsins, eins og haldið er fram af hálfu stefnanda að gert hafi verið.

Samkvæmt þessu er ekki fallist á þá málsástæðu stefnanda að ákvörðun stefnda um úrbætur á samningnum byggist ekki á löglegum grunni. Með tilliti til þess verður á sama hátt ekki talið að ákvörðun stefnda um dagsektir hafi ekki verið lögleg ákvörðun. Þá verður ekki fallist á að með aðgangi stefnda að upplýsingum, sem hér er ræddur, eða eftirliti sé brotið á rétti stefnanda, hýsingaraðilans eða annarra, eins og málalíbúnaður stefnanda er byggður á, enda hafa engar haldbærar röksemdir komið fram fyrir því. Hér verður einnig að telja að ekki hafi komið fram viðhlítandi rök fyrir því að með aðgangi stefnda að þessum gögnum eða eftirliti sé ástæða til að ætla að brotið verði gegn reglum um vernd á friðhelgi einkalífs.

Fjárhæð dagsekta er innan marka sem ákveðin eru í 11. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi og í samræmi við þau sjónarmið sem hafa ber til viðmiðunar við ákvörðun dagsekta, þar með talin þau áhrif sem þeim er ætlað að hafa. Ekki þykja fram komin í málinu nægileg rök fyrir því að stjórn stefnda hafi ekki kynnt sér gögn málsins með viðhlítandi hætti áður en hún tók ákvörðun í því. Staðhæfingar stefnanda í þeim efnum verður að telja ósannaðar. Telja verður að stjórn stefnda hafi með fullnægjandi hætti tekið afstöðu til sjónarmiða stefnanda með því að ekki var fallist á þau. Með vísan til þessa verður að hafna því að stefndi hafi brotið gegn rannsóknarreglu og andmæla-reglu stjórnsýsluréttar á þann hátt sem haldið er fram af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þess sem fram kemur í gögnum málsins um lagalegar ástæður fyrir því að dagsektum var beitt þykir rétt að líta svo á að viðhlítandi rök hafi komið fram fyrir þeirri ákvörðun stjórnar stefnda sem tekin var og að stefnanda hafi mátt vera þau alveg ljós þannig að hann gæti metið réttarstöðu sína. Ákvörðun um fjárhæð dagsekta er byggð á mati og þykja engin efni til að líta svo á að jafnræðis og meðalhófs hafi ekki verið gætt við ákvörðunina.

Að öllu framangreindu virtu verða engir annmarkar taldir á málsmeðferðinni sem leiða ættu til þess að ákvörðun stjórnar stefnda verði felld úr gildi. Þar sem ekki hefur verið fallist á röksemdir stefnanda fyrir því að ákvörðun um dagsektir beri að fella úr gildi verður heldur ekki fallist á endurgreiðslukröfu hans í málinu.

Með vísan til þess sem hér hefur komið fram ber að sýkna stefnda af kröfum stefnanda í málinu.

Samkvæmt 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 ber að dæma stefnanda til að greiða stefnda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 350.000 krónur.

Dóminn kvað upp Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari.

### **D Ó M S O R Ð:**

Stefndi, Fjármálaeftirlitið, er sýknað af kröfum stefnanda, Stapa lífeyrissjóðs, í máli þessu.

Stefnandi greiði stefnda 350.000 krónur í málskostnað.

Sigríður Ingvarsdóttir.