

## ÁLITSGERÐ

**um drög að samkomulagi um svonefnda Icesave-reikninga í útibúum Landsbanka Íslands hf. í Bretlandi og Hollandi.**

**Beiðni fjárlaganefndar Alþingis 22. desember 2010.**

**Álitsgerð samin af Stefáni Má Stefánssyni, prófessor, Benedikt Bogasyni, héraðsdómara og dósent, Dóru Guðmundsdóttur, aðjúnkt og Stefáni Geir Þórisyni, hrl.**

**Álitsgerð 7. janúar 2011.**

## INNGANGUR.

Með tölvubréfi 22. desember 2010 fól fjárlaganefnd Alþingis okkur undirrituðum að skila álitum um drög að samkomulagi um svonefnda Icesave-reikninga í útibúum Landsbanka Íslands hf. í Bretlandi og Hollandi. Til meðferðar hjá fjárlaganefnd er lagafrumvarp um heimild fyrir fjármálaráðherra til að staðfesta samninga um ábyrgð á endurgreiðslu til breska og hollenska ríkisins vegna Icesave-reikninga (þskj. 546 – 388. mál).

Aðdraganda og efni þeirra samningsdraga sem fjallað er um hér er ítarlega lýst í framangreindu frumvarpi og í fylgiskjali III með frumvarpinu sem ber heitið „Skýringar við samninga Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta og íslenska ríkisins annars vegar og Hollands og Bretlands hins vegar.“ Í erindi fjárlaganefndar er þess farið á leit að við fjöllum um tiltekin atriði sem sett eru fram í staflinu A–H. Hér á eftir fer umfjöllun okkar um þessi álitaeefni.

### A. Hvað tæki við ef samkomulag um Icesave verður ekki staðfest?

Ef deilu vegna Icesave-reikninga í útibúum Landsbanka Íslands hf. verður ekki lokið með samkomulagi eru eftirfarandi viðbrögð fyrirsjáanleg:

1. Bretar og Hollendingar munu mögulega hefja málsókn og halda því meðal annars fram að ríkisstjórn eða ráðherrar hafi gefið bindandi yfirlýsingar um að greiða fjárhæðir sem þeir innleystu. Þessi málsókn yrði sennilega einnig reist á því að íslenska ríkið hefði meðal annars bakað sér skaðabótaskyldu vegna yfirlýsinga ráðherra og sökum þess að íslenska ríkið hafi ekki fullnægt skuldbindingum sínum samkvæmt tilskipun nr. 94/14/EB um innlánatryggingakerfi og beitt innstæðueigendum á reikningum Landsbanka Íslands í Bretlandi og Hollandi ólögumtri mismunum. Mál þetta yrði væntanlega höfðað hér á landi en þó er ekki útilokað að málið yrði höfðað fyrir erlendum dómstól. Í máli af þessu tagi kynni að reyna á EES-reglur og því er hugsanlegt að viðkomandi dómstóll óskaði eftir ráðgefandi álitum frá EFTA-dómstólnum (eða eftir atvikum forúrskurði frá dómstól Evrópusambandsins). Bretar og Hollendingar myndu að öllum líkindum miða við alla þá fjárhæð sem þeir innleystu en ekki einungis við rúmlega 20.000 evrur á hvern innstæðueiganda.
2. ESA mun að öllum líkindum fara af stað með samningsbrotamál gegn Íslandi út af Icesave-deilunni. Stofnunin hefur þegar gert grein fyrir viðhorfi sínu í áminningarbréfi, dags. 26. maí 2010, og reikna má með að hún muni innan tíðar skila rökstuddu álitum. Ef Ísland verður ekki við því álitum má gera ráð fyrir að ESA muni reka mál fyrir EFTA-dómstólnum á hendur Íslandi vegna ætlaðs brots á EES-samningnum. Þó er hugsanlegt er að ESA haldi að sér höndum ef Bretar og/eða Hollendingar höfðu einkamál af þessu tilefni gegn íslenska ríkinu áður en ESA höfðar samningsbrotamál.
3. Líklegt er að Bretar og Hollendingar (og jafnvel aðrar þjóðir) muni halda uppi a.m.k. svipuðu andófi gegn Íslandi og íslenskum hagsmunum og hingað til ef samkomulag verður ekki staðfest. Það hefur birst í andstöðu þeirra við lánveitingar og aðra fyrirgreiðslu, t.d. hjá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum, Evrópska framkvæmdabankanum og

fleiri aðilum. Óljóst er hversu umfangsmiklar slíkar aðgerðir geta orðið eða hve lengi þær munu standi. Þetta gæti valdið Íslandi tjóni en hér verður ekki reynt að leggja mat á eðli eða umfang þess.

Þótt það feli ekki í sér svar við fyrrgreindri spurningu ber að hafa í huga að mál af öðrum toga eru rekin fyrir dómstólum hér á landi sem snerta stjórnskipulegt gildi neyðarlaganna, laga nr. 125/2008, auk þess sem í málunum mun reyna á samrýmanleika þeirra við EES-samninginn. Þessi mál munu halda áfram án tillits til þess hvort deilunni um Icesave verður lokið með þeim drögum að samkomulagi sem nú liggja fyrir. Eftir atvikum verður undir rekstri þessara mála aflað ráðgefandi álits frá EFTA-dómstólum. Þá verður ekki talið útilokað að lánardrottinnar gömlu bankana muni reyna að skapa sér varnarþing erlendis, t.d. með kyrrsetningum eða að reyna muni á neyðarlögin fyrir erlendum dómstólum með öðrum hætti, t.d. í máli um skuldajöfnuð krafna samkvæmt samningi, sem mælir fyrir um lögsögu tiltekins ríkis. Með hliðsjón af ákvæðum laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki með síðari breytingum (einkum breytingum með lögum nr. 130/2010 og lögum nr. 132/2010, sem tóku gildi 16. nóvember 2010), teljum við þó litlar líkur á að það muni takast. Í XII. kafla laga nr. 161/2002 er meðal annars mælt fyrir um slit fjármálafyrirtækja, og innleiða lögin tilskipun 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana sem skipar málum þannig að heimaríki hafi lögsögu og að slit lánastofnana fari í öllum meginatriðum að lögum heimaríkis, sbr. einkum 9. og 10. gr. tilskipunarinnar. Þótt undantekningar séu gerðar frá þeirri meginreglu að lög heimaríkis gildi í 20.-27. gr. tilskipunarinnar, sbr. sambærileg ákvæði 99. gr. laga nr. 161/2002, teljum við að lög og lögsaga annars ríkis taki fyrst og fremst til þess að skera úr réttarágreiningu um efnisinntak þeirra réttinda sem þar er fjallað um (s.s. varðandi tiltekin eignaréttindi) en ágreiningur um úthlutun úr búi fjármálafyrirtækis falli eftir sem áður undir íslenska lögsögu. Við teljum einnig síður líklegt að neyðarlögunum verði hnekkt, svo sem nánar verður rætt undir staflið E. Þetta álit okkar er meðal annars byggt á niðurstöðu Lagastofnunar Háskóla Íslands frá 14. nóvember 2008, auk þess sem höfð er hliðsjón af sömu niðurstöðu ESA frá 15. desember 2010 að því er varðar breytingar á forgangsröð krafna, þannig að innistæður teljist forgangskröfur samkvæmt gjaldþrotaskiptalögum við slit fjármálafyrirtækja.<sup>1</sup> Í þeim efnum ber þó að athuga að ESA taldi sig ekki hafa nægar upplýsingar til að taka ákvörðun um öll atriði þeirra kvartana sem stofnuninni höfðu verið sendar í kjölfar bankahrunsins og neyðarlaganna. Álitafni um hvort íslenska ríkið hafi fullnægt skuldbindingum sínum samkvæmt fyrrgreindri tilskipun um slit lánastofnana að því er varðar hina föllnu banka bíður þannig ákvörðunar ESA í sérstöku máli. Að okkar mati getur þetta atriði þó ekki haft teljandi áhrif hér.

ESA komst að þeirri niðurstöðu í úrlausn sinni frá 15. desember 2010 að innistæðueigendur annars vegar og almennir kröfuhafar hins vegar væru ekki í sambærilegri stöðu og því hefðu úrræði íslenskra stjórnvalda, meðal annars að tryggja forgang innistæðna við slit fjármálafyrirtækja, umfram almennar kröfur, ekki falið í sér mismunun eða hindrun sem bryti gegn 40. gr. EES-samningsins (um frjálsa fjármagnsflutninga) né heldur 16. gr. tilskipunar

---

<sup>1</sup> Sjá 11. og 12. forsendu í niðurstöðu ESA frá 15. desember 2010.

2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana.<sup>2</sup> ESA tók ekki afstöðu til þess hvort ólögmæt mismunun hefði átt sér stað milli innlendra og erlendra innistæðueigenda, en í niðurstöðu sinni frá 26. maí 2010 taldi ESA að íslenska ríkið hefði brotið gegn skuldbindingum sínum samkvæmt tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, einkum 3., 4., 7. og 10. gr. og/eða 4. gr. EES-samningsins (bann við mismunun) að því er varðar lágmarkstryggingu innistæðna að fjárhæð rúmlega 20.000 evrur.

## **B. Hvert er mat á dómstólaleiðinni, kostir og gallar?**

Hér er lagt til grundvallar að með spurningunni sé átt við kosti þess og galla að semja ekki við Breta og Hollendinga en þess í stað treysta á að íslenska ríkið verði ekki talið greiðsluskylt að réttum lögum og að það verði staðfest af dómstólum.

Dómstólaleiðin tryggir lögfræðilega rétta niðurstöðu. Ekki ætti að skipta máli hvort þar er um að ræða íslenskan eða alþjóðlegan dómstól (t.d. EFTA-dómstólinn). Í þeim efnum verður að gera ráð fyrir að íslenska ríkið gæti tapað málum eins og þeim sem lýst er í staflíð A. Þau sem að álitinu þessu standa eru ekki á einu máli um líklega niðurstöðu af dómstólaleiðinni. Í samanburði við samningsdrög þau sem liggja fyrir má draga fram eftirfarandi möguleika:

1. *Kröfur Breta og Hollendinga teknar til greina að öllu leyti.* Ef kröfur Breta og Hollendinga um endurgreiðslu á öllum kröfum innistæðueigenda yrðu teknar til greina, ásamt áföllnum vöxtum og vöxtum á endurgreiðslukröfum (frá október 2008) til greiðsludags eru samningsdrögin mun hagstæðari íslenska ríkinu, enda eru samningsdrögin miðuð við greiðslu rúmlega 20.000 evra fyrir hvern innistæðueiganda, auk vaxta til 22. apríl 2009, í stað heildarinnæignar hvers innistæðueiganda. Auk þess reiknast vextir á endurgreiðslufjárhæðina samkvæmt samningsdrögunum. Ólíklegt verður að telja að dómur um fulla endurgreiðslu gangi, þrátt fyrir að röksemdir um að yfirlýsingar íslenskra stjórnvalda um fulla tryggingu innlendra innistæðna feli í sér mismunun á grundvelli þjóðernis, hafi þar nokkuð vægi. Miðað við þær heimildir sem fyrir hendi eru, einkum áminningarbréf ESA frá 26. maí 2010, og heimildir Evrópuréttar sem þar er vísað til, verður að ætla að lagaleg afmörkun álitafnissins miðist fyrst og fremst við þær skyldur sem leiða má af tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, þ.e. greiðslu á rúmlega 20.000 evrum. Telja verður að erfitt geti verið að ná fram dómi um ábyrgð íslenska ríkisins á innistæðum umfram þá fjárhæð gagnvart erlendum innistæðueigendum, á grundvelli almenna ákvæðisins í 4. gr. EES-samningsins sem bannar mismunun. Það verður hins vegar að taka fram að ESA hefur ekki skorið úr um þetta álitafni, hvorki í áminningarbréfinu, né í úrlausn sinni frá 15. desember 2010 (sbr. hér að framan). Við teljum þó ekki hægt að útiloka að dómur um fulla endurgreiðslu gengi Bretlandi og Hollandi í vil.
2. *Kröfur Breta og Hollendinga teknar til greina að því er varðar lágmarksinnistæðutryggingu hvers innistæðueiganda,* rúmlega 20.000 evrur auk vaxta.

---

<sup>2</sup> Sjá forsendur 65, 69 og 108 í niðurstöðu ESA frá 15. desember 2010.

Þessi niðurstaða er svipuð þeim forsendum sem gengið er út frá í samningsdrögunum. Þau rök sem styðja þessa niðurstöðu eru þau sem ESA hefur byggt áminningarbréf sitt á til íslenska ríkisins og framkvæmdastjórn ESB hefur tekið undir.<sup>3</sup> Þessi niðurstaða er möguleg. Við breytingar á tilskipun 94/19/EB með tilskipun 2009/14/EB voru reglur um innistæðutryggingar hertar, frestir styttr, skerpt á orðalagi um ábyrgð aðildarríkja og lágmark innistæðutryggingar hækkað í 50.000 evrur miðað við 30. júní 2009. Með nýlegum tillögum að frekari breytingum er gert ráð fyrir frekari hækkun lágmarkstryggingar í 100.000 evrur. Af þessum breytingum, sem og umfjöllun um málið, má ráða að samstaða sé með aðildarríkjum um nauðsyn lágmarksinnistæðutryggingar. Líklegt er að ríkisstjórnir ESB-ríkja myndu styðja málaltilbúnað ESA og framkvæmdastjórnarinnar fyrir EFTA-dómstólnum.

3. *Kröfur Breta og Hollendinga ekki teknar til greina.* Slík niðurstaða myndi byggjast á þeim rökum annars vegar að tilskipun 94/19/EB leggi ekki skyldu á ríki að ábyrgjast lágmarksinnistæðutryggingu og að bótaskylda íslenska ríkisins sé heldur ekki fyrir hendi. Dómsúrlausn um þessi atriði liggur ekki fyrir, hvorki frá innlendum dómstólum, EFTA-dómstólnum, né dómstóli ESB. Þessi niðurstaða telst einnig möguleg.

Um samningsbrotamál gegn íslenska ríkinu er fjallað í staflíð C.

Af framangreindu leiðir að kostirnir við að halda málaferlum til streitu eru helstir þeir að við það fæst lögfræðileg úrlausn sem hugsanlega hefði þau áhrif að íslenska ríkið þyrfti ekki að greiða. Ókostirnir eru aftur á móti þeir að málið gæti tapast sem myndi að öllum líkindum setja Ísland í verri samningsstöðu en nú er fyrir hendi og gæti leitt til óhagstæðari niðurstöðu. Hér verður einnig að gæta þess að dómsmál geta dregist á langinn með samsvarandi óvissu og tjóni fyrir alla aðila. Verður þá einnig að hafa í huga að þetta getur haft áhif á vinsamleg samskipti við þjóðir sem hlut eiga að máli.

**C. Ef samningar takast ekki og gert er ráð fyrir að samningsbrotamál ESA myndi halda áfram og ganga til EFTA-dómstólsins, hver myndi vera líkleg niðurstaða EFTA-dómstólsins? Að því gefnu að þar gangi áfellsdómur, hver myndu vera líkleg lagaleg og pólitísk áhrif þess?**

ESA hefur komist að þeirri bráðabirgðaniðurstöðu í fyrrgreindu áminningarbréfi, dags. 26. maí 2010, að Íslandi sé skylt að greiða rúmlega 20.000 evrur til hvers innistæðueiganda. Þetta er bæði talið stafa af orðalagi tilskipunarinnar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi og af því að Ísland hafi beitt innistæðueigendum útibúanna ólögmati mismunun að því er þessa fjárhæð varðar við yfirtöku gömlu bankanna við gildistöku neyðarlaganna. Íslenska ríkið hefur enn ekki skilað greinargerð í þessum málum til að andmæla niðurstöðu ESA en reikna má með að það verði gert ef málinu verður ekki lokið með samkomulagi. Tekið skal fram að íslenska

---

<sup>3</sup> Sjá meðal annars bréf Michel Barnier, sem á sæti í framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, til fjármálaráðherra Íslands dags. 17.08.2010.

ríkið hefur komið á framfæri þeim röksemdum sem nefndar eru í staflið B 3 og hefur ESA tekið neikvæða afstöðu til þeirra röksemda.

Við höfum farið yfir gögn málsins að því marki sem þau eru aðgengileg, en skiptar skoðanir eru meðal okkar um hver yrði líkleg dómniðurstaða í slíku máli. Sum okkar telja að talsverðar líkur séu á að slíkt mál vinnist en aðrir telja að þær líkur séu að sama skapi litlar. Við öll teljum þó að ekki verði útilokað að Íslandi verði dæmt áfall í slíku máli.

Áfellingisdómur á hendur Íslandi felur í sér viðurkenningu á því að Ísland hafi brotið skyldur sínar samkvæmt EES-samningnum. Slíkum dómi veður ekki áfrýjað en hann er bindandi fyrir Ísland að þjóðarétti. Aftur á móti er dómur af þessu tagi ekki aðfararhæfur, hvorki eftir efni sínu né að þjóðarrétti. Allar líkur eru hins vegar á að hann verði lagður til grundvallar, að því marki sem hann telst bindandi, í öðrum dómsmálum sem rekin kunna að verða hér á landi, svo sem nánar er rætt undir staflið D.

Við teljum að pólitísk áhrif áfellingisdóms af þessu tagi kunni að verða nokkur Íslandi í óhag. Er sú ályktun byggð á fyrri reynslu um tilraunir til að setja þrýsting á Ísland til að greiða Icesavekröfur. Hins vegar treystum við okkur ekki til að segja fyrir um hver þau verði nánar tiltekið eða hve lengi þau munu standa, t.d. varðandi aðgang að mörkuðum eða með hliðsjón af viðbrögðum annarra pólitískra stofnana innan Evrópska efnahagssvæðisins.

**D. Dómar EFTA-dómstólsins eru ekki aðfararhæfir. Bregðist stjórnvöld ekki við þeim verður að ætla að Bretar og Hollendingar gætu stefnt kröfum sínum fyrir íslenska dómstóla. Hvernig yrði kröfum Breta og Hollendinga komið fyrir íslenska dómstóla og hver yrðu talin líkleg úrslit í slíku máli? Hver eru líkleg lagaleg og pólitísk áhrif áfellingisdóms í slíku máli?**

Gangi áfellingisdómur á hendur Íslandi í samningsbrotamáli fyrir EFTA-dómstólnum mun sá dómur að öllum líkindum ganga út á dóm sviðurkenningu fyrir því að Ísland hafi brotið skyldur sínar með því að ábyrgjast ekki greiðslu á rúmlega 20.000 evrum gagnvart hverjum innistæðueiganda eða með því að innleiða ekki réttilega fyrrgreinda tilskipun um innlánatryggingakerfi. Ósennilegt verður að telja að dómurinn mæli fyrir um til hvaða ráðstafana Ísland skuli grípa í því skyni að fullnægja skyldum sínum en það getur þó ráðist af kröfugerð sóknaraðila í málinu. Sem áður segir verður aðfararhæfur dómur ekki kveðinn upp, enda engin heimild fyrir því. Samkvæmt 33. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls skulu EFTA-ríkin gera nauðsynlegar ráðstafanir til að framfylgja dómum EFTA-dómstólsins. Á hinn bóginn eru engin úrræði að þjóðarétti til að knýja fram þá skyldu og EFTA-dómstóllinn hefur heldur ekki heimild til að mæla fyrir um greiðslu sekta vegna samningsbrota.

Í samræmi við ofanritað yrði Ísland að gengnum áfellingisdómi í samningsbrotamáli að skilgreina skyldur sínar en ekki er sjálfgefið að þær séu augljósar í öllum atriðum, svo sem um vexti, kostnað og önnur greiðslukjör. Þó blasir við sú aðalskylda að greiða rúmlega 20.000 evrur fyrir hvern innistæðueiganda strax eða fljótlega. Í þessu tilviki yrði að semja við Breta

og Hollendinga á ný um uppgjörið og skilmála þess. Náist ekki slíkt samkomulag yrðu þessi ríki að höfða mál um kröfur sínar fyrir íslenskum dómstól til að afmarka skyldurnar endanlega og afla aðfararheimildar á hendur íslenska ríkinu. Í slíku máli myndu íslenskir dómstólar væntanlega leggja til grundvallar úrslit EFTA-dómstólsins í sammingsbrotamálinu svo langt sem hann nær. Að öðru leyti kæmi í hlut dómstóla hér á landi að kveða á um endanlega niðurstöðu, þar með talið þá fjárhæð sem standa yrði skil á og greiðslukjör. Hugsanlegt er að dómstólar leituðu ráðgefandi álits EFTA-dómstóls um einhver álitamál sem gætu risið í slíkum málaferlum og snertu EES-reglur.

Útilokað er að segja með óyggjandi hætti fyrir um líklega niðurstöðu í málaferlum af þessu tagi ef til þeirra kemur. Sem endranær myndu úrslitin ráðast að öllu verulegu leyti af því hvernig málatilbúnaði yrði háttað af hálfu beggja aðila. Eins og áður segir munu þó íslenskir dómstólar væntanlega leggja til grundvallar niðurstöðu EFTA-dómstólsins í sammingsbrotamáli svo langt sem hún nær.

Líkleg lagaleg áhrif áfellingisdóms í slíku máli eru þau að hann er bindandi fyrir aðila málsins og aðfararhæfur eftir því sem efni hans stendur til. Reynt getur á málskot eftir almennum reglum. Við sjáum okkur ekki fært að segja fyrir um pólitísk áhrif áfellingisdóms í slíku máli þar sem slík áhrif fara meðal annars eftir kröfugerð og úrslitum máls miðað við hana. Auk þess mun langur tími líða þar til endanlegur dómur af þessu tagi getur legið fyrir og pólitísk staða í framtíðinni af þeim sökum óviss.

Þá verður ekki útilokað að ríkin sem hér eigi í hlut kjósi að beita öðrum aðgerðum gegn Íslandi en að reka mál hér á landi eða annars staðar um kröfur sínar. Er einnig viðbúið að önnur ríki væru reiðubúin til að veita ríkjunum einhvern atbeina í þeim efnunum. Jafnframt er hugsanlegt að ágreiningur um fullnustu af Íslands hálfu í kjölfar áfellingisdóms í sammingsbrotamáli gæti leitt til uppsagnar á EES-samningnum eða einhverjum hluta hans gagnvart Íslandi. Einnig væri mögulegt að þessum aðgerðum yrði beint að öllum EFTA-ríkjunum til að skapa aukinn þrýsting.

#### **E. Áhætta vegna neyðarlaga og hvaða máli skiptir nýleg ákvörðun ESA varðandi þau?**

Það er grundvallaratriði í samkomulagi um Icesave að neyðarlögin haldi og sá forgangur innistæðueigenda fram yfir almennar kröfur sem þar er kveðið á um. ESA hefur fjallað um málið og komist að þeirri niðurstöðu að með þessari ákvörðun hafi Ísland ekki brotið EES-samninginn. Eins og fyrr segir teljum við ólíklegt að neyðarlögunum verði hnekkt að þessu leyti. Það álit er eins og fyrr segir meðal annars byggt á niðurstöðu Lagastofnunar Háskóla Íslands frá 14. nóvember 2008, auk þess sem höfð er hliðsjón af sambærilegri niðurstöðu ESA frá 15. desember 2010. Sjá nánar umfjöllun í staflið A.

Noregur og Lichtenstein gætu höfðað slíkt mál en telja verður með ólíkindum að til þess komi. Aðrir aðilar að EES-samningnum, t.d. Bretar eða Hollendingar, geta hins vegar ekki

höfðað mál af þessu tagi. Það er skoðun okkar að minni líkur en meiri séu á því að sanningsbrotamál á þessum grundvelli verði höfðað.

Hins vegar bindur ákvörðun ESA ekki hendur þeirra einstaklinga eða fyrirtækja sem ákvæði neyðarlaganna kunna að snerta. Vitað er að hér á landi er rekinn mikill fjöldi dómsmála þar sem reyna mun á hvort umrætt ákvæði neyðarlaganna um forgang innistæðueigenda fram yfir almennar kröfur standist ákvæði stjórnarskrár og EES-samningsins. Þetta álitaefni mun því verða metið og dæmt af íslenskum dómstólum. Íslenskir dómstólar geta eftir atvikum óskað eftir því við EFTA-dómstólinn að hann láti í té ráðgefandi álit í slíku tilviki um hvort ákvæði laganna að þessu leyti fái samrýmst skuldbindingum samkvæmt EES-samningnum. Samkvæmt upplýsingum sem við höfum aflað frá slitastjórnnum Kaupþings, Landsbankans og Glitnis hefur enginn aðili óskað eftir því að aflað verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í þeim málum sem rekin eru gegn slitastjórnunum fyrir dómstólum hér á landi. Án tillits til þess hvort slíks álits verður leitað mun ítarlega rökstudd ákvörðun ESA vafalaust verða lögð fram fyrir dómstólnum svo og aðrar athugasemdir og skjöl sem þýðingu hafa. Það er hins vegar ekkert unnt að fullyrða hvort niðurstaða ESA muni hafi sérstaka þýðingu. Þetta mun velta á þeim lögfræðilegu rökum sem fram koma og byggt verður á. Eins og áður segir hefur Lagastofnun Háskóla Íslands fjallað um þetta álitaefni og komist að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði neyðarlaga stæðist ákvæði stjórnarskrárinnar.

Einnig er sá möguleiki fyrir hendi að máli af þessu tagi verði ekki vísað til EFTA-dómstólsins til ráðgefandi álits. Það er á forræði íslenskra dómstóla hvort leitað verði álits og fer eftir mati þeirra á þörf fyrir slíkt álit.

Eftir að hafa kynnt okkur umrædd álit og þau lögfræðilegu rök sem þar koma fram er það skoðun okkar að hættan á því að neyðarlögunum verði hnekkt sé ekki mjög mikil en þó fyrir hendi. Þannig er ekki hægt að útiloka eða líta framhjá þeirri áhættu.

- F. 40. gr. stjórnarskrárinnar og heimildir til að semja á þann hátt sem fyrir liggur.**  
**H. Ríkisábyrgð, greiðsluskylda. Að teknu tilliti til skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis er þess óskað að fjallað verði um heimildir Alþingis samkvæmt 40. gr. stjórnarskrárinnar til þess að veita ríkisábyrgð á þeim skuldbindingum og greiðslum sem drög að samkomulaginu kveður á um.**

Hér eru teknar saman þær spurningar sem fram koma í f. og h. liðum. Með spurningunum er leitað eftir svari við því hvort það standist stjórnarskrá að skuldbinda ríkissjóð með þeim hætti sem gert er í sanningsdrögunum við Breta og Hollendinga.

Í 40. gr. stjórnarskrárinnar er meðal annars svo mælt að ekki megi taka lán er skuldbindi ríkið nema með *lagaheimild*. Enginn vafi er á því að ákvæðið nær til ríkisábyrgðar slíkrar sem hér er fyrirhuguð. Með þessu er verið að tryggja forræði Alþingis og þá óbeint þjóðarinnar á því hverjar kvaðir íslenska ríkið megi gangast undir.

En hvað merkir þá lagaheimild í þessu samhengi? Um það virðist vera samstaða að ein meginkrafa sem gera verði til reglu, svo að hún geti talist lagaregla, sé að hún sé skýr og

afdráttarlaus, þannig að hún taki á því álitæfni sem henni er ætlað. Oft kann að leika vafi á hvort slíkri kröfu sé fullnægt. Löggjafanum ber þó að stefna að þessu marki en dómstólar taka þá við ef regla tekur ekki á málum með þessum hætti. Ef skuldbindingar eru óljósar og ófyrirsjáanlegar, meðal annars vegna þess að ýmis síðari atvik, sem eru engan veginn fjarlæg, geta valdið því að þær muni reynast mun þungbærari en reiknað var með eða jafnvel óyfirsýanlegar með öllu, má með réttu halda því fram að reynt geti á umrætt atriði. Svipað á við um fjárveitingarvaldið. Samkvæmt 41. gr. stjórnarskrárinnar má ekkert gjald greiða af hendi nema heimild sé til þess í fjárlögum eða fjáraukalögum.

Við höfum farið yfir þær áhættur fyrir ríkissjóð sem felast í hinu nýja samningsuppkasti en þær eru helst þessar:

- Hvort neyðarlögin standist.
- Þróun á gengi gjaldmiðla.
- Hvað fæst upp í kröfur úr búi gamla Landsbankans.

Sem fyrr segir er það grundvallaratriði í samkomulagi um Icesave að neyðarlögin haldi og sá forgangur innistæðueigenda sem þar er kveðið á um. Afleiðingarnar yrðu mjög alvarlegar ef þeim yrði hnekkt að þessu leyti sökum þess að eignum gamla Landsbankans yrði ráðstafað upp í allar almennar kröfur á hendur bankanum.

Eins og rökstutt var í staflið E teljum við að mál hafi þróast þannig að fremur litlar líkur séu á því að neyðarlögin verði felld úr gildi með dómi þó það sé ekki útilokað. Á það bæði við um innlenda og erlenda dómstóla. Við mat á stjórnskipulegu gildi umrædds lagafrumvarps teljum við einnig rétt að litið verði til þess óhagræðis og tjóns sem leiða mun af því að ganga ekki til samninga og þeirrar áhættu sem fólgin er í því að Ísland bíði lægri hlut í samningsbrotamáli vegna Icesave. Loks teljum við að löggjafinn hafi svigrúm til að meta hvernig hann hagar ábyrgðarskuldbindingum sínum í einstökum atriðum með hliðsjón af mikilvægi þess málefnis sem fyrir liggur.

Ef litið er til gengisáhættunnar gildir það sama í þessu tilliti. Í frumvarpinu er gengið út frá tilteknum forsendum um gengisþróun sem taldar eru líklegar. Afleiðingar af frávikum frá þessu eru almennt ekki jafn alvarlegar eins og ef neyðarlögunum yrði hnekkt auk þess sem gera má ráðstafanir til að minnka þá áhættu.

Við mat á drögum að samkomulaginu um Icesave er þess einnig að gæta að gert er ráð fyrir því að leyst verði úr ágreiningi um hvort endurkrafa Tryggingasjóðs innstæðueigenda og fjárfesta gangi við úthlutun úr búi gamla Landsbankans framar kröfum breska og hollenska ríkisins vegna innstæðna sem þau hafa greitt innstæðueigendum á Icesave-reikningum umfram rúmlega 20.000 evrur og síðan leyst til sín. Úr þessu ágreiningsefni verður leyst fyrir íslenskum dómstólum, væntanlega að fengnu ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Án þess að það verði rætt ítarlega telur meir hluti okkar talsverða möguleika á því að endurkrafa Tryggingasjóðsins vegna fyrstu rúmlega 20.000 evra innstæðu hvers reikningseiganda gangi framar við úthlutun en við það munu kröfur á hendur Tryggingasjóðnum greiðast á undan

kröfum Breta og Hollendinga af eignum bankans. Í því tilviki ætti höfuðstóllinn að greiðast að fullu af eignum bankans á skemmri tíma með samsvarandi lækun vaxtagreiðslna. Ef þetta yrði niðurstaðan yrði gengisáhættan hverfandi.

Áhætta er jafnframt fólgin í því að eignir í búi gamla Landsbankans kunni að reynast minni en áætlað er. Með svipuðum hætti kann einnig að vera að forgangskröfur á hendur Landsbankanum kunni að reynast eitthvað meiri en reiknað er með. Í báðum tilvikum getur orðið minna til greiðslu skulda vegna Icesave-reikninga úr búi Landsbankans en nú er gert ráð fyrir.

Við mat á umræddum áhættum ber enn fremur að hafa í huga þá efnahagslegu fyrirvara sem samningsuppkastið gerir ráð fyrir ef mál kynnu að fara á versta veg. Þar er annars vegar gert ráð fyrir 5% af heildartekjum ríkisins og hins vegar 1,3% af vergri þjóðarframleiðslu og ræður hærri upphæðin. Hámarksendurgreiðslutími er 30 ár frá árinu 2016. Fyrirvarar þessir eru gagnlegir til að átta sig betur á þeim skuldbindingum sem fyrirhugað er að leggja á íslenska ríkið. Í sömu átt virka endurskoðuð vanefndarúrræði frá fyrri samningum, sem fjallað er um hér á eftir í staflíð G. Aftur á móti er ekki mikið lögfræðilegt hald í þeim endurskoðunarákvæðum sem samningsuppkastið hefur að geyma.

Af mati okkar á áhættum samningsins verður sú ályktun einnig dregin að ekki séu þær líkur á að til þess komi að gengið verði að eignum íslenska ríkisins til fullnustu greiðslna samkvæmt samningunum að reynt geti að því leyti á álitæfni sem falla undir 40. gr. stjórnarskrárinnar. Verður þar einnig að líta til þess að í samningsdrögum hefur verið fallist á sjónarmið íslenska ríkisins um að aldrei verði gengið að tilteknum fasteignum eða umráðarétti yfir náttúruauðlindum

Við höfum metið öll þessi atriði og komist að þeirri niðurstöðu að fyrirbyggjandi frumvarp brjóti ekki gegn 40. gr. stjórnarskrárinnar né öðrum ákvæðum hennar verði frumvarpið að lögum. Hins vegar felur umrætt ákvæði stjórnarskrárinnar það í sér að setja þarf lög um þá ríkisábyrgð sem hér er fyrirhuguð eins og gert er ráð fyrir.

## **G. Gjaldfellingar- og vanefndaúrræði í drögum að samkomulagi um Icesave**

Við höfum borið saman vanefndaákvæði í drögum að fyrirbyggjandi samkomulagi um Icesave og hliðstæð ákvæði í fyrri samningum um sama efni. Þau ákvæði fyrri samninga höfðu greinilega þann blæ að vera samin einhliða með hliðsjón af hagsmunum Bretlands og Hollands. Að sama skapi voru þessi ákvæði mjög íþyngjandi í garð Íslands. Hér má í dæmaskyni nefna að óverulegur greiðsludráttur gat haft þau áhrif að miklar fjárskuldbindingar yrðu gjaldfældar á hendur Íslandi. Ákvæði í fyrirbyggjandi drögum eru hins vegar mun sanngjarnari og eðlilegri og taka betur mið af hagsmunum beggja samningsaðila. Um þetta er rækilega fjallað í greinargerð með frumvarpinu og er vísað til þess án þess að það verði tíundað frekar hér.

Við gerum ekki athugasemdir við þessi ákvæði í samningsdrögum.

## NIÐURLAG

Það er álit okkar að meta verði kosti og galla við það að ganga til samninga á grundvelli umrædds samningsuppkasts annars vegar með hliðsjón af skilmálum þess og þeirri áhættu sem fólgin er í samkomulaginu og hins vegar með hliðsjón af þeirri áhættu og óhagræði sem leiðir af því að ganga ekki til samninga.

Samningsuppkast það sem nú liggur fyrir felur í sér verulega endurbót frá fyrri samningsdrögum bæði að því er varðar fjárhæðir sem koma til greiðslu og ýmsa aðra skilmála. Hér er þó ekki ástæða til að tíunda þetta frekar. Fyrrgreind áhætta og óhagræði annars vegar við að halda málaferlum áfram og hins vegar við ganga til samninga hafa verið skilgreindar hér að framan eftir því sem kostur er. Sanngirnismat og siðferðilegar skyldur í samskiptum siðmenntaðra ríkja kunna einnig að ráða einhverju um ferðina þegar endanleg afstaða er tekin til þess samningsuppkasts sem nú liggur fyrir. Eins og áður er bent á teljum við að ákvæði stjórnarskrárinnar séu því ekki til fyrirstöðu að ganga til samninga á forsendum samningsuppkastsins. Rétt er að taka fram að versta niðurstaða af samningnum er sú að hann getur leitt til mikilla skuldbindinga fyrir íslenska ríkið um mörg ókomin ár. Áður er að því vikið að ólíklegt er að til þess komi. Með svipuðum hætti er besta niðurstaðan sú að íslenska ríkið þurfi aðeins að greiða óverulegar fjárhæðir eða alls ekki neitt.

Reykjavík 7. janúar 2011

Stefán M. Stefánsson, prófessor

Benedikt Bogason, héraðsdómari

Dóra Guðmundsdóttir, aðjúkt

Stefán Geir Þórrisson, hrl.