

# **Greinasafn um Icesave**

## YFIRLIT

Greinar birtar í Morgunblaðinu .....	2
Ábyrgð ríkisins á innlánum, 15. október 2008.....	2
Er Evrópusambandið skaðabótaábyrgt?, 8. janúar 2009 .....	5
„Lagatæknileg rök“ um innistæðutryggingar, 28. janúar 2009.....	9
Í hvaða liði eru stjórnvöld?, 3. mars 2009 .....	11
Áskorun til þingmanna, 12. júní 2009.....	14
Mismunun og Icesave, 6. júlí 2009 .....	16
Icesave-samningarnir, 7. ágúst 2009 .....	19
Hvað stendur eftir?, 31. október 2009 .....	22
Stjórnarskráin og Icesave-samningarnir, 2. desember 2009 .....	25
Lagarök um Icesave, 12. janúar 2010 .....	28
Um mismunun á grundvelli þjóðernis, 13. janúar 2010.....	31
Möguleg bótaskylda ESB, 14. janúar 2010.....	34
Icesave og stjórnarskráin, 15. janúar 2010.....	37
Áminning ESA, 4. júní 2010.....	40

# Greinar birtar í Morgunblaðinu

## Ábyrgð ríkisins á innlánnum, 15. október 2008

Eftir Lárus Blöndal og Stefán Má Stefánsson:

"Við teljum að innlánstryggingarkerfin beri ábyrgð á skuldbindingum sínum með því fjármagni sem þar finnst en öðru ekki."

Í OPINBERRI umræðu kemur fram að íslensk stjórnvöld séu langt komin að semja við Breta og Hollendinga um mörg hundruð milljarða króna skuldbindingar vegna starfsemi útibúa Landsbanka Íslands í þeim löndum. Við undirritaðir teljum nauðsynlegt að lagagrundvöllur sé skoðaður rækilega áður en slíkir samningar verða endanlegir.

Með lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta var stofnaður sérstakur sjóður, Tryggingasjóður innstæðueigenda og fjárfesta, sem er sérstök sjálfseignarstofnun. Hlutverk hans er að veita lágmarksvernd gegn greiðsluferfiðleikum viðkomandi fyrirtækja. Af aðfararorðum tilskipunar EB um innlánatryggingakerfi má draga þá meginályktun að innlánseigendur eiga að njóta jafnréttis með tilliti til greiðslna úr sjóðnum án tillits til þess hvar þeir eru búsettir innan EES.

Greitt er úr sjóðnum ef viðskiptabanki er ekki fær um að inna af hendi greiðslu á andvirði innstæðu. Lágmarkstrygging nemur nú rúmlega 20.000 ECU fyrir samanlögð innlán hvers innstæðueiganda. Segir í 7. gr. tilskipunarinnar að innlánatryggingakerfin tryggi að samanlögð innlán hvers innstæðueiganda séu tryggð að framangreindri fjárhæð.

### A.

Ljóst er samkvæmt framangreindu að aðildarríki tilskipunarinnar hafa tekið á sig þær skuldbindingar að koma á ákveðnu tryggingarkerfi samkvæmt skilmálum hennar. Þetta var gert hér á landi með fyrrgreindum lögum. Vegna þess hvernig greiðslum í sjóðinn er háttáð, þ.e. að eign hans er miðuð við innstæðu á næstliðnu ári, gat sú staða komið upp að ekki væru til fjármunir í sjóðnum sem endurspegluðu raunmagn innstæðna á hverjum tíma.

Við teljum að innlánstryggingarkerfin beri ábyrgð á skuldbindingum sínum með því fjármagni sem þar finnst en öðru ekki. Þessa niðurstöðu okkar byggjum við einkum á eftirfarandi:

Við teljum augljóst að hlutverk Tryggingasjóðsins er ekki að takast á við allsherjar bankahrún eins og gerst hefur hér á landi. Ef svo hefði verið hefði þurft að greiða gífurlegar fjárhæðir inn í hann sem næmi mörgum tugum prósentu af heildarinnlánnum. Styðst þessi niðurstaða við lokamálslið 24. málsgreinar aðfararorða tilskipunarinnar (en málsgreinin fjallar um fjármögnun innlánatryggingakerfa) þar sem gert er ráð fyrir að fjármögnunin megi ekki stefna stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu. Því má segja að það ástand sem hér um ræðir sé eins konar force majeure tilvik.

Ákveðnar reglur eru um inngreiðslur í sjóðinn samkvæmt lögum nr. 98/1999. Skal heildareign innstæðudeildar sjóðsins nema að lágmarki 1% af meðaltali tryggðra innstæðna í viðskiptabönkum og sparisjóðum á næstliðnu ári. Engar reglur eru um það í viðkomandi tilskipunum hvernig fjármagna eigi sjóðina. Ganga verður út frá því að þessar reglur íslenskra laga hafi verið tilkynntar viðkomandi yfirvöldum (hér Eftirlitsstofnun EFTA) í samræmi við fyrrgreinda tilskipun og er ekki kunnugt um að neinar athugasemdir hafi komið fram. Því má leggja til grundvallar að innleiðingin hafi verið rétt að þessu leyti.

Í 3. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar er gert ráð fyrir því að lánastofnun hafi ekki fullnægt skyldum sínum og kveðið er á um aðgerðir í því sambandi. Má þá eftir atvikum útiloka viðkomandi

lánastofnun frá markaðinum með skýru samþykki lögbærra yfirvalda en þá með minnst 12 mánaða fyrirvara. Ákvæðið sýnir að jafnvel þótt eitthvað hafi verið athugavert við innlánatryggingar umræddra útibúa Landsbankans á þessu ári, t.d. að skyldubundin framlög til Tryggingasjóðs hafi ekki verið greidd, hefði ekki ennþá verið unnt að koma viðurlögum í framkvæmd. Ekkert hefur hins vegar komið fram sem bendir til að eitthvað hafi verið athugavert við innlánatryggingar Landsbankans.

Ef reglur tilskipunarinnar væru túlkaðar með þeim hætti að greiða ætti framangreindar fjárhæðir að fullu til innstæðueigenda hvernig sem á stæði gæti það bakað smáum ríkjum gífurlegar fjárhagslegar skuldbindingar sem settu fullveldisrétt þeirra í hættu. Slíkt getur hvorki verið tilgangur tilskipunarinnar né leitt af henni.

Ábyrgð ríkissjóðs verður því ekki á því byggð að ákvæði umræddrar tilskipunar hafi verið brotin. Ábyrgð ríkisins í tengslum við fyrrgreinda tilskipun felst einungis í því að innleiða reglur um hana og að sjá að öðru leyti um að staðið sé við skuldbindingar samkvæmt tilskipuninni. Hafi vanhöld orðið á því getur ríkið orðið skaðabótaskyldt ef reglunum um bótaábyrgð er að öðru leyti fullnægt. Ábyrgð ríkisins nær hins vegar ekki lengra en þetta. Þá er og athyglisvert að hvergi er í tilskipuninni kveðið á um sérstaka ábyrgð aðildarríkjanna á skuldbindingum Tryggingasjóðsins. Má ætla að slík ábyrgð hefði komið skýrt fram ef stefnt hefði verið að henni.

## **B.**

Með lögum um heimild til fjárveitinga úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl. var gerð breyting á 10. gr. fyrrgreindra laga nr. 98/1999 og innleitt ákvæði sem segir efnislega að krafa Tryggingasjóðs njóti rétt hæðar sem forgangskrafa. Svipuð breyting var gerð með fyrrgreindum lögum á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki þannig að við gjaldþrot fjármálafyrirtækis verða kröfur vegna innstæðna forgangskröfur. Líta má svo á að umrædd lagasetning eigi við um alla innlánseigendur hér á landi svo og innlánseigendur útibúa íslenskra fjármálafyrirtækja erlendis. Lagasetning af þessu tagi, sem kemur í raun með afturvirkum hætti á nýrri skipan að því er varðar rétt hæð krafna, veldur vandkvæðum. Hún bætir augljóslega stöðu sumra kröfuhafa á kostnað annarra. Skoða verður sérstaklega hvort hún brjóti í bága við meginreglur laga um réttaröryggi og réttmætar væntingar og hverjar séu afleiðingar ef svo er. Reglur af þessu tagi má hugsanlega réttlæta með skírskotun í neyðarrétt, þ.e. að þær séu nauðsynlegar til að forðast stórfelldan efnahagslegan vanda í íslensku þjóðfélagi.

## **C.**

Íslenska ríkið hefur í hyggju að greiða íslenskum innlánseigendum fjárhæðir til að tryggja innstæður þeirra. Taki ríkið á sig slíkar skuldbindingar og greiði úr ríkissjóði myndu þær greiðslur vera umfram skyldur íslenska ríkisins í þeim tilgangi að tryggja að unnt væri að starfrækja innlenda innlánastarfsemi í framtíðinni og til að tryggja efnahagslegan stöðugleika. Slíkar greiðslur koma EES-samningnum í raun réttari aðeins óbeint við enda myndu þær ekki fara fram á gildissviði hans nema í undantekningartilvikum. Evrópskar skuldbindingar felast aðeins í þeim Tryggingasjóðum sem að framan eru nefndir og þeim reglum sem um þá gilda. Þær reglur snerta einkavædda banka og Tryggingasjóð sem er sjálfstæð stofnun en ekki íslenska ríkið. Þær ráðstafanir sem ríkið gerir til að halda uppi efnahagslegum stöðugleika í framhaldi af því eru því annars eðlis. Hefði ríkið hins vegar breytt lögum um Tryggingasjóð með þeim hætti að innlánseigendum hefði verið mismunað eftir búsetu kynni slíkt að brjóta í bága við reglur EES-samningsins.

**D.**

Meginniðurstöður okkar eru eftirfarandi:

Ekki hvílir nein ábyrgð á ríkissjóði vegna stöðu innstæðna í Tryggingasjóðnum.

Lagabreyting sem gerir ráð fyrir að innlánskröfur verði forgangskröfur getur staðist ef hana má réttlæta með skírskotun í neyðarrétt.

Greiðslur sem ríkið tekur á sig að inna af hendi til innstæðueigenda hér á landi falla almennt utan gildissviðs EES-samningsins nema í undantekningartilvikum.

## Er Evrópusambandið skaðabótaábyrgt?, 8. janúar 2009

### Hugleiðingar um bótaábyrgð íslenska ríkisins vegna innleiðingar tilskipunar nr. 94/19/EB um innlánatryggingakerfi

Í grein sem við undirritaðir birtum í Morgunblaðinu hinn 15. október 2008 og fjallaði um ábyrgð ríkisins á innlánnum komumst við að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð á innistæðum í útibúum íslenskra banka erlendis við hugsanlegt gjaldþrot íslensku bankanna heldur aðeins viðkomandi tryggingakerfi sem hér á landi er Tryggingasjóður innistæðueigenda og fjárfesta. Jafnframt bentum við á að umrædd tryggingakerfi væri í fullu samræmi við ákvæði tilskipunar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi.

Rök okkar fyrir þessum niðurstöðum verða ekki endurtekin hér en niðurstaða okkar var hins vegar sú að þessar röksemdir samanlagt leiddu til þess að íslenska ríkið bæri enga ábyrgð á innistæðum útibúa innlendra banka við gjaldþrot þeirra.

Þá fjölluðum við einnig um áhrif þess að íslenska ríkið tryggði innlánseigendum á Íslandi þeirra innistæður sem er umfram skyldur. Hafa sumir haldið því fram að með þessu hafi innlánseigendum verið mismunað með ólögætum hætti. Okkar niðurstaða var sú að svo væri alls ekki eins og rökstutt var í greininni.

### Niðurstöður evrópskra stofnana um hlutverk tilskipunarinnar

Bankanefnd Frakklands samdi heildarskýrslu fyrir seðlabanka Frakklands árið 2000. Jean Claude Trichet var þá formaður bankanefndarinnar en hann er nú bankastjóri Seðlabanka Evrópu. Skýrslan lýsir franskrí löggjöf frá 1999 um breytingu á frönsku bankalögunum frá 1994 þar sem tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi var innleidd. Í skýrslu þessari segir svo á bls. 187:

„Même si l'objectif de renforcement de la stabilité du système bancaire a été clairement affiché, il n'en demeure pas moins que, comme dans la plupart des pays disposant de systèmes de garantie des dépôts élaborés, le dispositif français ne vise pas à traiter des crises de nature systémique, qui relèvent d'autres moyens d'actions.“

Samkvæmt þessu leit seðlabanki Frakklands svo á að frönsku lögin um innlánatryggingakerfi tækju ekki á aðstæðum eins og bankahruni heldur yrði að beita öðrum aðferðum til að ná til þess. Af þessum ummælum má einnig álykta að Frakkar hafi talið sig innleiða fyrrgreinda franska löggjöf að öllu leyti í samræmi við tilskipun 94/19 þar eð ella hefðu þeir ekki lögtekið hana með þessum hætti.

Einnig má hér nefna fréttatilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá því á haustdögum 2008. Þar kemur m.a. fram að innlánstryggingakerfi aðildarríkjanna sé mismunandi og að aðildarríkjunum sé frjálst að velja það kerfi sem best henti bankakerfi þeirra. Í sumum kerfanna sé greitt samtímis af innlánnum en í öðrum sé greitt eftir á. Einnig kemur fram að prófun hafi verið gerð á innlánstryggingakerfunum sem hafi tekið mið af bæði meiri og minni háttar áföllum í bankakerfinu. Í ljós hafi komið að **flest** (auðkennt hér) kerfin hafi verið í stakk búin til að mæta **meðaláföllum** (auðkennt hér). Loks kemur fram að framkvæmdastjórnin vinni nú að ákveðnum breytingum, einkum á hækkun lágmarksábyrgðar.

Þá er einnig rétt að rifja upp að nú í haust ákváðu Írar að bæta á næstu tveimur árum ríkisábyrgð við þá ábyrgð sem Tryggingasjóður innlána, sambærilegur þeim sem við höfum hér á landi, veitti innlánaeigendum. Við þessar fréttir kom fram sú afstaða Breta og fleiri aðildarríkja ESB að Írum væri þetta óheimilt þar sem þetta fæli í sér ríkisaðstoð sem skekkti samkeppnisstöðu banka á Evrópusambands svæðinu. Ætti þetta bæði við almennt um

samkeppnisstöðu banka í Evrópu en einnig alveg sérstaklega á Írlandi þar sem ekki fengu allir bankar þessa ríkisábyrgð. Er þetta mál nú til skoðunar hjá ESB.

Niðurstaðan er því sú að seðlabanki Frakklands og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafa bæði gefið sterklega í skyn að tilskipunin sé ekki til þess fallin að mæta stóraföllum eins og bankahruni. Sum aðildarríkin hafa auk þess gert fyrirvara varðandi lögmæti þess að veita ríkisábyrgð til viðbótar þeirri tryggingu sem innlánstryggingakerfin veita.

### **Um réttmætar væntingar**

Reglan um réttaröryggi er ein af meginreglum EB-réttar. Í grundvallaratriðum felur hún í sér kröfu um að löggjöf sé skýr og fyrirsjáanleg. Meginreglan um réttmætar væntingar er önnur regla sem hefur tengsl við meginregluna um réttaröryggi. Þessar tvær meginreglur eru hluti af óskráðum meginreglum í bandalagsrétti og hafa verið sem slíkar staðfestar í dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalagsins.

Hver sá sem starfar á viðskiptamarkaði getur því eftir atvikum reitt sig á vernd meginreglunnar um réttmætar væntingar hafi stofnun Evrópusambandsins gefið honum einhvers konar væntingar um ákveðin atriði. Bæði loford, leiðbeiningar, tilkynningar eða önnur gögn frá stjórnvöldum geta verið til þess fallin að vekja slíkar væntingar. Þannig er almennt hægt að segja að forsenda þess að meginreglan verði virk sé sú að ákveðnar væntingar hafi vaknað sem rekja megi til aðgerða stofnana bandalagsins. Því verður að vera orsakasamband þarna á milli.

Enn fremur verður að telja að skilyrðunum um réttmætar væntingar sé því aðeins fullnægt að væntingar viðkomandi séu réttmætar, þ.e. að þær séu hlutlægt séð réttlætanager. Hér verður aðalviðmiðunin hvort góður og gegn maður með almenna reynslu og þekkingu hefði getað byggt ákvarðanir sínar á þessum væntingum.

Niðurstaðan er því sú að fyrirheit í afleiddri löggjöf bandalagsins, hér tilskipunum, geta skapað réttmætar væntingar fyrir einstaklinga og fyrirtæki sem getur t.d. veitt þeim rétt til skaðabóta.

### **Um skaðabótaskyldu stofnana Evrópubandalagsins**

Ákvæði 235. gr. samningsins um Evrópubandalagið mælir fyrir um dómsvald dómstóls EB til þess að dæma í skaðabótamálum utan samninga á hendur Evrópubandalaginu vegna réttarbrota stofnana eða starfsmanna þess við framkvæmd skyldustarfa. Um öll nánari efnisskilyrði bótaskyldunnar er vísað í 2. mgr. 288. gr. samningsins. Kemur þar m.a. fram að samningurinn hefur ekki að geyma sjálfstæðar reglur um bótaskylduna heldur vísar til laga aðildarríkjanna í því efni. Réttmætar væntingar geta örugglega orðið grundvöllur bótábyrgðar tjónþola á hendur stofnunum bandalagsins eins og dómafordæmi dómstóls bandalagsins bera með sér.

Málshöfðunarréttur er rúmur. Hann geta fyrst og fremst allir þeir aðilar átt sem eru búsettir eða hafa staðfestu í aðildarríkjunum og telja rétti sínum hallað. Aðrir virðast einnig hafa slíkan málshöfðunarrétt að öðrum skilyrðum fullnægðum, t.d. fyrirtæki utan bandalagsins sem framkvæmdastjórnin telst hafa brotið rétt á. Málshöfðunarfrestur er einnig rúmur því að hann er 5 ár frá því að skaðabótaskyldur atburður átti sér stað. Hann byrjaði því að líða við gjaldþrot bankanna í október 2008.

Niðurstaðan er því sú að stofnanir bandalagsins bera hefðbundna skaðabótaábyrgð á athöfnum sínum sem nær einnig til afleiddra gerða. Bótaskyldan nær einnig til aðila utan bandalagsins ef því er að skipta.

## **Skapaði tilskipunin um innlánatryggingakerfi sjálfstæðan bótagrundvöll?**

Í aðfaraorðum tilskipunarinnar segir m.a. að um leið og takmarkanir á starfsemi lánastofnana séu fjarlægðar verði að huga að þeirri stöðu sem upp geti komið ef innlán í lánastofnun sem hefur útibú í öðrum aðildarríkjum verði ótíltækt. Nauðsynlegt sé við þær aðstæður að tryggja samræmda lágmarkstryggingu óháð því hvar innlánið sé í bandalaginu. Slík innlánstrygging sé jafnmikilvæg fyrir framgang sameiginlega markaðarins og varfærnisreglurnar. Enn fremur segir að innlánatryggingakerfin verði að koma til skjalanna um leið og innlán verði ótíltæk. Síðan er fjallað um lágmarkstryggingu og sagt að hæfilegt virðist að samræmda lágmarkstryggingin sé 20.000 ECU. Þessu er síðan fylgt eftir með 7. gr. tilskipunarinnar um að innlánatryggingakerfin tryggi að samanlögð innlán hvers innistæðueiganda séu tryggð upp að 20.000 ECU ef innlánin verði ótíltæk.

Evrópubandalagið hefur fjarlægt allar takmarkanir til stofnsetningar fjármálafyrirtækja innan bandalagsins (og EES) og jafnframt aflétt hömlum á fjármálastarfsemi. Jafnframt hefur bandalagið með umræddri tilskipun nánast heitið innistæðueigendum í útibúum innlánsstofnana sem staðsettar eru annars staðar innan bandalagsins, að þeir þurfi ekkert að óttast því að tiltekin lágmarkstrygging gildi ávallt gagnvart þeim.

Ekki hefur þó reynst að öllu leyti innistæða fyrir þessu heiti eins og sýnt hefur verið fram á hér að framan. Á hinn bóginn kunna hin fortakslausu orð tilskipunarinnar að hafa skapað réttmætar væntingar fyrir þá innistæðueigendur sem um ræðir. Þær væntingar gætu síðan leitt til bótaábyrgðar fyrir stofnanir bandalagsins í samræmi við það sem rakið hefur verið.

Niðurstaðan er því sú að orð tilskipunarinnar eru tiltölulega fortakslaus varðandi lágmarkinnlánstryggingar og að innlánstryggingakerfin en ekki aðildarríkin stæðu straum af þessu. Þessi fortakslausu orð reyndust þó haldlaus en fyrirheit tilskipunarinnar voru hins vegar til þess fallin að skapa réttmætar væntingar fyrir sparifjáreigendur.

## **Hefur íslenska ríkið verið með órétti þvingað til að greiða innlánseigendum?**

Eins og fram er komið felur texti tilskipunar 94/19/EB í sér ákveðið loforðsigildi sem kann að hafa skapað réttmætar væntingar hjá innlánseigendum lánastofnana um að það innlánstryggingakerfi sem Evrópusambandið kom á fót héldi í öllum tilvikum. Raunin varð þó sú að það hélt ekki við stóraföll á fjármálamarkaði eins og m.a. bankanefnd seðlabanka Frakklands hafði raunar óttast og bent á. Eigendur hugsanlegra bótakrafna á hendur stofnunum Evrópubandalagsins eru fyrst og fremst innistæðueigendur lánastofnana.

Samkvæmt því sem fram hefur komið hjá forsætisráðherra og utanríkisráðherra m.a. í ræðum á Alþingi 17. nóvember 2008 er ljóst að forsendan fyrir því að lán fengust frá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum og ríkjum ESB var sú að við lykjum þeim málum sem vörðuðu innlánatryggingar í öðrum löndum. Í þessum ræðum kemur einnig fram að við myndum að öðrum kosti stefna samningnum um EES í hættu og einangrast á alþjóðavettvangi. Eftirfarandi kom einnig fram í ræðu forsætisráðherra: „En auðvitað er það rétt að ákveðnum þvingunum hefur verið beitt í þessu máli, það er bara staða sem við þurfum að horfast í augu við.“

Séu fyrrgreind orð ráðherranna lögð til grundvallar verður ekki betur séð en að Evrópusambandið og ríki innan þess hafi byggt kröfur sínar ranglega á því að íslenska ríkið bæri ábyrgð á því að innlánseigendur fengju lágmarkstryggingu samkvæmt tilskipun EB greidda.



Niðurstaðan er því sú að Bretland og að minnsta kosti sumar aðrar þjóðir ESB hafa tekið þá ákvörðun að yfirfæra þessar „réttmætu væntingar“ um að löggjöf ESB tryggði að lágmarki greiðslu á 20.000 ECU, yfir á Ísland án réttmætrar ástæðu. Þannig er Ísland sá aðili sem ber kostnaðinn af því að löggjöf ESB stendur ekki undir „réttmætum væntingum“.

### **Lokaorð**

Það er rökrétt að halda því fram að með þvinguninni hafi íslenska ríkið öðlast þá réttarstöðu sem innlánseigendurnir höfðu með sínar „réttmætu væntingarnar“. Þeirri réttarstöðu hefur áður verið lýst í köflunum hér að framan.

Íslenska ríkið virðist, á grundvelli þess sem hér hefur verið tekið til skoðunar, eiga tvo kosti í þeirri stöðu sem upp er komin:

Hinn fyrri er sá að höfða skaðabótamál fyrir dómstól Evrópubandalagsins á hendur stofnunum sambandsins sem grundvölluð væri á réttarstöðu innlánseigendanna. Þar yrði gerð krafa um það að sambandið greiddi Íslandi þær fjárhæðir sem það innleysti til innistæðueigenda innan Evrópusambandsins.

Síðari kosturinn er sá að hafa uppi sömu bótakröfur við hugsanlega aðildarsamninga Íslands og Evrópusambandsins. Við aðildarsamninga koma margvísleg atriði til skoðunar og ákvörðunar. Eitt þeirra gæti verið lausn á ágreiningi varðandi umræddar bótakröfur.

## „Lagatæknileg rök“ um innistæðutryggingar, 28. janúar 2009

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán Má Stefánsson:

"Það er alveg fráleitt að halda því fram að málsókn fyrir alþjóðlegum dómstólum geti dregið úr trúverðugleika."

VIÐ undirritaðir höfum ritað tvær greinar í Morgunblaðið sem tengjast ábyrgð á innlánnum fjármálastofnana, annars vegar ábyrgð íslenska ríkisins og hins vegar ábyrgð Evrópusambandsins. Mánudaginn 26. janúar sl. ritaði Yngvi Örn Kristinsson hagfræðingur grein í Morgunblaðið undir heitinu „Eru aðrar leiðir færar?“, sem að nokkru leyti fjallar um þetta sama mál. Teljum við nauðsynlegt að fjalla um nokkur atriði sem þar koma fram.

Í greininni segir Yngvi:

„Innistæðutryggingar eru hluti af EES-samningnum og tilgangur þeirra er ljós, hvað sem líður hugsanlegum lagatæknilegum rökum. Tilraunir Íslands til að víkjast undan ábyrgð á innistæðutryggingum á EES-svæðinu verða túlkaðar sem vanefndir og munu um langa framtíð draga úr trúverðugleika Íslands í alþjóðlegu samstarfi og samningum.“

Þar sem Yngvi setur hér fram er að hluta til rétt þ.e. tilgangur tilskipunar um innistæðutryggingar er ljós. Því má segja að hjá innistæðueigendum hafa skapast réttmætar væntingar til þess að innistæðutryggingarkerfi virki við þær aðstæður sem þeirra er sérstaklega þörf.

Hins vegar gerir Yngvi lítið úr því sem hann kallar lagatæknileg rök sem við leyfum okkur að skilja sem lögfræðileg rök. Til lögfræðilegra sjónarmiða er gripið t.d. þegar lagt er mat á skyldu aðila til að greiða fjárskuldbindingar eða hvort einhver beri ábyrgð á annarra manna gjörðum. Í réttarríki verður aðila ekki gert að greiða fjárskuldbindingar ef hann er ekki skyldur til þess að lögum. Því má segja að í samskiptum manna og eftir atvikum ríkja, skipti lögfræðileg rök miklu, jafnvel öllu máli ef ákvarða á réttindi eins og skyldur annars.

### Lögfræðilegt mat

Við undirritaðir höfum í greinum okkar reynt að nálgast það sem við teljum vera lögfræðilega rétta niðurstöðu um ábyrgð á innlánnum. Í stuttu máli er niðurstaða okkar sú, í fyrri greininni sem birtist 15. okt. sl., að íslenska ríkið beri ekki ábyrgð á innistæðum í viðskiptabönkum og sparisjóðum. Með lögum um innistæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta frá árinu 1999 var sett á stofn innistæðutryggingarkerfi á grundvelli tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 94/19/EB um innlánatryggingarkerfi. Samkvæmt því ber Tryggingarsjóður innistæðueigenda og fjárfesta, sem er sjálfseignarstofnun, ábyrgð á innlánnum. Lánastofnanirnar sjálfar bera kostnaðinn við fjármögnun sjóðsins. Í 25. málsgrein aðfararorða tilskipunarinnar kemur fram að aðildarríkin geti ekki orðið ábyrg gagnvart innistæðueigendum ef þau hafa komið upp tryggingarkerfi í samræmi við tilskipunina eins og við gerðum hér á Íslandi á árinu 1999 og óumdeilt er.

Fyrir þessari niðurstöðu eru færð mörg önnur rök í grein okkar en ekki er ætlunin að rekja það frekar hér.

Í seinni grein okkar, sem birtist hinn 8. janúar sl., fjölluðum við um bótaskyldu Evrópusambandsins vegna innlánatrygginga. Komumst við að þeirri niðurstöðu að á grundvelli þess að ESB hafi vakið upp þær réttmætu væntingar að innlánstryggingarkerfin sem byggðust á tilskipun ESB myndu að lágmarki tryggja 20.000 evra innistæður hjá hverjum og einum. Því væri Evrópusambandið bótaskyld í þeim tilvikum þar sem tryggingarkerfin stæðu ekki undir þeim væntingum. Síðan sýndum við fram á að Evrópusambandinu var fullkunnugt um að innlánatryggingarkerfin væru ekki í stakk búin að mæta verulegum

áföllum eins og nú ríða yfir. Þá var það niðurstaða okkar að íslenska ríkið gæti öðlast sama rétt og innistæðueigendur ættu gagnvart ESB ef það greiddi þeim umfram skyldu greiðslur til að uppfylla réttmætar væntingar þeirra. Fyrir þessu eru færð marvísleg önnur rök en greinin er aðgengileg á vefslóðinni: <http://www.mbl.is/media/68/1168.pdf>

### **Eigum við að borga?**

Grein Yngva er að mestu leyti málflutningur fyrir því að við eigum að borga. Þannig segir hann að þrotabú bankanna komist ekki upp með það að greiða ekki til erlendra kröfueigenda út úr þrotabúum bankanna eða mismuna þeim miðað við aðra kröfuhafa. Sú niðurstaða hans er út af fyrir sig rétt enda er hún í samræmi við gildandi lög í landinu og óumdeild eftir því sem við vitum best. Hann heldur því síðan einnig fram að íslenska ríkið eigi að greiða innistæðueigendum en það teljum við hins vegar ekki rétt. Það er enginn munur á þrotabúum bankanna og Tryggingarsjóði innistæðueigenda og fjárfesta að þessu leyti – ríkið ber í hvorugu tilvikinu ábyrgð á skuldum þeirra. Tryggingarsjóðnum ber að greiða innistæðueigendum í samræmi við lög um hann og án þess að mismuna aðilum með sama hætti og greiða skal úr þrotabúum í samræmi við lög um gjaldþrotaskipti. Okkur ber sem sagt að greiða – en aðeins það sem lög mæla fyrir um.

Af framansögðu er því ljóst að við ákvörðun um það hvaða greiðslur okkur ber sem þjód að greiða vegna bankahrunsins verður að byggja á lögfræðilegu mati. Á það við hvort heldur fjallað er um greiðslur til almennra kröfuhafa bankanna, til innistæðueigenda eða annarra sem kröfur gera. Úr grein Yngva má lesa það viðhorf að því sé haldið fram af einhverjum að ríkið eigi ekki að greiða þær skuldbindingar sem réttilega er að því beint. Við þekkjum hins vegar ekki til þess að þessu hafi verið haldið fram. Að sjálfsögðu á íslenska ríkið að greiða það sem því ber, um það á ekki að þurfa að deila. Það getur hins vegar verið ágreiningur um það hvað fellur þar undir.

### **Réttarríkið – dómstólar**

Yngvi nefnir einnig að líklegt sé, ef íslenska ríkið hafni því að greiða til innistæðueigenda í samræmi við kröfur Bretlands og fleiri þjóða, muni þessi lönd sækja rétt sinn fyrir dómstólum. Vonandi er það rétt. Það er nefnilega þannig að ef ágreiningur er um réttindi og skyldur þá leysa menn úr honum fyrir dómstólum. Þá kröfu hefur íslenska ríkið sett fram og við það eigum við að halda okkur. Það er alveg fráleitt að halda því fram að málskókn fyrir alþjóðlegum dómstólum geti dregið úr trúverðugleika. Ef ríki eða ríkjasambönd vilja hins vegar beita öðrum aðferðum við lausn ágreiningsmála sinna eins og þvingunaraðgerðum eða nauðung þá er verið að fara á svig við grundvallarreglur réttarríkja.

Það er okkar skoðun að við eigum að byggja afstöðu okkar og kröfur á þeim lögum og reglum sem gilda í landinu og um þau alþjóðlegu samskipti sem við höfum samið um. Ef við teljum á rétti okkar brotið eigum við ekki að setta okkur við það heldur að ganga óhikað eftir rétti okkar. Við erum ekki í aðstöðu til að þvinga eða neyða önnur ríki til að lúta okkar vilja. Við höfum hins vegar möguleika til að standa á rétti okkar og láta reyna á hann, jafnvel með þeim hætti að greiða undir þvingunum og sækja þá fjármuni aftur. Það er ekki ásættanlegt að nýta sér ekki þann rétt sem við höfum þegar mörg hundruð milljarðar króna eru í húfi. Það eru sem sagt aðrar leiðir færar.

## Í hvaða liði eru stjórnvöld?, 3. mars 2009

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán Má Stefánsson:

"Það er því útilokað að innlánatryggingakerfi gæti verið fjármagnað af bönkunum þannig að því væri kleift að standa undir þeim greiðslum sem nú er krafist án þess að íþyngja starfsemi þeirra verulega."

HINN 26. febrúar sl. svaraði utanríkisráðherra fyrirspurn um hvort hann hafi látið kanna lögfræðileg rök fyrir því hvort Íslendingum beri lagaleg skylda til að greiða Icesave ábyrgðirnar og hver sé þá niðurstaða þeirrar skoðunar.

Í svarinu kemur m.a. fram að rök gagnaðila okkar séu samhljóða um að fráleitt sé að halda því fram að ábyrgð okkar takmarkist við eignir tryggingasjóða. Þá segir í svarinu að nokkur fjöldi álitsgerða liggi fyrir og að „þungvæg lögfræðileg rök eru talin hníga að því að túlka tilskipunina um innstæðutryggingar þannig að íslenska ríkið verði að hlaupa undir bagga með tryggingasjóðnum til að greiða lágmarkstryggingar ...“

### Trúnaðarmál

Þessar álitsgerðir og þau rök sem fram koma í þeim virðast þó samkvæmt svari ráðherra vera trúnaðarmál, hvernig sem á því stendur. Ráðherra nefnir reyndar í svari sínu að þrátt fyrir þetta þá hafi verið færð rök fyrir gagnstæðri skoðun, þ.e. að þar sem Ísland sé búíð að koma á fót tryggingasjóði í samræmi við tilskipun ESB þá höfum við fullnægt skyldum okkar.

Við undirritaðir höfum ítrekað sett fram þessar gagnstæðu skoðanir og engin rök hafa enn komið fram sem hnekkja þeim. Í máli sem varðar hagsmuni fyrir okkur Íslendinga upp á 650 milljarða króna er ekki boðlegt að láta við það sitja að fullyrða að til séu „þungvæg“ rök gegn því sem við höldum fram en ekki sé hægt að segja frekar frá þeim rökstuðningi.

### Innstæðutryggingakerfi

Skoðun okkar er í stuttu máli sú að við höfum fullnægt skuldbindingum okkar með því að koma á fót innstæðutryggingakerfi sem hefði dugað undir öllum venjulegum kringumstæðum. Í tilskipun ESB er hvergi kveðið á um ríkari skyldur en að koma á fót slíku kerfi. Innstæðutryggingakerfi eru með ýmsu móti í aðildarríkjum EES. Engar athugasemdir komu frá ESB við þau lög sem samþykkt voru hjá okkur árið 1999 um innlánstryggingakerfi.

### Markmið tilskipunarinnar

Einhverjir kunna að segja að það sé markmið laganna að innstæðueigendum sé a.m.k. tryggt ákveðið lágmark sem nefnt er í tilskipuninni og í lögnum, hvað sem á gengi og að aðildarríkin beri ábyrgð á því að markmiðin náist. Þessi sjónarmið koma hins vegar hvorki fram í tilskipuninni né lögnum og því verður ekki á þeim byggt.

### Fjármagnað af bönkunum

Í tilskipuninni segir að innstæðutryggingakerfin skuli fjármögnuð af innlánsfyrirtækjunum – sem sagt ekki ríkinu. Þá er sagt að tryggingakerfin megi ekki leggja þá bagga á innlánsfyrirtækin að það íþyngi bankastarfseminni. Því er augljóst að miklar takmarkanir eru á því hve langt má ganga við ákvörðun um framlög innlánsfyrirtækjanna.

## **Íslenskur raunveruleiki**

Í þessu samhengi er rétt að spyrja hvernig íslenska löggjöfin hefði þurft að vera úr garði gerð til að tryggja lágmarksgreiðslu til allra, samkvæmt tilskipuninni miðað við þær aðstæður sem sköpuðust á tiltölulega skömmum tíma fyrir bankahrunið. Svarið er að greiða hefði þurft hátt í 50% af öllum innstæðum inn í tryggingakerfið. Augljóslega myndi þannig fyrirkomulag ekki bara íþyngja bönkunum heldur beinlínis stöðva starfsemi þeirra.

## **Aldrei mögulegt**

Það er því útilokað að innlánatryggingakerfi gæti verið fjármagnað af bönkunum þannig að því væri kleift að standa undir þeim greiðslum sem nú er krafist án þess að íþyngja starfsemi þeirra verulega. Ekki einu sinni nálægt því. Þetta þýðir að það er ekki hægt að smíða innlánatryggingakerfi sem væri í samræmi við tilskipun ESB þannig að það gæti tekist á við bankahrun í líkingu við það sem við höfum gengið í gegnum.

Þetta eru ekki nýjar fréttir. Við höfum í fyrri skrifum vísað í skýrslu franska Seðlabankans frá árinu 2000 og skýrslu frá ESB frá því í maí í fyrra þar sem þetta kemur skýrt fram.

## **Ríkisábyrgð**

Getur það staðist að fyrirtæki séu starfrækt víða um heim á ábyrgð íslenska ríkisins án þess að ríkið sjálft hafi nokkuð um það að segja? Auðvitað er það ekki svo. Ábyrgð ríkisins á skuldbindingum annarra getur í meginatriðum orðið til með þrennum hætti; á grundvelli laga, þar sem ábyrgð ríkisins er skýrt sett fram, á grundvelli ábyrgðaryfirlýsinga með heimild í lögum eða með því að ríkið verður bótaskyld vegna aðgerða sinna eða aðgerðaleyfis á grundvelli sakar.

Síðastnefnda atriðið er það eina sem gæti átt við hér, þ.e. að ríkið hafi látið undir höfuð leggjast að koma á innlánatryggingakerfi í samræmi við tilskipun ESB. Eins og ríkið hefur verið hér að framan þá á það ekki við nein rök að styðjast.

## **Hvað segir tilskipunin?**

Ef ætlunin hefði verið að aðildarríkin bæru ábyrgð á því að fjármögnun kerfisins dygði a.m.k. fyrir lágmarksgreiðslu samkvæmt tilskipuninni hefði það að sjálfsögðu átt að koma fram í henni. Þá hefði einnig þurft að koma fram hvaða úrræðum aðildarríkin ættu eða mættu beita til að takmarka þá ábyrgð sem þannig gæti fallið á þau. Ekkert kemur fram í tilskipuninni um þetta. Þvert á móti er sagt að innlánsfyrirtækin fjármagni tryggingakerfið og aðildarríkin beri ekki ábyrgð á innstæðum ef tryggingakerfið hefur verið innleitt og framkvæmt í samræmi við tilskipunina.

## **Niðurstaða um ábyrgð**

Niðurstaðan af þessu er að forsenda þess að íslenska ríkið geti borið ábyrgð á Icesave ábyrgðunum sem utanríkisráðherra var spurður um er að sýnt sé fram á að Ísland hafi ekki innleitt tryggingakerfið samkvæmt tilskipun ESB eða framkvæmt það réttilega.

## **Afstaða ESB**

Í svari utanríkisráðherra kemur fram að það sé sameiginleg afstaða allra ESB-ríkjana auk Noregs að það séu fráleit lögfræðileg rök að ábyrgð á innstæðum takmarkist við eignir

tryggingasjóðanna. Í beinu framhaldi segir að málarekstur þar sem látið yrði á þetta reyna væri til þess fallinn að grafa undan, jafnvel kollvarpa trausti á fjármálakerfi Evrópu. Þau rök eru nokkuð örugglega góð og gild. Þau eru hins vegar hvorki lögfræðileg né fá þau samrýmst hagsmunum Íslands.

### **Pólitísk sjónarmið**

Það kann að vera hárrétt hjá evrópskum stjórnámálamönnum að skynsamlegt sé að koma í veg fyrir að deila um innlánstryggingakerfin fari fyrir óháða dómstóla. Slíkt dómsmál er líklegt til að draga fram galla kerfisins og draga verulega úr tiltrú á því. Ekki er fjarri að sýna því skilning að ESB-ríkin vilji ekki að þessi mál fari fyrir dómstóla. Það er hins vegar aldrei hægt að samþykkja að fórnarkostnaðurinn verði lagður á okkar litla land án þess að lögfræðileg rök liggi til þess.

### **Icesave ábyrgðirnar**

Í þessu samhengi má ekki láta rugla sig í ríminu með tali um að kostnaðurinn við Icesave ábyrgðirnar verði á bilinu 70 til 150 milljarðar kr. Sú upphæð byggist á því að verulegar eignir séu til í Landsbankanum gamla og að neyðarlögin svokölluðu haldi, en með þeim voru innstæður gerðar að forgangskröfum á kostnað annarra krafna.

Í fyrsta lagi getur auðveldlega brugðið til beggja vona með að áætlanir um verðmæti eigna í gamla Landsbankanum standist. Í öðru lagi liggur það fyrir að látið verður reyna á það hvort neyðarlögin standist að þessu leyti. Reynist neyðarlögin ekki standast þá verðum við að borga alla 650 milljarðana með vöxtum og vaxtavöxtum.

### **Við erum öll í sama liði**

Við undirritaðir höfum á eigin forsendum fjallað fyrir um þetta málefni í nokkrum greinum hér í Morgunblaðinu. Okkar von er sú að þau stjórnvöld, sem með þessi mál fara, beiti sér af fullum þunga fyrir rétttri lögfræðilegri niðurstöðu og láti engan bilbug á sér finna gagnvart þeim aðilum sem virðast vilja neyta aflsmunar gagnvart okkur í nafni samvinnu og vináttu.

Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður og Stefán Már Stefánsson er prófessor.

## Áskorun til þingmanna, 12. júní 2009

Eftir Lárus Blöndal og Stefán Má Stefánsson:

"Þjóðin hlýtur að spyrja: treysta þingmenn sér til að taka ákvörðun um að skuldsetja hana um 650 milljarða kr. auk hárra vaxta, án þess að skýr og afdráttarlaus rökstuðningur liggi að baki?"

VIÐ undirritaðir höfum ritað allmargar greinar þar sem við höfum fært lögfræðileg rök fyrir því að okkur sem þjóð beri ekki að endurgreiða þeim innistæðueigendum sem lögðu inn hjá íslensku bönkunum erlendis fyrir hrunið. Við höfum ekki fengið nein málefnaleg rök sem hnekkja okkar ályktunum.

Ríkisábyrgð verður ekki til úr engu. Til að hún stofnist þarf afdráttarlaus lagaheimild sem ekki er til staðar í dag vegna innistæðutryggingasjóðs. Við höfum verið þátttakendur í samstarfi ríkja í Evrópu þar sem við höfum tekið upp reglur sem samdar hafa verið af Evrópusambandinu. Ekkert í þeim reglum gerir íslenska ríkið ábyrgt fyrir starfsemi íslenskra einkabanka. Þær reglur hafa hins vegar ekki staðist þær væntingar sem ESB hefur byggt upp í kringum þær. Þær reyndust gallaðar og náðu ekki markmiðum sínum. Þeir ágallar geta hins vegar ekki verið á ábyrgð íslenskrar þjóðar að okkar mati.

Þeir samningar sem nú hafa verið kynntir þjóðinni eru tæpast ásættanlegir. Ekki er með góðu móti unnt að réttlæta að við tökum á okkur ábyrgð sem við höfum aldrei gengist undir eða berum ábyrgð á með öðrum hætti, hvað þá að það sé gert á þeim kjörum sem um hefur verið samið.

Við köllum eftir lögfræðilegum rökstuðningi fyrir þeim samningum sem búið er að undirrita. Ákvörðunin um undirritun samninganna er stór á alla mælikvarða. Hún er m.a. stór í því ljósi að ekki liggur fyrir hve mikill hluti heildarfjárhæðarinnar, 650 milljarða króna að viðbættum háum vöxtum, kemur í hlut Íslendinga að greiða eða hvort innistæður njóti forgangs fram yfir aðrar kröfur samkvæmt neyðarlögunum. Það er engan veginn hægt að ganga út frá því að það ákvæði neyðarlaganna standist. Það liggur hins vegar fyrir að kröfuhafar allra gömlu bankanna munu láta á þetta reyna og breytir umræddur samningur þar engu um. Ef þetta forgangsákvæði laganna stenst ekki verður greiðslubyrði íslenska ríkisins margfalt meiri en ætla mætti samkvæmt kynningu á samningnum.

Samninganefnd Íslands hefur skilað sínu verki. Forsendan í starfi hennar virðist hafa verið sú að okkur bæri skylda til að greiða og því ekki annað að gera en að semja um greiðslukjör. Þessi nálgun er ekki í samræmi við þá þingsályktun sem samþykkt var þann 5. desember sl. á Alþingi né þá kynningu sem fram fór á hlutverki samninganefndarinnar þegar hún var skipuð. Í þingsályktuninni ályktar Alþingi aðeins að fela ríkisstjórninni að leiða til lykta samninga við viðeigandi stjórnvöld á grundvelli tiltekinna viðmiða. Í þeim viðmiðunum er hins vegar ekkert að finna sem bendir til að Alþingi hafi litið svo á að íslenska ríkið væri greiðsluskylt.

Í kynningu nefndarinnar á samningnum kemur ekki fram hvers vegna rökum, sem leiddu til þess að íslenska ríkinu bæri ekki að greiða, hafi verið hafnað í samningaviðræðunum. Ekki liggur heldur fyrir hvers vegna alþjóðlegir dómstólar voru ekki fengnir til að skera úr um

deiluna svo sem eðlilegt hefði verið í samskiptum ríkja. Hafi þau sjónarmið ekki verið höfð að leiðarljósi í samningaviðræðunum að Ísland væri ekki greiðsluskilyt var fyrirfram lítil von til þess að ná viðunandi samningum.

Nú er komið að Alþingi Íslendinga að taka afstöðu til málsins. Ef til eru lögfræðileg rök fyrir þeim niðurstöðum sem samninganefndin hefur samið um, þá verður að kynna þau. Það er nauðsynlegt að um þau sé rætt og að skipst sé á skoðunum um þau. Jafnframt verður að greina frá því hvers vegna dómstólaleiðin var ekki valin. Hins vegar er ljóst að ef ekki er upplýst um röksemdir samninganefndarinnar eru þingmenn í jafnmikilli óvissu um það á hverju hún byggist og aðrir landsmenn. Á hverju eiga þeir þá að byggja sína afstöðu?

Séu niðurstöður samninganna byggðar á pólitískum sjónarmiðum, t.d. vegna mögulegrar aðildarumsóknar Íslands að ESB, eða beinum eða óbeinum þvingunum, verður að upplýsa það. Síðan verða þingmenn að taka upplýsta ákvörðun um hvort þau sjónarmið réttlæti skuldsetningu þjóðarinnar sem hljóða upp á óvissar en gríðarlegar fjárhæðir þrátt fyrir að lögfræðileg rök hnígi í aðra átt.

Það er algjörlega á valdi Alþingis að ákveða hvert framhald þessa máls verður óháð því hvað núverandi og fyrrverandi ríkisstjórnir kunna að hafa sagt eða gert. Við skorum á þingmenn á Alþingi Íslendinga að krefjast þess að öll rök fyrir þeim samningi sem gerður hefur verið, hvort sem þau eru lögfræðileg eða pólitísk, verði kynnt þingi og þjóð og að ákvörðun verði síðan tekin í framhaldi af því. Þjóðin hlýtur að spyrja: treysta þingmenn sér til að taka ákvörðun um að skuldsetja hana um 650 milljarða kr. auk hárar vaxta, án þess að skýr og afdráttarlaus rökstuðningur liggi að baki?

*Lárus er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már er prófessor.*



## Mismunun og Icesave, 6. júlí 2009

Eftir Stefán Má Stefánsson og Lárus L. Blöndal:

"... þau sjónarmið, sem fram hafa komið, um að „mismunun“ íslenskra stjórnvalda gagnvart eigendum innistæðna í útibúum íslensku bankanna erlendis hafi skapað greiðsluskyldu, fá ekki staðist."

Í GREINUM sem við undirritaðir höfum ritað um ábyrgð Íslands á innistæðum í íslenskum bönkum höfum við m.a. komist að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið sé ekki greiðsluskylt samkvæmt tilskipunum ESB um innistæðutryggingar. Þau rök hafa komið fram gegn þessari niðurstöðu okkar að innistæðueigendur í erlendum útibúum íslenskra banka hafi verið beittir mismunun sem eigi að leiða til greiðsluskyldu. Þetta teljum við ekki rétt og setjum því hér fram nokkur atriði sem fela í sér rökstuðning fyrir þeirri niðurstöðu.

### **Forgangsréttur innistæðueigenda innan „gömlu“ bankanna.**

Með 6. gr. laga nr. 125/2008 (neyðarlögin) var kveðið á um að við skipti á búi fjármálafyrirtækis skyldu kröfur vegna innstæðna samkvæmt lögum um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta njóta rétt hæðar samkvæmt 1. mgr. 112. gr. gjaldþrotalaga.

Þetta þýðir að kröfur innstæðueigenda í fjármálafyrirtækjum fá forgang og verða greiddar áður en kemur til greiðslu á kröfum almennra lánadrottna úr búum þeirra. Umræddar reglur um forgang hafa almennt gildi þannig að þær gilda jafnt fyrir innstæðueigendur hér á landi og í útibúum erlendis.

Ákvæðið felur því ekki í sér mismunun gagnvart erlendum innstæðueigendum því að þeir sitja við sama borð og þeir íslensku sé tekið mið af réttarstöðunni innan „gömlu bankanna“.

### **Fólst mismunun í stjórnsluákvörðuninni um yfirtöku banka?**

Með 3. mgr. 1. gr. neyðarlaganna var gert ráð fyrir því að ríkið geti stofnað „hlutafélag“ til að taka við rekstri fjármálafyrirtækis. Samkvæmt þessari heimild tók íslenska ríkið yfir Glitni banka hf., Kaupþing banka hf. og Landsbanka Íslands hf. að öllu leyti á haustdögum 2008, samkvæmt ákvörðun Fjármálaeftirlitsins.

Með stjórnsluákvörðun Fjármálaeftirlitsins var „innlend bankastarfsemi“ tekin út úr gömlu bönkunum og stofnað um þau hlutafélög í opinberri eigu. Þar með fylgdu innstæður í bönkum hér á landi hvort sem þær tilheyrðu innlendum eða erlendum aðilum. Hér er um að ræða hlutafélög sem njóta ekki ríkisábyrgðar að neinu leyti. Fullt verð verður greitt fyrir þann hluta, sem tekinn var, þannig að nettóandvirði rennur inn í bú gömlu bankanna og kemur þar til úthlutunar með venjulegum hætti.

Gera verður ráð fyrir því að innstæðueigendurnir í „nýju bönkunum“ séu einkum persónur eða fyrirtæki sem eiga heimili og stunda vinnu eða hafa starfsemi hér á landi. Það er forsenda fyrir tilvist hvers fullvalda ríkis að til séu bankastofnanir sem eru tengdar ríkinu traustum böndum og hafa það hlutverk að geyma, ávaxta og miðla peningum til verkefna innanlands. Fullvalda ríki verður tæpast byggt og rekið á annarri forsendu.

Spyrja má hvort innstæðueigendur íslenskra bankaútibúa erlendis hafi með umræddri aðgerð verið beittir mismunun miðað við eigendur innstæðna sömu banka hér á landi.

Þess er þá fyrst að geta að ríki eru sjálfstæðir aðilar bæði að EES- og ESB-rétti og mynda raunar grundvöll eða stoðir samninganna um þau. Þannig er réttur og tilvist þjóðríkja

sérstaklega varinn í samningunum um ESB og EES-samningurinn telst samningur milli sjálfstæðra ríkja og ESB. Sú grundvallarregla gildir að þær stofnanir sem starfa eftir samningunum um ESB eða EES geta ekki tekið sér neitt vald sem ekki er veitt þeim í samningunum.

Samkvæmt Maastrichtsamningnum ber ESB að virða einkenni og stjórnkerfi aðildarríkjanna enda er þar gert ráð fyrir tilvist aðildarríkjanna með margvíslegum hætti. Þessi sjónarmið eiga auðvitað enn frekar við um EFTA/EES-ríki sem hafa ekki tekið þátt í þeim samruna sem ESB stefnir að. Af því leiðir svo aftur að heimilt er og lögmætt að taka tillit til sjónarmiða sem varða brýna efnahagslega hagsmuni eins aðildarríkis án þess að taka tillit til efnahags annars aðildarríkis þar sem slík sjónarmið eiga ekki við að sama skapi. Það er því ljóst að hvert ríki hefur víðtækan rétt til að verja tilverurétt sinn hvort sem miðað er við samningana um ESB eða EES.

Niðurstaðan af þessum hugleiðingum er sú að fyrrgreindar aðgerðir stjórnvalda voru taldar nauðsynlegar til að verja og viðhalda bankakerfi innanlands. Slíkt hefði ekki verið unnt að gera með því að tryggja innistæðueigendum í erlendum útibúum sömu meðferð. Þeir sem þar áttu innistæður eru ekki í neinum sambærilegum hagsmunatengslum við Ísland og þeir sem eiga innistæður hér á landi. Verulegar líkur eru á því að innstæðueigendur erlendis hefðu einfaldlega tekið út allar innistæður sínar ef reglurnar hefðu verið látnar ná til þeirra og þar með gert innlenda bankastarfsemi að engu. Auðvitað er ekki hægt að ætlast til þess að eigendur innistæðna erlendis hefðu leyst út íslenskar krónur og notað hér á landi með sama hætti og þeir sem áttu innistæður hérlendis.

Meginatriðið er að innistæðueigendur útibúa, t.d. í Bretlandi og Hollandi, eru ekki tengdir íslenskum hagsmunum með sama hætti og menn og fyrirtæki með heimili hér á landi, t.d. með hliðsjón af fjárfestingum, félagslegri aðstoð, sköttum og fleiri atriðum.

Af þessu má ráða að innistæðueigendur í erlendum útibúum íslenskra banka voru í annarri stöðu heldur en þeir sem áttu inneignir í sömu bönkum hér á landi. Réttarstaða þeirra var með öðrum orðum ekki sambærileg. Af því leiðir að ekki var um mismunun að ræða við fyrrgreinda aðgerð.

Þessu til viðbótar er rétt að koma því á framfæri að það er vel þekkt í Evrópurétti að ráðstafanir sem kunna að fela í sér mismunun en eru engu að síður óhjákvæmilegar vegna *þjóðfélagsþarfa í almannabágu* fá staðist. Má nefna marga dóma dómstóls ESB því til sönnunar. Enginn vafi er á því að verði talið að efnahagslegt hrun hafi blasað við hér á landi nægir það til að réttlæta frávik frá umræddri meginreglu.

Skilyrðin fyrir frávikunum eru þó ávallt þau að gætt sé meðalhófs. Er erfitt að sjá að vægari kostur hafi verið í stöðunni. Þess ber einnig að gæta að samkvæmt dómafordæmum dómstóls EB hafa aðildarríkin sjálf talsvert mat um það hvort fyrrgreindum skilyrðum hafi verið fullnægt enda tæpast á færi dómstóls að meta aðgerðir til að koma í veg fyrir efnahagshrun heillar þjóðar.

### **Yfirlýsing stjórnvalda um ábyrgð ríkisins á greiðslu til innstæðueigenda**

Forsætisráðherra gaf þá yfirlýsingu seint á síðastliðnu ári að íslenska ríkið myndi tryggja innlánseigendum hér á landi fjárhæðir þeirra á innstæðureikningum. Yfirlýsingin mun hafa verið sett fram umfram skyldur íslenska ríkisins og væntanlega í þeim tilgangi að tryggja að unnt væri að starfrækja innlenda innlánastarfsemi í framtíðinni, reyna að viðhalda sparnaðarvilja almennings, tryggja efnahagslegan stöðugleika og koma í veg fyrir efnahagslegt hrun.

Þrátt fyrir þetta er hér aðalatriðið að yfirlýsing ráðherra af þessu tagi er óskuldbindandi því henni var aldrei fylgt eftir með lögum (hún krefst samþykkis í fjárlögum, fjáráskjalögum eða venjulegum lögum) né kom hún til framkvæmda á einn eða neinn hátt. Þvert á móti verða innistæðueigendur í „nýju bönkunum“ að sætta sig við að bankarnir eru reknir í formi hlutafélaga og ábyrgðin í aðalatriðum takmörkuð við gjaldþol þeirra félaga.

Af þessum sökum fellur umrædd yfirlýsing stjórnvalda hvorki undir 4. gr. EES-samningsins né önnur ákvæði hans um fjórfrelsið. Í fyrri skrifum okkar höfum við einnig talið að yfirlýsingar af þessu tagi féllu ekki undir gildissvið nefndrar 4. gr. Verður sú umræða ekki endurtekin.

### **Niðurstaða**

Af framangreindu má vera ljóst að þau sjónarmið, sem fram hafa komið, um að „mismunun“ íslenskra stjórnvalda gagnvart eigendum innistæðna í útibúum íslensku bankanna erlendis hafi skapað greiðsluskyldu, fá ekki staðist. Gildir þetta hvort sem horft er til neyðarlaganna, stjórnvaldsákvæðana í tengslum við endurreisn bankakerfisins eða yfirlýsingar ráðherra um ríkisábyrgð á innistæðum.

*Stefán Már er prófessor. Lárus er hæstaréttarlögmaður.*

## **Icesave-samningarnir, 7. ágúst 2009**

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán M. Stefánsson:

"Við teljum nauðsynlegt að greina lögfræðilega stöðu Íslands áður en gengið er frá samningunum af hálfu íslenska ríkisins."

Í UMRÆÐUNNI undanfarnar vikur hefur athygli manna beinst að lánasamningunum sem liggja fyrir Alþingi. Stefnt er að því að Alþingi taki fljótlega endanlega afstöðu til samninganna. Því eru hér dregnar fram nokkrar staðreyndir og sjónarmið sem máli skipta um leið og við vitnum til fyrri skrifa.

Við teljum nauðsynlegt að greina lögfræðilega stöðu Íslands áður en gengið er frá samningunum af hálfu íslenska ríkisins. Jafnvel þótt sú afstaða sé tekin að ganga til samninga um að greiða, þá hefur það augljóslega úrslitaáhrif á samningsstöðu okkar hvort íslenska ríkið telur sig vera að taka á sig ábyrgð umfram skyldu eða ekki. Því verður þessi lögfræðilegi grundvöllur ávallt að vera í forgrunni í umræðunni. Jafnframt verður að gæta þess að samningsniðurstaðan sé hófleg og sanngjörn miðað við þennan grundvöll.

### **Engin ríkisábyrgð**

Afstaða okkar í Icesave-málunum er og hefur verið að engin ríkisábyrgð hvíli á innistæðutryggingarsjóðnum. Veigalítil lögfræðileg rök hafa komið fram gegn sjónarmiðum okkar. Rökin hafa hins vegar einkum verið af öðrum toga en lögfræðilegum, m.a. af hálfu samninganefndarinnar. Hafi tryggingarkerfinu verið ætlað verja innistæðueigendur gegn öllum mögulegum áföllum, að lágmarki að fjárhæð rúmlega 20.000 evrur, þá er ljóst að kerfið hefur reynst meingallað. Það er að tæpast á ábyrgð Íslands heldur fremur Evrópusambandsins sem samdi reglurnar og setti þær í umferð.

### **Vinnubrögð Íslands**

Það vandamál sem við blasir nú má m.a. rekja til þess að ekki var leitað eftir viðeigandi ráðgjöf, innlendri sem erlendri, áður en yfirlýsingar voru gefnar og samningar undirritaðir. Þegar bresk lögfræðistofa sem ráðin var af íslenska ríkinu til ráðgjafar gefur með skýrum hætti til kynna að hún telji að við höfum lögin okkar megin þá virðast ábendingar hennar um frekari skoðun málsins ekki teknar til greina. Hvers vegna var þessa álits og annarra lögfræðilegra álita ekki aflað til stuðnings málstað Íslands?

### **Að standa við skuldbindingar**

Íslandi ber að standa við allar alþjóðlegar skuldbindingar. Í því felst hins vegar ekki að falla frá rétti til að hafa skoðun á því hverjar skuldbindingar Íslands eru, berjast fyrir þeim og að fá ágreining leystan fyrir erlendum úrskurðaraðilum. Samningarnir sem Alþingi fjallar nú um bera þess tæpast merki að lögfræðileg sjónarmið til hagsbóta fyrir Ísland hafi náð fram að ganga. Sú staðreynd bendir til þess að þeim hafi ekki verið nægjanlega haldið fram.

### **Samningarnir og lágmarkstryggingin**

Fyrir liggur að ríkisstjórnin hefur ákveðið að semja umfram skyldu um að Ísland ábyrgist lágmarkstrygginguna svokölluðu, að fjárhæð rúmlega 20.000 evrur fyrir hvern innistæðueigenda sem tryggingarsjóðurinn tryggir.

Í umræðunni hefur komið fram að lánafyrirgreiðsla frá ýmsum ríkjum og sjóðum fáist ekki nema gengið sé frá umræddum samningum á þennan hátt. Hefur þetta verið formlega staðfest

og skiptir ekki máli hvers efnis samningarnir eru? Er eðlilegt að þessu skilyrði sé fullnægt með því að rita samningana nánast á forsendum gagnaðila? Ef einhvers konar óeðlilegri nauðung hefur verið beitt gegn Íslandi skiptir líka máli að opnuð sé leið þannig að Ísland geti sótt rétt sinn í framtíðinni.

### **Íslenskur gjaldþrotaréttur**

Samkvæmt samningunum er niðurstaðan sú að þrátt fyrir að við greiðum innistæðueigendunum fyrstu evrunar, þ.e. rúmlega 20.000 evrur, þá hafa innistæðueigendurnir jafnan rétt á við íslenska tryggingasjóðinn til greiðslna úr þrotabúum bankanna vegna viðbótarinnistæðna sem þeir kunna að hafa átt. Hollenska og breska ríkið munu einnig eiga jafnan rétt við íslenska tryggingasjóðinn vegna þess sem þeir hafa greitt innistæðueigendum umfram greiðslur sjóðsins.

Eins og þeir Hörður Felix Harðarson og Ragnar H. Hall hæstaréttarlögmenn og Eiríkur Tómasson prófessor hafa gert grein fyrir m.a. í Morgunblaðinu hinn 20. júlí sl. teljum við þá niðurstöðu samninganefndarinnar í ósamræmi við íslensk gjaldþrotalög sem óumdeilanlega gilda við þessi skipti. Forgangskrafa hvers innistæðueiganda telst *ein krafa*. Sú staðreynd breytist ekki við innlausn eins eða fleiri aðila og henni eða hlutum hennar fylgja við innlausn réttindi á hendur þrotabúi samkvæmt 115 gr. gjaldþrotalaga. Engin atvik hafa komið fram sem gefa til kynna að um tvær eða fleiri kröfur væri að ræða við innlausn fleiri en eins aðila. Af þessu leiðir að þegar íslenski tryggingasjóðurinn greiðir fyrstu rúmlega 20.000 evrunar þá öðlast hann jafnframt réttinn til að fá fyrst þá fjárhæð greidda áður en sá eða þeir sem eiga þann hluta kröfunnar sem eftir stendur fá greiðslu til sín.

Í andsvörum fulltrúa samninganefndarinnar hefur sú skoðun annars vegar verið sett fram að greiðslufyrirkomulagið sé í samræmi við íslenskan gjaldþrotarétt og hins vegar að önnur aðferð færi í bága við EES-samninginn. Að því er fyrra atriðið varðar þá fær sú skoðun ekki staðist eins og fyrr hefur verið rökstutt. Frekar er ástæða til að spyrja hvers vegna samninganefndin hélt ekki þessum reglum gjaldþrotaréttarins til streitu í stað þess að fallast á sjónarmið gagnaðila. Um síðara atriðið er það að segja að skipti í búi Landsbankans (þ.m.t. útibú erlendis) fara fram samkvæmt íslenskum lögum og er það í samræmi við tilskipun ESB. Fyrrgreind regla um rétt til greiðslu við úthlutun úr þrotabúi, sem við teljum að gildi hér á landi, tekur með engum hætti mið af þjóðerni kröfuhafa en mismunun á grundvelli þjóðernis er bönnuð í EES-rétti. Þar eru allt önnur sjónarmið sem liggja til grundvallar. EES-samningurinn kemur því ekki frekar til álita við úrlausn þessa álitaefnis.

### **Önnur atriði varðandi samningana**

Við teljum að samningarnir séu að öðru leyti gallaðir í mörgum atriðum. Hér skulu nokkur atriði nefnd:

Samningarnir eru nefndir lánasamningar en ekki milliríkjasamningar og fjalla ekki um lausn á deiluefni milli ríkja eins og rétt væri heldur uppgjör á skuldum. Þetta hefur margvísleg áhrif, m.a. að ekkert er fjallað um deiluefnið sjálft á milli viðkomandi ríkja og að verið sé að ná niðurstöðu sem ætlast er til að báðir aðilar geti sætt sig við og efnt. Í samningunum er ekkert fjallað um forsendur fyrir uppgjörinu og þá ekki hvaða áhrif breytingar á þessum forsendum hefðu á efndir þeirra. Áberandi er að ákvæði um varnarþing eru algerlega einhliða í þágu gagnaðila. Í grein í Morgunblaðinu gerðum við grein fyrir því að Evrópubandalagið sjálft kynni að vera bótaskyldt vegna óljósrar og ófullkominnar löggjafar um innistæðutryggingar. Samkvæmt samningunum virðist ekkert tillit hafa verið tekið til þessa sjónarmiðs eða haldið opinni leið fyrir Ísland til að láta á slíkt reyna. Ekki er óhugsandi að bresk stjórnvöld kunni að hafa farið offari þegar þau beittu hryðjuverkalögum gegn íslenskum bönkum og valdið þar

með tjóni. Eðlilegt hefði verið að þetta álitafni hefði verið leyst í umræddum samningum. Ekki er gerð nein grein fyrir því hvernig með skuli fara ef neyðarlögin um forgang innistæðueigenda reynast ekki standast íslenska stjórnarskrá. Í samningum er aðeins að finna endurskoðunarákvæði sem veitir Íslandi engan sjálfstæðan rétt í tilvikum sem þessum. Í samninginn skortir ákvæði sem veitir færi á endurskoðun komist alþjóðlegir dómstólar síðar meir að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið um greiðsluskyldu íslenska ríkisins að ræða eða að hún hafi verið mun takmarkaðri en samningurinn gerir ráð fyrir. Engin ákvæði eru í samningunum sem tryggja stöðu Íslands ef til þess kæmi að ekki reyndist unnt að standa undir greiðslum samkvæmt samningunum. Samningur sem getur fyrirsjáanlega leitt til slíkrar niðurstöðu varðar fullveldi þjóðarinnar og vekur stjórnarskrárlegar spurningar.

### **Þáttur Alþingis**

Alþingismenn eiga nú leikinn. Engin ríkisábyrgð er fyrir hendi fyrr en Alþingi hefur samþykkt slíka ábyrgð. Að okkar mati eiga alþingismenn tvo kosti í þessu máli. Ef þeir taka eingöngu mið af lagalegri stöðu okkar þá segja þeir nei við Icesave- samningunum. Ef það er pólitískt mat þeirra að við verðum að semja verður að koma fram skýr rökstuðningur fyrir því og síðan verður að vísa málinu aftur í samningsferli. Alla vega er ljóst að samningarnir geta ekki staðið eins og þeir eru lagðir fyrir Alþingi.

*Lárus er hæstaréttarlögmaður og Stefán er prófessor og höfundur kennslubóka í Evrópu- og gjaldþrotarétti.*

## Hvað stendur eftir?, 31. október 2009

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán M. Stefánsson:

"Sú hugsun sem bjó að baki fyrirvörunum má segja að hafi fyrst og fremst lotið að því að tryggja réttarstöðu Íslands."

MEÐ lögum nr. 96/2009 sem samþykkt voru 2. september sl. samþykkti Alþingi ríkisábyrgð vegna hinna svokölluðu Icesave-lánasamninga. Samþykki Alþingis var með nokkrum veigamiklum fyrirvörum sem í reynd gerbreyttu þeim hugmyndum sem fram komu í lánasamningunum sem undirritaðir voru 5. júní sl. Varð þetta niðurstaða margra vikna vinnu alþingismanna til að ná sáttum í þessu máli. Það kom þó skýrt fram í þjóðfélagsumræðunni að fjölmargir töldu engu að síður of langt gengið í veitingu ríkisábyrgðar. Lítið bar hins vegar á því að menn teldu of skammt gengið.

Sá grundvallarmunur er á lánasamningunum frá 5. júní sl. og fyrirvörunum sem fram koma í lögum 96/2009 að samkvæmt lánasamningunum var ábyrgð íslenska ríkisins á skuldbindingum Tryggingarsjóðsskilyrðislaus að mestu og háð túlkun breskra dómstóla. Í vissum tilvikum gátu íslensk stjórnvöld þó óskað endurskoðunar en gagnaðili var hinsvegar ekki að neinu leyti bundinn af þeirri ósk. Lög nr. 96/2009 fólu hins vegar í sér að ábyrgð íslenska ríkisins varð skilyrtog því hefði ekki komið til hennar eða ábyrgðin takmarkast verulega ef tiltekin atvik gerðust, sbr. síðar. Hin skilyrta ábyrgð ríkisins taldist eðlileg og rökrétt með hliðsjón af því að íslenska ríkið hefur ekki viðurkennt skuldbindinguna sjálfa og hefur að auki ýmislegt að athuga við fjárhæð hennar. Þessa hugsun má einnig orða þannig að skilyrðislaus ríkisábyrgð við þessar aðstæður sé lögfræðilega ótæk niðurstaða.

### Fyrirvararnir

Rétt er að rifja upp hvaða breytingar/fyrirvarar höfðu mesta þýðingu til að takmarka ábyrgð ríkisins samkvæmt lögum.

1. Gildistími ábyrgðarinnar var tímabundinn til 5. júní 2024. Eftir það féll hún niður.
2. Sett voru efnahagsleg viðmið sem takmörkuðu ábyrgð ríkisins við ákveðið hámark af vexti vergrar landsframleiðslu á hverju ári. Þetta átti að tryggja að greiðslur yrðu ávallt innan greiðsluþols íslenska ríkisins. (Nefndarálit meirihluta fjárlaganefndar 19/8 2009, þingskjal 335)
3. Gerður var fyrirvari um það að Ísland hafi ekki fallið frá þeim rétti sínum að fá úr því skorið hvort aðildarríki EES-samningsins beri ábyrgð gagnvart innistæðueigendum við fall banka. Ákvæðið miðaði að því að fengist sú niðurstaða hjá þar til bærum úrskurðaraðila, sem gæti t.d. verið íslenskur dómstóll, að slík skylda væri ekki til staðar að einhverju leyti eða öllu, þá gæti íslenska ríkið losnað undan ábyrgðinni samkvæmt því.
4. Þá miðaðst ábyrgðin við að farið yrði að íslenskum lögum við uppgjör og úthlutun eigna úr Landsbanka Íslands. Var ábyrgðin takmörkuð við að látið yrði á það reyna hvort kröfur Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta gengju ekki samkvæmt íslenskum lögum framfar öðrum hlutum krafna vegna sömu innstæðu við úthlutun úr búi Landsbankans. Yrði niðurstaðan tryggingarsjóðnum í hag skyldi ábyrgð íslenska ríkisins lækka samsvarandi.

Sú hugsun sem bjó að baki fyrirvörunum má segja að hafi fyrst og fremst lotið að því að tryggja réttarstöðu Íslands. Í fyrsta lagi með því setja þessi tímamörk þannig að margar kynslóðir Íslendinga þurfi ekki að gjalda bankahrunsins. Í öðru lagi að takmarka greiðsluskyldu íslenska ríkisins þannig að því væri mögulegt að standa undir þeim skuldbindingum sem ríkisábyrgðinni fylgir. Í þriðja lagi að reyna að fá hnekktt ábyrgð íslenska ríkisins á innstæðum áður en til greiðslu af lánasamningunum kæmi. Í fjórða lagi að tryggja

að réttarstaða krafna Tryggingarsjóðs innstæðueigenda við úthlutun úr búi Landsbankans sé ekki skert með lánasamningunum og þar með aukið á greiðsluskuldbindinguna.

### **Nýja frumvarpið**

Nú er komið fram nýtt frumvarp sem gerir ráð fyrir breytingu á lögum nr. 96/2009 frá 2. september sl. Þó skammt sé um liðið síðan Alþingi samþykkti löginn um ríkisábyrgðina eru breytingarnar verulegar. Sú grundvallarbreyting hefur orðið samkvæmt frumvarpinu að snúið er til baka til fyrra horfs, þ.e. ábyrgð ríkisins er nú aftur orðin hluti af lánasamningunum, dómsvald til að túlka samningana fellur undir breska dómstóla og ábyrgð íslenska ríkisins er aftur orðin *skilyrðislaus*.

Áhugavert er að skoða hvernig fer fyrir þessum veigamestu fyrirvörum sem hér að framan eru taldir ef frumvarpið verður samþykkt:

1. Tímabinding ábyrgðarinnar er felld út. Ríkisábyrgðin er sem sagt ótímabundin. Margar kynslóðir Íslendinga gætu því orðið ábyrgar fyrir Icesave-skuldbindingunum.

2. Efnahagslegu viðmiðunum er breytt verulega. Þannig skal ávallt greiða vexti óháð því hvort hagvaxtaraukning verður á Íslandi eða ekki. Fjárhæð vaxtanna hleypur á mörgum tugum milljarða kr. á ári a.m.k. fyrstu árin. Hafi meirihluti fjárlaganefndar og þeirra ráðgjafar reiknað rétt þegar þessi fyrirvari um greiðsluhámark var settur inn í löginn um ríkisábyrgðina, er ljóst að þessar fjárhæðir eru líklega umfram það sem þjóðarþúið getur borið. Það þýðir að þjóðin getur væntanlega ekki staðið undir þessari ríkisábyrgð.

3. Íslenska ríkið getur ekki tryggt að ríkisábyrgðin falli niður jafnvel þó þar til bær úrskurðaraðili kæmist að þeirri niðurstöðu að ríkið bæri ekki ábyrgð á innistæðum. Samkvæmt frumvarpinu skal ríkisábyrgð vera bundin þeim fyrirvara að viðræður fari fram milli Íslands og viðsemjenda þess um áhrif slíkrar niðurstöðu á lánasamningana og skuldbindingar ríkisins. Bretar og Hollendingar eru auðvitað ekki bundnir af þessum ákvæðum og samkvæmt lánasamningunum er ábyrgð íslenska ríkisins skilyrðislaus eins og áður sagði. Íslenska ríkið á það því alfarið undir breskum og hollenskum stjórnvöldum hvert framhald málsins verður. Niðurstaða dómstóla breytir því engu um Icesave ábyrgðina verði þetta frumvarp samþykkt nema Hollendingar og Bretar samþykki það.

4. Samkvæmt frumvarpinu er ekki lengur gert ráð fyrir að ríkisábyrgðin takmarkist við að úthlutun og uppgjör á eignum Landsbankans fari fram samkvæmt íslenskum lögum eins og þau verða skýrð af dómstólum landsins. Látið er duga að setja inn í viðaukasamninginn við Breta að þeim sé kunnugt um að Tryggingarsjóður innstæðueigenda kunni að leita úrskurðar um hvort hans kröfur gangi framur öðrum kröfum vegna sömu innlána. Eins og áður segir eru skuldbindingar íslenska ríkisins hins vegar skilyrðislausar samkvæmt lánasamningnum og við túlkun hans gilda bresk lög. Af þessum sökum verður ekki séð að neitt lögfræðilegt hald sé í þessu ákvæði viðaukasamningsins við Breta að þessu leyti og fyrirvarinn því orðinn marklaus gagnvart þeim.

Í viðaukasamningnum við Hollendingana er því haldið opnu að hægt sé að bera málið undir íslenska dómstóla en með þeim fyrirvara þó að niðurstaða viðkomandi dómstóls sé ekki í andstöðu við ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins sem á að afla. Augljóslega er mun meira hald í þessu ákvæði. Á hitt ber þó að líta að verulega stærri hluti krafanna á tryggingarsjóðinn er í gegnum samninginn við Breta.

### **Niðurstaðan**

Niðurstaða þessa samanburðar er afdráttarlaus. Þeir fyrirvarar sem mestu skiptu til að takmarka ríkisábyrgðina vegna Icesave-samninganna eru nánast að engu orðnir út frá



lögfræðilegu sjónarhorni. Skuldbindingar íslenska ríkisins eru á ný orðnar óljósar og ófyrirsjáanlegar bæði hvað varðar fjárhæðir og tímalengd.

Vera kann að Alþingi samþykki umrætt frumvarp engu að síður og þá út frá öðrum brýnum sjónarmiðum en lögfræðilegum. Um það verður ekki rætt hér. Hins vegar er ljóst að fyrirvararnir sem settir voru fyrir ríkisábyrgðinni í haust geta ekki verið réttlæting fyrir því að samþykkja ríkisábyrgðina samkvæmt fyrirbyggjandi frumvarpi.

*Lárus er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már er prófessor.*

## Stjórnarskráin og Icesave-samningarnir, 2. desember 2009

Eftir Lárus L. Blöndal, Sigurð Líndal og Stefán Má Stefánsson:

"Hér þarf að skoða hversu langt heimildir Alþingis gagnvart stjórnarskrárgjafanum náí til að skuldbinda íslenska ríkið og þá komandi kynslóðir."

MEÐ LÖGUM nr. 96/2009 sem samþykkt voru 2. september sl. féllst Alþingi á ríkisábyrgð vegna hinna svokölluðu Icesave-lánasamninga. Þeir fyrirvarar sem höfðu mesta þýðingu til að takmarka ábyrgð ríkisins samkvæmt lögum voru þessir:

Gildistími ábyrgðarinnar var tímabundinn til 5. júní 2024. Eftir það fellur hún niður.

Sett voru efnahagsleg viðmið sem takmörkuðu ábyrgð ríkisins við ákveðið hámark af vexti vergrar landsframleiðslu á hverju ári. Þetta átti að tryggja að greiðslur yrðu ávallt innan greiðsluþols íslenska ríkisins.

Við það var miðað að fengist sú niðurstaða hjá þar til bærum úrskurðaraðila að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð, gæti íslenska ríkið losnað undan ábyrgðinni samkvæmt því.

### Nýtt frumvarp

Nú er komið fram nýtt frumvarp sem gerir ráð fyrir breytingu á lögum nr. 96/2009 sem felur í sér verulegar breytingar á þessu ef samþykkt verður. Sú grundvallarbreyting hefur orðið samkvæmt frumvarpinu að snúið er til baka til þess horfs sem lánasamningarnir voru upphaflega í, þ.e. ábyrgð ríkisins er nú aftur orðin hluti af lánasamningunum og hún orðin skilyrðislaus.

Skuldbindingar samkvæmt frumvarpinu eru óljósar og ófyrirsjáanlegar, m.a. vegna þess að ýmis síðari atvik, sem eru engan veginn fjarlæg, geta valdið því að þær muni reynast þungbærari en reiknað var með við undirritun þeirra og jafnvel þannig að þær reynist óyfirstíganlegar með öllu. Ef efnahagsástand þjóðarinnar versnar á greiðslutímanum, t.d. vegna hruns fiskistofna, er augljóst að skuldbindingar af þessu tagi geta valdið þungum búsigjum. Til svipaðrar niðurstöðu getur leitt ef lögum nr. 125/2008 (neyðarlögum) verður vikið til hliðar. Verður nú vikið nánar að síðara atriðinu og þetta atriði rökstutt frekar.

### Neyðarlögin

Með neyðarlögum var gerð sú breyting á lögum 98/1999 um innistæðutryggingar að kröfur Tryggingarsjóðs innstæðueigenda nyttu réttthæðar forgangskrafna. Svipuð breyting var gerð á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki þannig að við gjaldþrot fjármálafyrirtækja yrðu kröfur vegna innistæðna forgangskröfur. Breytingarnar leiða til þess að innlánseigendur fái mun meira í sinn hlut við uppgjör bankanna en aðrir kröfuhafar minna heldur en verið hefði samkvæmt óbreyttum lögum.

Á það hefur verið bent að þessi breytta skipan á réttthæð krafna geti brotið gegn meginreglum laga um réttaröryggi, réttmætar væntingar og afturvirkni laga. Gegn þessu má tefla fram ýmsum gagnrökum. Nú liggur fyrir að látið verður reyna á neyðarlögin að þessu leyti enda gríðarlegir hagsmunir í húfi. Niðurstaðan gæti orðið sú að þessum lagabreytingum yrði vikið til hliðar og/eða að ríkið yrði gert bótaskyldt vegna þess tjóns sem almennir kröfuhafar hafi orðið fyrir. Dómstólar skera úr um það að lokum.

### Íslenska ríkið ábyrgt

Hér verður ekki lagt mat á það hver líkleg niðurstaða dómstóla verður. Í umræðu um skuldastöðu þjóðarinnar og möguleika hennar til að greiða sínar skuldir hefur hins vegar

yfirleitt verið horft framhjá þeim möguleika að þessar lagabreytingar sem ætlað var að verja innistæður í bönkum, verði felldar úr gildi eða bótaábyrgð felld á ríkið. Sá möguleiki er þó fjarri því að teljast fráleitur. Því er nauðsynlegt að skoða þennan kost.

Við hrun bankanna voru innistæður hér á landi fluttar yfir í nýja banka sem reistir voru á rústum þeirra gömlu. Þegar það var gert var gengið út frá því að innistæðurnar væru forgangskröfur og því voru eignir færðar yfir í bankana á móti innistæðunum til þess að gera nýju bönkunum kleift að standa undir þessum skuldbindingum. Einnig hafa innistæðueigendum í erlendum útibúum bankanna verið greiddar út þeirra innistæður á sömu forsendum. Verði lagabreytingarnar sem áttu að verja innistæðurnar felldar úr gildi er ljóst að eignir vantar inn í „gömlu“ bankana sem leiðir til þess að almennir kröfuhafar verða fyrir verulegu tjóni. Á því tjóni bæri þá íslenska ríkið ábyrgð.

### **Afleiðingarnar**

Innistæðurnar sem fluttar voru yfir í nýju bankana voru um eða yfir 1.300 milljarðar kr. Því má gera ráð fyrir að sú fjárhæð sem félli á ríkissjóð vegna þeirra væri um eða yfir 1.000 milljarðar kr. að teknu tilliti til þess sem fengist upp í almennar kröfur. Þessu til viðbótar kæmu síðan kröfur á ríkissjóð vegna greiðslna frá bönkunum til innistæðueigenda erlendis sem næmu verulegum fjárhæðum. Það sem félli á ríkissjóð vegna þessa gæti því numið á annað þúsund milljarða kr.

Verði ríkisábyrgð á Icesave-samningunum samþykkt og neyðarlögunum vikið til hliðar varðandi forgang innistæðna er líklegt að greiða yrði fjárhæð til Hollendinga og Breta sem næmi yfir 600 milljörðum kr. auk vaxta þar sem kröfur samkvæmt þeim nytu þá ekki stöðu forgangskrafna og mun minna fengist upp í þær en vonir hafa staðið til. Þetta bættist við þær fjárhæðir sem áður eru nefndar vegna annarra innistæðna og ekki verður komist undan. Í ljósi umræðu síðustu mánaða um greiðslustöðu og greiðslugetu Íslands virðist óumdeilanlegt að við þessar aðstæður væru Icesave-samningarnir, til viðbótar öðrum skuldum, meira en þjóðin gæti staðið fjárhagslega undir.

### **Stjórnarskráin**

Í 40. gr. stjórnarskrárinnar er m.a. 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 um ræðir. 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? Lögspekingar hafa lengi glímt við þá spurningu hvað séu lög og er þá sérstaklega átt við sett lög. 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 álitaefni sem henni sé ætlað. Að vísu kann að leika vafi á hvort slíkri kröfu sé fullnægt, en að þessu marki ber þó löggjafanum að stefna, en dómstólar taka þá við ef regla tekur ekki á málum með þessum hætti.

### **Óviss skuldbinding**

Samkvæmt því sem rakið er hér að framan er með lagafrumvarpi því sem breyta á lögum nr. 96/2009 gert ráð fyrir að ábyrgðarskuldbinding ríkisins sé ótímabundin og önnur ákvæði þannig úr garði gerð að í raun virðist enginn vita með vissu hvaða skuldbindingar verið sé að gangast undir ef frumvarpið verður samþykkt. Draga verður í efa að lög af þessu tagi fái staðist kröfur 40. gr. stjórnarskrárinnar um skýra og afdráttarlausu lagaheimild. Svipað á við

um fjárveitingarvaldið. Samkvæmt 41. gr. stjórnarskrárinnar má ekkert gjald greiða af hendi nema heimild sé til þess í fjárlögum eða fjáráukalögum.

### **Réttur framtíðarinnar**

Einnig má halda því fram að verið sé að ganga á lýðræðislegan rétt kjósenda með því að binda hendur Alþingis gagnvart erlendum ríkjum til ófyrirsjáanlegrar framtíðar við skuldbindingar sem geta reynst þjóðarbúinu ofviða og eru þar að auki líklega umfram lagaskyldu. Slíkt fær vart staðist 1. gr. stjórnarskrárinnar um löggjafarvald Alþingis.

Í stuttu máli má halda því fram með fullum rökum að verið sé að skerða fullveldi ríkisins umfram það sem stjórnarskrá heimilar.

Reykjavík 30. nóvember 2009.

*Lárus L. Blöndal er hrl., Sigurður Líndal er prófessor og Stefán Már Stefánsson er prófessor.*

## Lagarök um Icesave, 12. janúar 2010

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán Má Stefánsson Fyrsta grein af fjórum:

"Niðurstaða okkar var sú að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð á innstæðum í útibúum íslenskra banka erlendis við hugsanlegt gjaldþrot íslensku bankanna heldur aðeins viðkomandi tryggingarkerfi sem hér á landi er Tryggingasjóður innstæðueigenda og fjárfesta."

ÍSLANDI ber að standa við allar alþjóðlegar skuldbindingar sínar. Í því felst hins vegar ekki að falla frá rétti til að hafa skoðun á því hverjar skuldbindingar Íslands eru, berjast fyrir þeim og að fá ágreining leystan fyrir úrskurðaraðilum ef því er að skipta. Lög nr. 1/2010 um ríkisábyrgð á lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta (breyting á lögum nr. 96/09) veita heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda o.fl. Þeir samningar við Breta og Hollendinga sem þeim tengjast bera þess tæpast merki að lögfræðileg sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar með fullnægjandi hætti. Sé sú afstaða tekin að íslenska ríkið skuli veita ábyrgð fyrir kröfum Breta og Hollendinga án lagaskyldu verður allt að einu að stilla þeirri ábyrgð í hóf þannig að ekki sé hætt á því að ábyrgðin geti valdið óeðlilegu tjóni eða jafnvel greiðsluþroti íslenska ríkisins. Af þessum sökum er nauðsynlegt að fara yfir hin lögfræðilegu rök í máli þessu. Alþjóðlegar skuldbindingar taka eingöngu mið af þeim og engu öðru. Séu þau rök ekki fyrir hendi eða séu þau umdeilanleg telst ekki forsvaranlegt undir neinum kringumstæðum að íslenska ríkið setji ábyrgð fyrir umræddum kröfum sem valdi óeðlilegum búsifjum eða setji fullveldi þess í hættu.

Í þessari grein og í greinum næstu þrjá daga verður í samanteknu máli gerð grein fyrir helstu lögfræðilegu röksemdum okkar í Icesave-deilunni sem við höfum áður sett fram og birt í Morgunblaðinu á undanförunum mánuðum í samtals níu greinum. Verður fyrst vikið að því álitaefni (kafla II) hvort íslenska ríkið beri ábyrgð á innstæðum í útibúum íslenskra banka erlendis við gjaldþrot íslensku bankanna á grundvelli ákvæði tilskipunar 94/19 um innlánatryggingakerfi. Í kafla III verður vikið að því hvort íslensk stjórnvöld hafi beitt ólögumætri mismunun gagnvart eigendum innstæðna í útibúum íslensku bankanna erlendis og orðið bótaábyrgt og greiðsluskylt á þeim grundvelli. Í kafla IV verður vikið að hugsanlegri bótaábyrgð Evrópusambandsins vegna innleiðingar tilskipunar um innlánatryggingakerfi og í kafla V verður loks vikið að því hvort samningar á borð við þá sem nú liggja fyrir í tengslum við fyrrgreind lög geti hugsanlega falið í sér stjórnarskrárbrot á íslensku stjórnarskránni. Ritsmið um síðastgreint atriði var gerð af okkur og Sigurði Líndal, fyrrverandi prófessor.

Tekið skal fram að síðan greinarnar voru ritaðar hefur Lissabonsáttmálinn öðlast gildi og haft í för með sér breytingar á nokkrum greinum samningsins um Evrópubandalagið sem vitnað er til. Ekki þykir þó ástæða til að uppfæra greinarnar að þessu leyti.

### II Um ábyrgð íslenska ríkisins vegna tilskipunar 94/19 um innlánatryggingakerfi

Niðurstaða okkar var sú að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð á innstæðum í útibúum íslenskra banka erlendis við hugsanlegt gjaldþrot íslensku bankanna heldur aðeins viðkomandi tryggingarkerfi sem hér á landi er Tryggingasjóður innstæðueigenda og fjárfesta. Sjóðurinn er sjálfseignarstofnun lögum samkvæmt. Jafnframt bentum við á að umrætt tryggingakerfi væri í fullu samræmi við ákvæði tilskipunar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi. Þessar niðurstöður voru einkum byggðar á eftirfarandi:

1. Hlutverk tryggingakerfanna samkvæmt tilskipuninni væri ekki að takast á við allsherjar bankahrun eins og gerst hefði hér á landi. Ef svo hefði verið hefði þurft að greiða gífurlegar fjárhæðir inn í Tryggingasjóðinn, t.d. á árinu 2008, sem næmi mörgum tugum prósentu af heildarinnlánum það ár. Fyrrgreind niðurstaða var talin styðjast við lokamálslið 24.

málgreinar aðfaraorða tilskipunarinnar (en málgreinin fjallar um fjármögnun innlánatryggingakerfa) þar sem gert er ráð fyrir að fjármögnunin megi ekki stefna stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu. Stöðugleiki viðkomandi bankakerfis hefði einmitt verið í hættu við þær aðstæður. Fjármögnunin hefði orðið að vera úr öllu hófi. Því hafi orðið að gera ráð fyrir að tilskipunin tæki einungis á meðaláföllum þannig að greiðslur í tryggingasjóði stefndu ekki stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu. Nánar verður fjallað um þýðingu bankahruns fyrir innlánatryggingarkerfin síðar í þessari grein.

2. Bent var á að ákveðnar reglur væru um inngreiðslur í sjóðinn samkvæmt lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta. Heildareign innstæðudeildar sjóðsins skyldi nema að lágmarki 1% af meðaltali tryggðra innstæðna í viðskiptabönkum og sparissjóðum á næstliðnu ári. Engin ákvæði væru um það í viðkomandi tilskipunum hvernig fjármagna ætti sjóðinn nema það að fjármálafyrirtækin sjálf eiga að sjá um fjármögnunina. Ganga yrði út frá því að þessar reglur íslenskra laga hafi verið tilkynntar Eftirlitsstofnun EFTA í samræmi við fyrrgreinda tilskipun og væri ekki kunnugt um að neinar athugasemdir hafi komið fram. Því mætti leggja til grundvallar að innleiðingin hafi verið rétt að þessu leyti. Þá hafi komið fram þessu til staðfestingar að fjármögnun tryggingarkerfanna er með ýmsum hætti innan EES og verður síðar að því vikið.

3. Þá var bent á að væru reglur tilskipunarinnar túlkaðar með þeim hætti að greiða ætti framangreindar fjárhæðir að fullu til innstæðueigenda hvernig sem á staði gæti það bakað smáum ríkjum gífurlegar fjárhagslegar skuldbindingar sem settu fullveldisrétt þeirra í hættu. Smáríki væru mun útsettari fyrir þessari hættu en stærri ríkin því að bankastofnanir þeirra ættu í útrás mun auðveldara með að ná óhóflegu hlutfalli af tekjum viðkomandi þjóðarbús heldur en í stærri ríkjum. Slíkur mismunur milli minni og stærri ríkja varðandi áhættu í útrás gæti hvorki verið tilgangur tilskipunarinnar né leitt af henni.

4. Loks þótti athyglisvert að hvergi væri í tilskipuninni kveðið á um sérstaka ábyrgð aðildarríkjanna á skuldbindingum Tryggingarsjóðsins, t.d. í tengslum við þær 20.000 ECU sem þar eru nefndar í 7. gr. hennar. Reyndar væri þvert á móti sagt í aðfaraorðum tilskipunarinnar að aðildarríki beri ekki ábyrgð gagnvart innstæðueigendum ef það hefur komið á fót innlánatryggingarkerfi í samræmi við tilskipunina.

Þessar röksemdir leiða samanlagt til þess að íslenska ríkið beri enga ábyrgð á innstæðum útibúa innlendra banka við gjaldþrot þeirra. Ábyrgð ríkissjóðs verður því ekki á því byggð að ákvæði umræddrar tilskipunar hafi verið brotin. Ábyrgð ríkisins í tengslum við fyrrgreinda tilskipun felst einungis í því að innleiða reglur um hana og að sjá að öðru leyti um að staðið sé við skuldbindingar samkvæmt tilskipuninni. Hafi vanhöld orðið á því getur ríkið orðið skaðabótaskyldt ef reglunum um bótaábyrgð er að öðru leyti fullnægt. Ábyrgð ríkisins nær hins vegar ekki lengra en þetta.

Í þessu samhengi er rétt að nefna að nokkur umræða hefur verið um þýðingu dóms (forúrskurðar) dómstóls ESB í máli C-220/02 en gerð er grein fyrir þessu máli í álitgerð frá bresku lögmannastofunni Mischon de Reya. Þetta mál fjallar ekki beint um það viðfangsefni sem hér er til skoðunar. Hins vegar víkur dómurinn að skyldu aðildarríkja til að setja á stofn tryggingarsjóð og segir í því sambandi að skylda þeirra nái eingöngu „...to the introduction and proper functioning of the deposit guarantee scheme...“ Enga leiðbeiningu er hins vegar að finna í dóminum um það hvað teljist vera „proper functioning“. Því er það okkar álit að þessi dómur hafi takmarkaða þýðingu við að skilgreina hvaða kröfur eru gerðar til aðildarríkjanna þegar til innlánatryggingasjóða er stofnað. Hins vegar virðist ljóst af honum að hafi rétt verið staðið að stofnun innlánatryggingarsjóðsins þá ber aðildarríkið ekki ábyrgð á innstæðum. Er það í samræmi við orðalag tilskipunarinnar eins og rakið hefur verið. Rétt er að minna á í

Þessu sambandi það sem fram kemur í lið 2 hér að framan að íslenska innleiðingin var kynnt í samræmi við reglur tilskipunarinnar án þess að nokkrar athugasemdir hafi verið gerðar.

Til frekari rökstuðnings þeirri skoðun að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð á innstæðum útibúa innlendra banka við gjaldþrot þeirra skal nefnt að Bankanefnd Frakklands samdi heildarskýrslu fyrir seðlabanka Frakklands árið 2000. Jean Claude Trichet var þá formaður bankanefndarinnar en hann er nú bankastjóri Seðlabanka Evrópu. Skýrslan lýsir franskrri löggjöf frá 1999 um breytingu á frönsku bankalögunum frá 1994 þar sem tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi var innleidd. Í skýrslu þessari segir svo á bls. 187 í enskri þýðingu:

*„Although the goal of enhancing the stability of the banking system was clearly stated, the system introduced in France, as in most countries possessing formal deposit guarantee schemes, was not meant to deal with systemic crisis, for which other measures are needed.“*

Samkvæmt þessu leit seðlabanki Frakklands svo á að frönsku lögin um innlánatryggingarkerfi tækju ekki á aðstæðum eins og bankahruni heldur yrði að beita öðrum aðferðum til að ná til þess. Af þessum ummælum má einnig álykta að Frakkar hafi talið sig innleiða fyrrgreinda franska löggjöf að öllu leyti í samræmi við tilskipun 94/19 þar eð ella hefðu þeir ekki lögtekið hana með þessum hætti.

Einnig má hér nefna fréttatilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá því á haustdögum 2008.1) Þar kemur m.a. fram að innlánstryggingakerfi aðildarríkjanna sé mismunandi og að aðildarríkjunum sé frjálst að velja það kerfi sem best henti bankakerfi þeirra. Í sumum kerfanna sé greitt samtímis af innlánnum en í öðrum sé greitt eftir á. Einnig kemur fram að prófun hafi verið gerð á innlánstryggingakerfunum sem hafi tekið mið af bæði meiri og minni háttar áföllum í bankakerfinu. Í ljós hafi komið að **flest** (auðkennt hér) kerfin hafi verið í stakk búin til að mæta **meðaláföllum** (auðkennt hér). Loks kemur fram að framkvæmdastjórnin vinni nú að ákveðnum breytingum, einkum á hækkun lágmarksábyrgðar.

Þá er einnig rétt að rifja upp að haustið 2008 ákváðu Írar að bæta á næstu tveimur árum ríkisábyrgð við þá ábyrgð sem Tryggingarsjóður innlána, sambærilegur þeim sem við höfum hér á landi, veitti innlánaeigendum. Þessi ákvörðun náði þó einungis til sex tilgreindra írskra banka. Við þessar fréttir kom fram sú afstaða Breta og fleiri aðildarríkja ESB að Írum væri þetta óheimilt þar sem þetta fæli í sér ríkisaðstoð sem skekkti samkeppnisstöðu banka á Evrópusambands svæðinu. Ætti þetta bæði við almennt um samkeppnisstöðu banka í Evrópu en einnig alveg sérstaklega á Írlandi þar sem ekki fengu allir bankar þessa ríkisábyrgð. Er þetta mál nú til skoðunar hjá ESB. Reyndar hafa ríki sem harðlega gagnrýndu þessa ákvörðun Íra síðan tekið upp ríkisábyrgð að hluta eða öllu leyti á innlánnum í tengslum við hrunið. Má um þetta m.a. vísa til Bloomberg-fréttaveitunnar sem flutti af þessu fréttir t.d. hinn 1. október 2008 og Independent-fréttaveitunnar sem fjallaði um þetta degi seinna og Guardian hinn 5. október 2008. Sýnir þetta að afstaða stærstu aðildarríkjanna í ESB virðist í lok september 2008 hafa verið sú að ekki væri heimilt að tryggja innlán með ríkisábyrgð þar sem það hefði áhrif á samkeppnisstöðu á fjármálamarkaði.

Niðurstaðan er því sú að seðlabanki Frakklands og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafa bæði gefið sterklega í skyn að tilskipunin sé ekki til þess fallin að mæta stóraföllum eins og bankahruni. Sum aðildarríkin hafa auk þess gert fyrirvara varðandi lögmati þess að veita ríkisábyrgð til viðbótar þeirri tryggingu sem innlánstryggingakerfin veita.

1) Sjá: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/bank/guarantee/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/bank/guarantee/index_en.htm). Sótt 15. desember 2008.

*Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már Stefánsson er prófessor.*

## Um mismunun á grundvelli þjóðernis, 13. janúar 2010

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán M. Stefánsson Önnur grein af fjórum:

"Af þessu má ráða að innistæðueigendur í erlendum útibúum íslenskra banka voru í annarri stöðu heldur en þeir sem áttu inneignir í sömu bönkum hér á landi. Réttarstaða þeirra var með öðrum orðum ekki sambærileg."

ÞAU rök hafa komið fram að innistæðueigendur í erlendum útibúum íslenskra banka hafi verið beittir mismunun sem eigi að leiða til greiðsluskyldu. Þetta teljum við ekki rétt og er sú skoðun okkar byggð á eftirfarandi atvikum og sjónarmiðum:

Fólst mismunun í forgangsrétti innistæðueigenda innan „gömlu“ bankanna?

Með 6. gr. laga nr. 125/2008 (neyðarlögin) var kveðið á um að við skipti á búi fjármálafyrirtækis skyldu kröfur vegna innstæðna samkvæmt lögum um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta njóta rétt hæðar samkvæmt 1. mgr. 112. gr. gjaldþrotalaga.

Þetta þýðir að kröfur innstæðueigenda í fjármálafyrirtækjum fá forgang og verða greiddar áður en kemur til greiðslu á kröfum almennra lánadrottna úr búum þeirra. Umræddar reglur um forgang hafa almennt gildi þannig að þær gilda jafnt fyrir innistæðueigendur hér á landi og í útibúum erlendis.

Ákvæðið felur því ekki í sér mismunun gagnvart erlendum innstæðueigendum því að þeir sitja við sama borð og þeir íslensku sé tekið mið af réttarstöðunni innan „gömlu bankanna“.

Fólst mismunun í stjórnsluákvörðuninni um yfirtöku banka?

Með 3. mgr. 1. gr. neyðarlaganna var gert ráð fyrir því í að ríkið geti stofnað „hlutafélag“ til að taka við rekstri fjármálafyrirtækis. Samkvæmt þessari heimild tók íslenska ríkið yfir Glitni banka hf., Kaupþing banka hf. og Landsbanka Íslands hf. að öllu leyti á haustdögum 2008, samkvæmt ákvörðun Fjármálaeftirlitsins.

Með stjórnsluákvörðun Fjármálaeftirlitsins var „innlend bankastarfsemi“ tekin út úr gömlu bönkunum og stofnað um þau hlutafélög í opinberri eigu. Þar með fylgdu innstæður í bönkum hér á landi hvort sem þær tilheyrðu innlendum eða erlendum aðilum. Hér er um að ræða hlutafélög sem njóta ekki ríkisábyrgðar að neinu leyti. Fullt verð verður greitt fyrir þann hluta, sem tekinn var, þannig að nettóandvirði rennur inn í bú gömlu bankanna og kemur þar til úthlutunar með venjulegum hætti.

Gera verður ráð fyrir því að innistæðueigendurnir í „nýju bönkunum“ séu einkum persónur eða fyrirtæki sem eiga heimili og stunda vinnu eða hafa starfsemi hér á landi. Það er forsenda fyrir tilvist hvers fullvalda ríkis að til séu bankastofnanir sem eru tengdar ríkinu traustum böndum og hafa það hlutverk að geyma, ávaxta og miðla peningum til verkefna innanlands. Fullvalda ríki verður tæpast byggt og rekið á annarri forsendu.

Spyrja má hvort innistæðueigendur íslenskra bankaútibúa erlendis hafi með umræddri aðgerð verið beittir mismunun miðað við eigendur innstæðna sömu banka hér á landi.

Þess er þá fyrst að geta að ríki eru sjálfstæðir aðilar bæði að EES og ESB rétti og mynda raunar grundvöll eða stöðir samninganna um þau. Þannig er réttur og tilvist þjóðríkja sérstaklega varinn í samningunum um ESB og EES- samningurinn telst samningur milli sjálfstæðra ríkja og ESB. Sú grundvallarregla gildir að þær stofnanir sem starfa eftir samningunum um ESB eða EES geta ekki tekið sé neitt vald sem ekki er veitt þeim í samningunum.



Samkvæmt Maastrichtsamningnum ber ESB að virða einkenni og stjórnkerfi aðildarríkjanna enda er þar gert ráð fyrir tilvist aðildarríkjanna með margvíslegum hætti. Þessi sjónarmið eiga auðvitað enn frekar við um EFTA/EES ríki sem hafa ekki tekið þátt í þeim samruna sem ESB stefnir að. Af því leiðir svo aftur að heimilt er og lögmætt að taka tillit til sjónarmiða sem varða brýna efnahagslega hagsmuni eins aðildarríkis án þess að taka tillit til efnahags annars aðildarríkis þar sem slík sjónarmið eiga ekki við að sama skapi. Það er því ljóst að hvert ríki hefur viðtækan rétt til að verja tilverurétt sinn hvort sem miðað er við samningana um ESB eða EES.

Niðurstaðan af þessum hugleiðingum er sú að fyrrgreindar aðgerðir stjórnvalda voru taldar nauðsynlegar til að verja og viðhalda bankakerfi innanlands. Slíkt hefði ekki verið unnt að gera með því að tryggja innistæðueigendum í erlendum útibúum sömu meðferð. Þeir sem þar áttu innistæður eru ekki í neinum sambærilegum hagsmunatengslum við Ísland og þeir sem eiga innistæður hér á landi. Verulegar líkur eru á því að innstæðueigendur erlendis hefðu einfaldlega tekið út allar innistæður sínar ef reglurnar hefðu verið látnar ná til þeirra og þar með gert innlenda bankastarfsemi að engu. Auðvitað er ekki hægt að ætlast til þess eigendur innistæðna erlendis hefðu leyst út íslenskar krónur og notað hér á landi með sama hætti og þeir sem áttu innistæður hérlendis.

Meginatriðið er að innistæðueigendur útibúa t.d. í Bretlandi og Hollandi eru ekki tengdir íslenskum hagsmunum með sama hætti og menn og fyrirtæki með heimili hér á landi, t.d. með hliðsjón af fjárfestingum, félagslegri aðstoð, sköttum og fleiri atriðum.

Af þessu má ráða að innistæðueigendur í erlendum útibúum íslenskra banka voru í annarri stöðu heldur en þeir sem áttu inneignir í sömu bönkum hér á landi. Réttarstaða þeirra var með öðrum orðum ekki sambærileg. Af því leiðir að ekki var um mismunun að ræða við fyrrgreinda aðgerð.

Þessu til viðbótar er rétt að koma því á framfæri að það er vel þekkt í Evrópurétti að ráðstafanir sem kunna að fela í sér mismunun en eru engu að síður óhjákvæmilegar vegna þjóðfélagsþarfa í almannabágu fá staðist. Má nefna marga dóma dómstóls ESB því til sönnunar. Enginn vafi er á því að verði talið að efnahagslegt hrun hafi blasað við hér á landi nægir það til að réttlæta frávik frá umræddri meginreglu.

Skilyrðin fyrir frávikunum eru þó ávallt þau að gætt sé meðalhófs. Er erfitt að sjá að vægari kostur hafi verið í stöðunni. Þess ber einnig að gæta að samkvæmt dómafordæmum dómstóls EB hafa aðildarríkin sjálf talsvert mat um það hvort fyrrgreindum skilyrðum hafi verið fullnægt enda tæpast á færi dómstóls að meta aðgerðir til að koma í veg fyrir efnahagshrun heillar þjóðar.

Fólst mismunun í yfirlýsingu stjórnvalda um ábyrgð ríkisins á greiðslu til innstæðueigenda?

Forsætisráðherra gaf þá yfirlýsingu seint á árinu 2008 að íslenska ríkið myndi tryggja innlánseigendum hér á landi fjárhæðir þeirra á innstæðureikningum. Yfirlýsingin mun hafa verið sett fram umfram skyldur íslenska ríkisins og væntanlega í þeim tilgangi að tryggja að unnt væri að starfrækja innlenda innlánastarfsemi í framtíðinni, reyna að viðhalda sparnaðarvilja almennings, tryggja efnahagslegan stöðugleika og koma í veg fyrir efnahagslegt hrun.

Þrátt fyrir þetta er hér aðalatriðið að yfirlýsing ráðherra af þessu tagi er óskuldbindandi því henni var aldrei fylgt eftir með lögum (hún krefst samþykkis í fjárlögum, fjáráukalögum eða venjulegum lögum) né kom hún til framkvæmda á einn eða neinn hátt. Þvert á móti verða innistæðueigendur í „nýju bönkunum“ að setta sig við að bankarnir eru reknir í formi hlutafélaga og ábyrgðin í aðalatriðum takmörkuð við gjaldþol þeirra félaga.

Af þessum sökum fellur umrædd yfirlýsing stjórnvalda hvorki undir 4. gr. EES- samningsins né önnur ákvæði hans um fjórfrelsið. Í fyrri skrifum okkar höfum við einnig talið að yfirlýsingar af þessu tagi féllu ekki undir gildissvið nefndra 4. gr. Verður sú umræða ekki endurtekin.

Niðurstaða

Af framangreindu má vera ljóst að þau sjónarmið, sem fram hafa komið, um að „mismunun“ íslenskra stjórnvalda gagnvart eigendum innistæðna í útibúum íslensku bankanna erlendis hafi skapað greiðsluskyldu, fá ekki staðist. Gildir þetta hvort sem horft er til neyðarlaganna, stjórnvaldsákvarðana í tengslum við endurreisn bankakerfisins eða yfirlýsingar ráðherra um ríkisábyrgð á innistæðum.

*Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már Stefánsson er prófessor.*

## Möguleg bótaskylda ESB, 14. janúar 2010

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán M. Stefánsson Þriðja grein af fjórum:

"Orð tilskipunarinnar eru tiltölulega fortakslaus varðandi lágmarksinnlánstryggingar og að innlánstryggingarkerfin en ekki aðildarríkin standi straum af þessu."

REGLAN um réttaröryggi er ein af meginreglum ESB-réttar. Í grundvallaratriðum felur hún í sér kröfu um að löggjöf sé skýr og fyrirsjáanleg. Meginreglan um réttmætar væntingar er önnur regla sem hefur tengsl við meginregluna um réttaröryggi. Þessar tvær meginreglur eru hluti af óskráðum meginreglum í sambandsrétti og hafa sem slíkar verið staðfestar í dómaframkvæmd dómstóls ESB. Stofnanir Evrópusambandsins eru bundnar af þessum meginreglum rétt eins og öðrum reglum í sambandsrétti. Aðalrökin fyrir þeim eru að þeir sem þurfa að fara eftir reglum sambandsréttar verða að hafa vissu fyrir því hvað felist í löggjöfinni svo þeir geti gert fyrirfram áætlanir um hegðun sína á viðskiptamarkaði. Það er grundvallaratriði í viðskiptum að unnt sé að gera áætlanir fram í tímann. Af því leiðir að gerð er rík krafa um nákvæma löggjöf á þessu sviði til að koma í veg fyrir réttaróvissu og til að stuðla að árangursríkum viðskiptum.

Hver sá sem starfar á viðskiptamarkaði getur því eftir atvikum reitt sig á vernd meginreglunnar um réttmætar væntingar hafi stofnun Evrópusambandsins gefið honum einhvers konar væntingar um ákveðin atriði. Bæði loforð, leiðbeiningar, tilkynningar eða önnur gögn frá stofnununum geta verið til þess fallin að vekja slíkar væntingar. Þannig er almennt hægt að segja að forsenda þess að meginreglan verði virk sé sú að ákveðnar væntingar hafi vaknað sem rekja megi til aðgerða stofnana sambandsins. Því verður að vera orsakasamband þarna á milli.

Enn fremur verður að telja að skilyrðunum um réttmætar væntingar sé því aðeins fullnægt að væntingar viðkomandi séu réttmætar, þ.e. að þær séu hlutlægt séð réttlætanager. Hér verður aðalviðmiðunin hvort góður og gegn maður með almenna reynslu og þekkingu hefði getað byggt ákvarðanir sínar á þessum væntingum.

Í ESB-rétti vekur það athygli að ekki aðeins stjórnarsýsluathafnir geta skapað réttmætar væntingar heldur einnig afleidd löggjöf. Þannig getur afleidd löggjöf, sem hvetur aðila á viðskiptamarkaði til að fara ákveðnar leiðir eða heitir honum skaðleysi, leitt til réttmætra væntinga sem svar við aðstæðum sem upp koma og aðili gat ekki séð fyrir eða áttað sig á.

Rökin á bak við þetta eru að þeir sem bregðast við slíkum hvatningum frá stofnunum ESB sem ekki er innistæða fyrir ættu ekki að verða fyrir tjóni vegna þess. Þær geta því með öðrum orðum leitt til skaðabótaábyrgðar. Dæmi um mál af þessu tagi er dómur dómstóls ESB frá árinu 1988, bls. 2321 (mál nr. 120/86, J. Mulder gegn Minister van Landbouw en Visserij, sbr. einnig dóm frá árinu 2005, bls. 1975 í máli nr. C-342/03, Spánn gegn ráðinu).

Niðurstaðan er því sú að fyrirheit í afleiddri löggjöf sambandsins, hér tilskipunum, geta skapað réttmætar væntingar fyrir einstaklinga og fyrirtæki sem veita þeim rétt til skaðabóta að öðrum skilyrðum fullnægðum.

### Um skaðabótaskyldu stofnana Evrópusambandsins

Ákvæði 235. gr. samningsins um Evrópubandalagið mælir fyrir um dómsvald dómstóls ESB til þess að dæma í skaðabótamálum utan samninga á hendur Evrópubandalaginu vegna réttarbrota stofnana eða starfsmanna þess við framkvæmd skyldustarfa. Um öll nánari efnisskilyrði bótaskyldunnar er vísað í 2. mgr. 288. gr. samningsins. Kemur þar m.a. fram að samningurinn hefur ekki að geyma sjálfstæðar reglur um bótaskylduna heldur vísar til laga aðildarríkjanna í því efni. Segir nánar í 2. mgr. 288. gr. að um bótaskyldu fari eftir þeim

meginreglum sem eru sameiginlegar í öllum aðildarríkjunum. Dómstóll ESB verður því að móta slíkar sameiginlegar meginreglur með dómafordæmum. Þýðing tilvísunarinnar í 2. mgr. 288. gr. er því fyrst og fremst sú að löggjöf aðildarríkjanna verður frumheimild ESB réttar um skaðabótaskyldu utan samninga.

Dómstóll ESB er því aðeins bundinn af sameiginlegri lagahefð í aðildarríkjunum, t.d. að því er varðar orsakahugtakið, tjónshugtakið, gáleysishugtakið og fleira. Bótaskyldan verður þannig að byggjast á sök svo dæmi sé tekið. Talið er að sökin eða annar bótagrundvöllur þurfi að vera augljós og snerta mikilsverð réttindi viðkomandi. Rök fyrir ströngum skilyrðum fyrir bótaskyldunni eru að ekki megi íþyngja stofnunum ESB um of er þær taka ákvarðanir. Þetta á ekki síst við þegar verið er að setja almennar reglur. Tjónþolar verða því að setta sig við réttindaskerðingu innan vissra hóflegra marka. Á hinn bóginn geta réttmætar væntingar örugglega orðið grundvöllur bótaábyrgðar tjónþola á hendur stofnunum sambandsins eins og dómafordæmi dómstóls ESB bera með sér.

Málshöfðunarréttur er rúmur. Hann geta fyrst og fremst allir þeir aðilar átt sem eru búsettir eða hafa staðfestu í aðildarríkjunum og telja rétti sínum hallað. Aðrir virðast einnig hafa slíkan málshöfðunarrétt að öðrum skilyrðum fullnægðum, t.d. fyrirtæki utan sambandsins sem framkvæmdastjórnin telst hafa brotið rétt á. Málshöfðunarfrestur er einnig rúmur því að hann er fimm ár frá því að skaðabótaskyldur atburður átti sér stað. Hann byrjaði því að líða við gjaldþrot bankanna í október 2008.

Niðurstaðan er því sú að stofnanir ESB bera hefðbundna skaðabótaábyrgð á athöfnum sínum sem nær einnig til afleiddra gerða, t.d. tilskipana. Bótaskyldan nær einnig til aðila utan ESB ef því er að skipta.

### **Skapaði tilskipunin um innlánatryggingakerfi sjálfstæðan bótagrundvöll?**

Í aðfararorðum tilskipunarinnar segir m.a. að um leið og takmarkanir á starfsemi lánastofnana séu fjarlægðar verði að huga að þeirri stöðu sem upp geti komið ef innlán í lánastofnun sem hefur útibú í öðrum aðildarríkjum verði ótiltækt. Nauðsynlegt sé við þær aðstæður að tryggja samræmda lágmarkstryggingu óháð því hvar innlánið sé í sambandinu. Slík innlánstrygging sé jafnmikilvæg fyrir framgang sameiginlega markaðarins og varfærnisreglunnar. Enn fremur segir að innlánatryggingakerfin verði að koma til skjalanna um leið og innlán verði ótiltæk. Síðan er fjallað um lágmarkstryggingu og sagt að hæfilegt virðist að samræmda lágmarkstryggingin sé 20.000 ECU. Þessu er síðan fylgt eftir með 7. gr. tilskipunarinnar um að innlánatryggingakerfin tryggi að samanlögð innlán hvers innistæðueiganda séu tryggð upp að 20.000 ECU ef innlánin verði ótiltæk.

Í aðfararorðum tilskipunarinnar er sérstaklega tekið fram að aðildarríkin beri ekki ábyrgð gagnvart innistæðueigendum ef þau hafa komið á innlánatryggingarkerfi sem tryggir að innistæðueigendur fái bætur í samræmi við skilmála tilskipunarinnar. Hér að framan hafa stuttlega verið raktar helstu ástæður þess að ekki sé ástæða til að ætla að íslenska ríkið sé bótaskyld vegna framkvæmdar tilskipunarinnar. Er það fyrst og fremst stutt þeim rökum að tilskipunin geri enga kröfu um fjármögnun innlánstryggingakerfanna. Hún getur því auðveldlega orðið of seinvirk, einkum þegar bankahrun á sér stað eins og gerðist hér á landi. Þessi sjónarmið virðist bankanefnd seðlabanka Frakklands styðja. Einnig hefur framkvæmdastjórn Evrópusambandsins tekið undir þessi sjónarmiðað að minnsta kosti að hluta til eins og rakið hefur verið.

Af framanrituðu verður ályktað að Evrópusambandið hefur fjarlægt allar takmarkanir til stofnsetningar fjármálafyrirtækja innan sambandsins (og EES) og jafnframt aflétt hömlum á fjármálastarfsemi. Jafnframt hefur sambandið með umræddri tilskipun nánast heitið innistæðueigendum í útibúum innlánsstofnana sem staðsettar eru annars staðar innan

sambandsins, að þeir þurfi ekkert að óttast því að tiltekin lágmarkstrygging gildi ávallt gagnvart þeim.

Ekki hefur þó reynst að öllu leyti innistæða fyrir þessu heiti eins og sýnt hefur verið fram á hér að framan. Á hinn bóginn kunna hin fortakslausu orð tilskipunarinnar að hafa skapað réttmætar væntingar fyrir þá innistæðueigendur sem um ræðir. Þær væntingar gætu síðan leitt til bótaábyrgðar fyrir stofnanir sambandsins í samræmi við það sem rakið hefur verið.

Niðurstaðan er því sú að orð tilskipunarinnar eru tiltölulega fortakslaus varðandi lágmarksinnlánstryggingar og að innlánstryggingarkerfin en ekki aðildarríkin standi straum af þessu. Þessi fortakslausu orð reyndust þó haldlaus en fyrirheit tilskipunarinnar voru hins vegar til þess fallin að skapa réttmætar væntingar fyrir sparifjáreigendur.

Unnt er að halda því fram að ESB hafi getað orðið bótaábyrgt gagnvart innlánseigendum á grundvelli meginreglunnar um réttmætar væntingar með því að setja umrædda tilskipun í umferð án þess að setja samtímis upp kerfi sem tryggði innistæðueigendum greiðslu þeirrar lágmarksfjárhæðar sem áskilin er í tilskipuninni.

Innleysi íslenska ríkið þessar kröfur að einhverju leyti eða öllu á grundvelli ábyrgðayfirlýsinga öðlast það réttarstöðu innlánseigendanna og getur höfðað skaðabótamál fyrir dómstól ESB á hendur stofnunum sambandsins sem grundvallað væri á réttarstöðu þeirra.

*Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már Stefánsson er prófessor.*

## Icesave og stjórnarskráin, 15. janúar 2010

Eftir Lárus L. Blöndal, Stefán Má Stefánsson og Sigurð Líndal:

"...virðist óumdeilanlegt að við þessar aðstæður væru Icesave- samningarnir ... meira en þjóðin gæti staðið fjárhagslega undir."

MEÐ lögum nr. 96/2009 sem samþykkt voru 2. september sl. féllst Alþingi á ríkisábyrgð vegna hinna svokölluðu Icesave-lánasamninga. Þeir fyrirvarar sem höfðu mesta þýðingu til að takmarka ábyrgð ríkisins samkvæmt lögnum voru þessir:

1. Gildistími ábyrgðarinnar var tímabundinn til 5. júní 2024. Eftir það fellur hún niður.
2. Sett voru efnahagsleg viðmið sem takmörkuðu ábyrgð ríkisins við ákveðið hámark af vexti vergrar landsframleiðslu á hverju ári. Þetta átti að tryggja að greiðslur yrðu ávallt innan greiðsluþols íslenska ríkisins.
3. Við það var miðað að fengist sú niðurstaða hjá þar til bærum úrskurðaraðila að íslenska ríkið bæri ekki ábyrgð, gæti íslenska ríkið losnað undan ábyrgðinni samkvæmt því.

### Ný lög

Nú hafa verið samþykkt lög sem breyta lögum nr. 96/2009, þ.e. lög nr. 1/2010, og fela í sér verulegar breytingar á þeim. Forseti Íslands hefur þó neitað að undirrita þau. Sú grundvallarbreyting hefur orðið samkvæmt nýju lögnum að snúið er til baka til þess horfs sem lánasamningarnir voru upphaflega í, þ.e. ábyrgð ríkisins er nú aftur orðin hluti af lánasamningunum og hún orðin skilyrðislaus að mestu.

Skuldbindingar samkvæmt hinum nýju lögum eru óljósar og ófyrirsjáanlegar, m.a. vegna þess að ýmis síðari atvik, sem eru engan veginn fjarlæg, geta valdið því að þær muni reynast þungbærari en reiknað var með við undirritun þeirra og jafnvel þannig að þær reynist óeðlilegar og óyfirtíganlegar með öllu. Ef efnahagsástand þjóðarinnar versnar á greiðslutímanum, t.d. vegna hruns fiskistofna eða vegna þess að gjaldmiðlar gagnaðila Íslands styrkjast, er augljóst að skuldbindingar af þessu tagi geta valdið þungum búsfjum. Þá er og ljóst að staða Íslands verður gríðarlega alvarleg ef lögum nr. 125/2008 (neyðarlögnum) verður vikið til hliðar. Verður nú vikið nánar að þessu atriði og þetta atriði rökstutt frekar.

### Neyðarlögin

Með neyðarlögnum var gerð sú breyting á lögum 98/1999 um innistæðutryggingar að kröfur Tryggingasjóðs innistæðueigenda í þrotabú fjármálafyrirtækja (þ.e. innlánskröfur sem tryggingasjóðurinn hefði orðið að innleysa vegna þess fjármálafyrirtæki hefði ekki getað staðið á þeim skil) nyttu rétt hæðar forgangskrafna í stað þess að vera almennar kröfur áður. Svipuð breyting var gerð á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki þannig að við gjaldþrot fjármálafyrirtækja yrðu kröfur vegna innistæðna forgangskröfur. Breytingarnar leiða til þess að innlánseigendur fái mun meira í sinn hlut við uppgjör bankanna en aðrir kröfuhafar minna heldur en verið hefði samkvæmt óbreyttum lögum.

Á það hefur verið bent að þessi breytta skipan á rétt hæð krafna geti brotið gegn meginreglum laga um réttaröryggi, réttmætar væntingar og afturvirkni laga. Gegn þessu má tefla fram ýmsum gagnrökum. Nú liggur fyrir að látið verður reyna á neyðarlögin að þessu leyti enda gríðarlegir hagsmunir í húfi. Niðurstaðan gæti orðið sú að þessum lagabreytingum yrði vikið til hliðar og/eða að ríkið yrði gert bótaskyldt vegna þess tjóns sem almennir kröfuhafar hafi orðið fyrir. Dómstólar skera úr um þetta að lokum.

Verði ríkisábyrgð á Icesave-samningunum samþykkt og neyðarlögunum vikið til hliðar varðandi forgang innistæðna er líklegt að greiða yrði fjárhæð til Hollendinga og Breta sem næmi yfir 600 milljörðum kr. auk vaxta þar sem kröfur samkvæmt þeim nytu þá ekki stöðu forgangskrafna og mun minna fengist upp í þær en vonir hafa staðið til. Þetta bættist við fjárhæðir vegna annarra innistæðna og ekki verður komist undan. Í ljósi umræðu síðustu mánaða um greiðslustöðu og greiðslugetu Íslands virðist óumdeilanlegt að við þessar aðstæður væru Icesave-samningarnir, til viðbótar öðrum skuldum, meira en þjóðin gæti staðið fjárhagslega undir.

### **Stjórnarskráin**

Í 40. gr. stjórnarskrárinnar er m.a. 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 um ræðir. Með þessu er verið að tryggja forræði Alþingis og þá óbeint þjóðarinnar á því hverjar kvaðir íslenska ríkið megi gangast undir.

### **Óviss skuldbinding**

Samkvæmt því sem rakið var er gert ráð fyrir í lögum nr. 1/2010 að ábyrgðarskuldbinding ríkisins sé ótímabundin og önnur ákvæði þannig úr garði gerð að í raun virðist enginn vita með vissu hvaða skuldbindingar verið sé að gangast undir ef frumvarpið verður samþykkt.

Draga verður í efa að lög af þessu tagi fái staðist kröfur 40. gr. stjórnarskrárinnar um skýra og afdráttarlausa lagaheimild. Svipað á við um fjárveitingarvaldið. Samkvæmt 41. gr. stjórnarskrárinnar má ekkert gjald greiða af hendi nema heimild sé til þess í fjárlögum eða fjáraulögum.

Þá má halda því fram að umrædd lagasetning takmarki um of lagasetningarvald Alþingis samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar. Að sönnu miðast slík takmörkun oftast við hina formlegu heimild löggjafarvaldsins, þ.e. að ekki megi skerða hið formlega vald Alþingis til að setja lög eða fjáraulög. Það er hins vegar vel þekkt að hömlur á löggjafarvaldinu eru ekki einskorðaðar við þetta. Sé vald löggjafans takmarkað raunverulega með þjóðréttarsamningum eða öðrum ráðstöfunum og séu skuldbindingar sem af þessu stafa mjög umfangsmiklar, óljósar og einhliða getur einnig verið um stjórnarskrárbrot að ræða. Þá er um skerðingu á fullveldi að ræða með líkum hætti og ef samið hafi verið um að afhenda hluta löggjafarvaldsins formlega til annarra aðila. Slíkt getur einmitt átt við hér.

Loks má halda því fram að verið sé að ganga á lýðræðislegan rétt kjósenda með því að binda hendur Alþingis gagnvart erlendum ríkjum til ófyrirsjáanlegrar framtíðar við skuldbindingar sem geta reynst þjóðarbúinu ofviða og eru þar að auki líklega umfram lagaskyldu. Slíkt fær vart staðist þær grundvallarreglur sem íslenska stjórnskipunin er byggð á.

Í stuttu máli má halda því fram með fullum rökum að umrædd lög geti falið það í sér að skerða fullveldi ríkisins umfram það sem stjórnarskrá heimilar.

### **Samantekt**

1. Helstu niðurstöður í kafla II varðandi innistæður í útibúum íslenskra banka erlendis við hugsanlegt gjaldþrot íslensku bankanna eru þær að íslenska ríkið beri ekki ábyrgð á þeim heldur aðeins viðkomandi tryggingarkerfi sem hér á landi er Tryggingasjóður innistæðueigenda og fjárfesta.

Þessar niðurstöður eru fyrst og fremst á því byggðar að tilskipun nr. 94/19 hefur ekki að geyma nein ákvæði um ábyrgð aðildarríkja í tilefni af slíku gjaldþroti. Þvert á móti er þar

tekið fram að aðildarríkin beri ekki ábyrgð. Ábyrgð ríkisins í tengslum við fyrrgreinda tilskipun nr. 94/19 getur einungis komið til ef vanhöld hafa orðið á því að innleiða reglur um hana og að sjá að öðru leyti um að staðið sé við skuldbindingar samkvæmt tilskipuninni. Hafi slík vanræksla átt sér stað gæti bótaábyrgð ríkisins komið til álita og það orðið skaðabótaskyldt ef reglunum um bótaábyrgð er að öðru leyti fullnægt. Ekkert liggur þó fyrir um að svo sé. Þessum niðurstöðum til frekari stuðnings færðum við fram rök fyrir því að seðlabanki Frakklands og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafa bæði gefið sterklega í skyn að innistæðutryggingarkerfin samkvæmt tilskipuninni séu ekki til þess fallin að mæta stóraföllum eins og bankahruni. Sum aðildarríkin hafa auk þess gert fyrirvara varðandi lögmæti þess að veita ríkisábyrgð til viðbótar þeirri tryggingu sem innlánstryggingarkerfin veita enda raski það samkeppni á fjármálamarkaði.

2. Í kafla III var spurningum svarað um hvort mismunun hafi falist í yfirlýsingu stjórnvalda um ábyrgð ríkisins á greiðslu til innistæðueigenda eða í stjórnsluákvörðuninni um yfirtöku banka og loks í yfirlýsingu stjórnvalda um ábyrgð ríkisins á greiðslu til innistæðueigenda.

Í öllum tilvikum var talið ljóst að þau sjónarmið, sem fram hafa komið, um að „mismunun“ íslenskra stjórnvalda gagnvart eigendum innistæðna í útibúum íslensku bankanna erlendis hafi skapað greiðsluskyldu, fengi ekki staðist. Gilti þetta eins og áður sagði hvort sem horft er til neyðarlaganna, stjórnvaldsákvarðana í tengslum við endurreisn bankakerfisins eða yfirlýsingar ráðherra um ríkisábyrgð á innistæðum.

3. Í kafla IV var gerð grein fyrir því að ESB hafi getað orðið bótaábyrgt gagnvart innlánseigendum á grundvelli meginreglunnar um réttmætar væntingar með því að setja umrædda tilskipun í umferð án þess að gera skýra grein fyrir vanmætti tryggingarkerfanna ef til meiriháttar áfalla kæmi. Innleysi íslenska ríkið þessar kröfur að einhverju leyti eða öllu á grundvelli ábyrgðaryfirlýsinga öðlast það réttarstöðu innlánseigendanna og getur höfðað skaðabótamál fyrir dómstól ESB á hendur stofnunum sambandsins sem grundvölluð væri á réttarstöðu þeirra.

4. Loks í kafla V var dregið í efa að lög nr. 1/2010, sem fela það í sér að ábyrgðarskuldbinding ríkisins sé ótímabundin og önnur ákvæði þannig úr garði gerð að í raun er ekki ljóst hvaða skuldbindingar um sé að ræða, fái staðist kröfur 40. gr. stjórnarskrárinnar um skýra og afdráttarlausu lagaheimild.

Enn fremur er það niðurstaða okkar að halda megi því fram að umrædd lagasetning takmarki um of lagasetningarvald Alþingis samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar. Því má segja að umrædd lög geti hugsanlega falið í sér skerðingu á fullveldi ríkisins umfram það sem stjórnarskrá heimilar.

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

*Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már Stefánsson er prófessor. Sigurður Líndal er lagaprófessor.*



## Áminning ESA, 4. júní 2010

Eftir Lárus L. Blöndal og Stefán Má Stefánsson:

"Staða þeirra sem áttu innistæður í erlendum útibúum er allt o□nnur en staða þeirra sparifjäreigenda sem áttu innistæður hér á landi eins og aðstæður voru."

### Inngangur

Þann 26. maí 2010 sendi Eftirlitsstofnun EFTA, hér ESA, íslenskum stjórnvöldum svonefnt áminningarbréf vegna Icesave-málsins. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að íslensk stjórnvöld hefðu brotið gegn tilskipun 94/19/EB (um innlánatryggingakerfi) þar sem Ísland hefði ekki greitt breskum og hollenskum sparifjäreigendum lágmarkstryggingu samkvæmt tilskipuninni í kjölfar falls Landsbankans. Þá var Ísland einnig talið hafa brotið gegn 4. gr. EES- samningsins sem fjallar um bann gegn misrétti.

Hlutverk ESA er að tryggja fullnustu EFTA/EES-ríkjanna á EES-samningnum. Stofnunin er sjálfstæð í störfum sínum og ber að taka hlutlægar ákvarðanir á lögfræðilegum grunni án tillits til hagsmuna aðila. Við höfum áður sett fram sjónarmið okkar í svonefndum Icesave-málum sem hér verða ekki endurtekin. Þar var komist að gagnstæðum niðurstöðum um bæði fyrrgreind atriði. Hér verður gerð grein fyrir hvers vegna við erum ósammála niðurstöðum ESA.

### Tryggingasjóður innistæðueigenda

Ákveðnar reglur eru um inngreiðslur í Tryggingasjóð innistæðueigenda og fjárfesta samkvæmt lögum 98/1999. Skál heildareign innistæðueildar sjóðsins nema að lágmarki 1% af meðaltali tryggðra innistæðna í viðskiptabönkum og sparisjóðum á næstliðnu ári og er það í góðu samræmi við það sem víða tíðkast annars staðar í Evrópu. Engar reglur eru um það í viðeigandi tilskipunum hvernig fjármagna eigi sjóðina. Ekki virðist neinn ágreiningur um að íslensku reglurnar hafi verið tilkynntar ESA og er ekki kunnugt um að neinar athugasemdir hafi komið fram.

### Forúrskurður dómstóls ESB

ESA styður niðurstöðu sína m.a. við forúrskurð dómstóls ESB í máli 222/02 (Paul o.fl.). Paul og fleiri aðilar höfðu lagt innistæður sínar í banka sem varð gjaldþrota og töpuðu fé af þeim sökum. Þeir höfðuðu því mál í Þýskalandi gegn þýska ríkinu þar sem krafist var skaðabóta vegna seinkunar á innleiðingu tilskipunar 94/19 og ófullkomins eftirlits bankaftirlitsins þar í landi í því sambandi. Í forúrskurðinum voru m.a. 3. og 7. gr. tilskipunarinnar til umræðu. Töldu sóknaraðilar að tjóni þeirra hefði verið afstýrt ef fyrrgreindra ákvæða hefði verið gætt.

Mál þetta fjallar því ekki um tryggingakerfin sem slík, forsendur þeirra eða starfsemi heldur um bótakröfur sem taldar voru ýmist hafa orðið til við það að eftirliti var ekki sinnt eða að tilskipuninni hefði ekki verið hrundið í framkvæmd á réttum tíma.

Í máli því sem hér er til umfjöllunar eru þessi atriði ekki til umræðu, heldur hvort íslenska ríkið beri ábyrgð á því að ekki reyndist nægilegt fé í Tryggingarsjóðnum til fullnustu skuldbindinga við fall bankanna. Af þessum sökum teljum við fjarri lagi að gefa almennum ummælum dómsins í 27. og 28. gr. fyrrgreinds máls vægi varðandi Icesave-málið með þeim hætti sem ESA gerir. Dómurinn segir ekkert um það álitafni sem við er að glíma í Icesave-málinu. Við teljum því að niðurstaða í málinu verði ekki studd við þennan dóm.

## Samhengi og markmið

ESA gefur í skyn að tilskipunina eigi að túlka í samhengi og eftir markmiðum sínum. Þessu erum við sammála. ESA vísar m.a. í 7. og 10. gr. umræddrar tilskipunar og í 8., 9. og 24. gr. aðfaraorða hennar máli sínu til stuðnings. Við teljum að þessar tilvísanir gefi villandi mynd af því samhengi og markmiðum sem keppt er að. Við lítum svo á að tilvísun til 8. og 9. gr. eigi ekki við í máli þessu þar sem þær taka ekki á því álitafni sem hér liggur fyrir. Um 24. gr. verður fjallað sérstaklega hér á eftir. Að öðru leyti er aðallega byggt á 1. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar þar sem segir: Innlánatryggingakerfin tryggja að samanlögð innlán hvers innstæðueiganda séu tryggð upp að 20.000 ECU ef innlánin verða ótíltæk.

Við bendum á að innlánsstofnanir bera sjálfar kostnað af fjármögnun kerfanna og má í því sambandi ekki stefna stöðugleika bankakerfis aðildarríkis í hættu, sbr. 23. gr. aðfaraorðanna. Það eru tryggingarkerfin þannig fjármögnuð sem eiga að tryggja þetta en ekki aðildarríkin. Hvernig fær þetta samræmst niðurstöðu ESA um að aðildarríki beri ábyrgð (á ensku: obligation of result) ef eitthvað vantar upp á greiðslur úr tryggingarsjóðunum?

Við bendum einnig á að tilskipunin er liður í að auðvelda lánastofnunum að starfa yfir landamæri. Við slíka aðgerð þarf að gæta hagsmuna sparifjáreiganda. Jafnframt er ljóst að ekki má raska samkeppnisskilyrðum, sbr. t.d. 13. gr. aðfaraorðanna. Í stuttu máli má segja að umræddar lánastofnanir skuli starfa að einkarétti þar sem samkeppnisskilyrði gilda. Ríkisábyrgð kemur því þarna ekki til álita og er í reynd andstæð þessu kerfi. Niðurstaða ESA felur því í sér þversögn að þessu leyti.

Af framangreindu verður sú meginályktun dregin að samhengi og markmið umræddrar tilskipunar eru ekki þau sem ESA segir heldur nánast öndverð við það.

## Ákvæði um ábyrgð

Í 24. gr. aðfaraorða tilskipunarinnar segir:

*Tilskipun þessi getur ekki gert aðildarríkin eða lögbær yfirvöld þeirra ábyrg gagnvart innstæðueigendum ef þau hafa séð til þess að koma á einu eða fleiri kerfum viðurkenndum af stjórnvöldum sem ábyrgjast innlán eða lánastofnanirnar sjálfar og tryggja að innstæðueigendur fái bætur og tryggingu í samræmi við skilmálana í þessari tilskipun.*

ESA gerir þessa grein að sérstöku umtalsefni og telur sig leiða líkur að því að aðildarríki verði ábyrgt ef það kemur í ljós að eftirlitskerfið dugi ekki til þess að greiða allt að 20.000 evrur til hvers innstæðueiganda. Þessi niðurstaða er röng svo og forsendur hennar að okkar mati.

Hér er í fyrsta lagi ljóst að aðildarríkin eru ekki ábyrg hafi þau komið upp tryggingarkerfum eins og auðkennd orð gefa til kynna. Því getur ekki komið til ábyrgðar nema kerfin séu í ósamræmi við skilmála tilskipunarinnar samkvæmt orðalagi ákvæðisins. Önnur skýring á þessu er ekki tæk ef hin auðkenndu orð eiga að geta haldið. Sama niðurstaða verður ef markmið tilskipunarinnar og samhengi er tekið með í reikninginn. Ef túlkun ESA er rétt þá hefði að sjálfsögðu átt að kveða skýrt á um það í tilskipuninni að ríkisábyrgð væri til staðar í stað þess að taka sérstaklega fram að svo væri ekki. Þá er rétt að fram komi að innleiðing tilskipunarinnar hér á Íslandi var kynnt ESA á sínum tíma. Ekki er vitað til að athugasemdir hafi verið gerðar við hana.

## Ábyrgð á Tryggingarsjóði

ESA telur að Tryggingarsjóðurinn sé í raun hluti íslenska ríkisins þó að hann sé sjálfstæð stofnun að einkarétti samkvæmt íslenskum lögum. Af því leiði að brot Tryggingarsjóðsins

megi heimfæra beint upp á íslenska ríkið. Nefnir ESA nokkra dóma dómstóls ESB þessu til staðfestingar.

Þekkt er úr Evrópurétti að stundum er litið á opinber fyrirtæki sem opinber yfirvöld í ýmsu samhengi, t.d. varðandi opinbera samninga. ESA nefnir önnur dæmi sem m.a. lúta að stöðu stofnana þegar ákveða skal hvort tiltekin gerð eigi að hafa bein réttaráhrif. Auk þess er minnst á mál dómstóls EFTA E- 1/07.

Skemmst er frá því að segja að engin þessara dómsúrlausna er sambærileg því máli sem hér er til umfjöllunar og geta þær því ekki talist nothæfar sem fordæmi. Því ber auðvitað að halda til haga að Tryggingarsjóðurinn er sjálfstæð og óháð stofnun með eigin fjárhag og eigin stjórn. Það er þó ekki aðalatriðið heldur að tryggingarkerfin í aðildarríkjunum eru með mismunandi hætti og sum hver óumdeilanlega einkarekin. Það stæðist því hvorki samkeppnisreglur né forsendur tilskipunar 94/19 ef ríkisábyrgð ætti að gilda um sum þeirra en önnur ekki eftir því hvort Tryggingarsjóður eða sambærilegt kerfi í öðrum aðildarríkjum teldist opinber stofnun eða ekki. Við teljum því þessa niðurstöðu ESA ranga.

### **Sérstakar kringumstæður**

Í áminningarbréfinu er fjallað um sérstakar kringumstæður. Þar kemur fram að ríkisstjórn Íslands telji að tilskipunin eigi ekki við í algeru efnahagshruni. Kveðst ESA vera ósammála þessu og segir orð tilskipunarinnar sjálfra ekki styðja slíka ályktun.

Við undirritaðir teljum þessa umræðu ekki nálgast kjarna málsins. Hins vegar teljum við að bankahrun eins og varð hér á landi sýni það betur en flest annað að hlutverk tryggingarsjóða sé ekki að takast á við slíka atburði. Ef svo hefði verið hefði þurft að greiða gífurlegar fjárhæðir inn í t.d. íslenska Tryggingarsjóðinn sem næmi óásættanlegu hlutfalli af heildarinnlánum. Slíkt er auðvitað óframkvæmanlegt enda er það staðfest í lokamálslið 24. málsgreinar aðfaraorða tilskipunarinnar þar sem segir að fjármögnunin megi ekki stefna stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu. Bankanefnd Frakklands samdi heildarskýrslu fyrir seðlabanka Frakklands árið 2000 þar sem einmitt var bent á þessi atriði. Sama getur gilt við stofnun og hraða útpenslu útibúa erlendis. Getur þá farið svo að tryggingarkerfin ráði ekki við slíkan hraða og að langan tíma þurfi til að jafna ástandið.

Af þessum sökum eiga sjónarmið ESA í kafla 4.2. í áminningarbréfinu ekki við og þá ekki heldur tilvísun til dóms dómstóls EB í sameinuðum málum C-19/1990 (Karella og Karellas).

### **Mismunun**

Í áminningarbréfinu er komist að þeirri niðurstöðu að með neyðarlögunum hafi íslensk stjórnvöld gert mun á sparifjáreigendum í íslenskum útibúum annars vegar og erlendum útibúum hins vegar. Íslenskar sparifjáreignir hafi verið færðar yfir í nýju bankana þar sem þær hafi fengist greiddar að fullu meðan erlendu sparifjáreigendurnir hafi ekki einu sinni fengið lágmarkstryggingu. ESA telur þetta fela í sér ólögmeta mismunun. Vísar hún m.a. til 1. mgr. 4. gr. tilskipunar 94/19 og 3. gr. aðfaraorðanna því til staðfestingar.

Þetta teljum við ótæka niðurstöðu. Fyrirgreindar lagaheimildir eiga í fyrsta lagi ekki við um málsatvik máls þessa heldur taka þær til þess að tryggingarsjóðum ber að meðhöndla alla jafnt við ákvarðanir, t.d. um úthlutun. Það verður auðvitað að gera. Hér er hins vegar ekki um það að ræða heldur var með neyðarráðstöfunum reynt að bjarga fjármálakerfi landsins. Þá er og rangt að íslenskir sparifjáreigendur hafi fengið greiðslur að fullu með þeim hætti sem ESA heldur fram.

Þegar litið er á málavexti voru allir meginbankar landsins komnir að hrúni þegar neyðarlögin voru sett. Til þess að tryggja fjármálastarfsemi í landinu voru nýir bankar reistir úr rústum hinna gömlu og m.a. teknar yfir þær innistæður sem innistæðueigendur áttu í bönkunum hér á landi. Fyrir þetta var greitt fullt verð en engin ríkisábyrgð var fyrir greiðslu þessara innistæðna og er ekki ennþá. Ástæða þessarar aðgerðar var væntanlega sú að ótækt var að nánast allar innistæður í landinu þurrkuðust út í einu veffangi. Í þessu atriði lá eina von Íslands til að halda uppi því fjármálakerfi sem var nánast hrúnið. Var látið reyna á að innistæðueigendur tækju ekki út inneignir sínar m.a. vegna tengsla sinna við landið. Reglunum var beitt án mismununar þar eð erlendir ríkisborgarar eða menn búsettir erlendis fengu að þessu leyti sömu afgangi og íslenskir. Sérstaklega skal tekið fram að innistæðueigendur erlends gjaldeyris fengu engan gjaldeyri greiddan af reikningum sínum enda enginn gjaldeyri til í landinu.

Þegar litið er til útibúanna erlendis er allt önnur staða uppi. Fyrst ber að taka fram að reglum um þau var beitt án mismununar að því leyti að þær giltu jafnt um Íslendinga sem aðra. Í öðru lagi var um gjaldeyrisinnistæður að ræða. Eins og áður var sagt fengu sparifjáreigendur hér enga fyrirgreiðslu varðandi gjaldeyrisreikninga þeirra. Í þriðja lagi ber síðan að hafa í huga að sparifjáreigendur erlendra útibúa eru ekki í sömu tengslum við Ísland og þar með björgun fjármálakerfisins og þeir sem áttu innistæður hér á landi. Var því viðbúið að þeir tækju út innistæður sínar.

Af framansögðu má sjá að þau atvik sem eftirlitsstofnunin ber saman eru ekki samanburðarhæf. Ákvörðun um þessar aðgerðir var tekin með neyðarlögunum settum af Alþingi. Þessi ákvörðun gekk langt en enn hefur ekki verið sýnt fram á að unnt hefði verið að tryggja starfhæft fjármálakerfi á Íslandi með öðrum minna íþyngjandi úrræðum.

### **Annars konar misrétti**

Annars konar misrétti leiðir af niðurstöðu ESA sem stofnunin nefnir ekki. Ef hún væri rétt gæti hún bakað smáum ríkjum gífurlegar fjárhagslegar skuldbindingar sem gætu settu fullveldisrétt þeirra í hættu. Bankahrúnið á Íslandi sýnir þetta með óyggjandi hætti. Þetta leiðir af því að innlánatryggingarkerfi í stærri löndum eru betur undir það búin að taka við fjárhagslegum áföllum heldur en lítil kerfi. Þetta þýðir svo aftur að smáríki geta ekki undirgengist þessar reglur óbreyttar og því geta bankar frá slíkum ríkjum ekki verið virkir þátttakendur í samkeppnisumhverfi ESB. Túlkun sem leiðir til slíkrar mismununar á milli stórra ríkja og smárra er ótæk.

Sé niðurstaða ESA lögð til grundvallar um ábyrgð aðildarríkjanna á tryggingarkerfunum ættu innistæðueigendur val um það hvort innistæður þeirra væru tryggðar af t.d. Þýskalandi eða Íslandi. Skyldi smáríkið standast samkeppnina við stórveldið?

Niðurstaðan er því sú að séu ályktanir ESA lagðar til grundvallar mun það skekkja verulega samkeppnina á hinum sameiginlega markaði eftir því hvort bankastofnanir eru frá smáum ríkjum eða stórum. ESA lét hjá líða að fara ofan í þessi atriði sem skipta þó verulegu máli að áliti undirritaðra.

### **Niðurstaða**

Samantekið má færa rök að því að ESA hafi í þessu máli fyrst og fremst leitað niðurstöðu sem stuðlaði að ró um starfsemi banka í Evrópu. Tilvísanir til lagagreina standast ekki skoðun. Að hluta til er vitnað til aðfaraorða sem ekki skipta máli og sama gildir um flesta dóma dómstóls ESB sem vísað er til. Hins vegar fer lítið fyrir sjónarmiðum sem styrkja aðra niðurstöðu eins og rækilega hefur verið bent á.

Í upphafi greinarinnar var sagt að stofnuninni bæri að taka hlutlægar ákvarðanir á lögfræðilegum grunni án tillits til hagsmuna aðila. Draga má í efa að það hafi verið gert í þessu máli.

Telji menn að endurskoða þurfi tryggingarkerfi innistæðueigenda innan ESB þá er vissulega hægt að taka undir það. En gallar gamla kerfisins verða tæplega gjaldfærðir á Ísland. Svo virðist sem engin þjóð verði fyrir fjárhagstjóni vegna þessarar túlkunar ESA önnur en Ísland. Er það ástæðan fyrir því að okkur skortir bandamenn?

*Lárus L. Blöndal er hæstaréttarlögmaður. Stefán Már Stefánsson er prófessor.*