



**Háskólinn  
á Akureyri**

*Hug- og félagsvísindasvið*

*Lagadeild*

*2010*

## **ICESAVE-málið**

**Greining á ábyrgð íslenska ríkisins og á mögulegum annmörkum á  
regluverki EES**

**Birna Ágústsdóttir**

*Lokaverkefni við Hug- og félagsvísindasvið*



**Háskólinn  
á Akureyri**

*Hug og félagsvísindasvið*

*Lagadeild*

*2010*

## **ICESAVE-málið**

**Greining á ábyrgð íslenska ríkisins og á mögulegum annmörkum á  
regluverki EES**

Nemandi:

**Birna Ágústsdóttir**

Leiðbeinandi:

**Pétur Dam Leifsson, dósent við Hug- og félagsvísindasvið**

*Lokaverkefni til 120 eininga M.L.-prófs við Hug- og félagsvísindasvið*

## **Yfirlýsingar:**

Ég lýsi því hér með yfir að ég ein er höfundur þessa verkefnis og að það er ágóði eigin rannsókna.

---

**Birna Ágústsdóttir**

Það staðfestist hér með að lokaverkefni þetta fullnægir að mínum dómi kröfum til M.L.-prófs við Hug- og félagsvísindasvið.

---

**Pétur Dam Leifsson, dósent við Hug- og félagsvísindasvið**

## Útdráttur

Við fall Landsbanka Íslands hf. haustið 2008 urðu innlán í útibúum bankans í London og Amsterdam ótiltæk. Eignir íslenska innlánaþryggingakerfisins nægðu ekki til greiðslu krafna sem á það féllu í kjölfarið. Breska og hollenska ríkið bættu því innstæðueigendum tapið, og kröfðust þess að íslenska ríkið veitti ríkisábyrgð á lán þeirra til Tryggingarsjóðs innstæðueigenda. Töldu þau íslenska ríkið bera ábyrgð gagnvart innstæðueigendum gæti innlánaþryggingakerfið ekki bætt lágmarksupphæð tryggingar, auk þess sem íslenska ríkið var talið hafa mismunað innstæðueigendum á grundvelli ríkisfangs við ráðstafanir í tengslum við þjóðnýtingu bankans. Við innleiðingu tilskipunar 94/19/EB var ekki gert ráð fyrir ríkisábyrgð á sjálfseignarstofnun sem sett yrði á fót til að fara með innstæðutryggingar, en í tilskipuninni kemur fram að tryggingakerfi megi ekki felast í tryggingu sem aðildarríki sjálf veiti. Ríkisábyrgð eða bótaskylda ríkis tilkomin vegna þess eins að eignir lögmæts tryggingakerfis duga ekki til útgreiðslna má jafna til óbeinnar ríkisábyrgðar sem óheimilt er að veita. Við þjóðnýtingu Landsbanka Íslands hf. var innlendi hluti hans færður í nýtt félag en erlend starfsemi skilin eftir í hinu gamla félagi. Óbein mismunur á grundvelli ríkisfangs kann að hafa falist í þessari ráðstöfun, nái gildissvið EES-réttar til hennar, en mismunur kann að réttlætast af þjóðfélagsþörfum undir yfirvofandi efnahagshruni. Íslenskum stjórnvöldum voru nokkrar leiðir færar til að takmarka afleiðingar Icesave reikninganna, og má þar helst nefna aukna bindiskyldu og eiginfjárhlutfall fjármálaþrygginga með útibú erlendis. Hins vegar voru mögulegar ráðstafanir ekki til þess fallnar að fyrirbyggja alfarið innlánaþryggingu í erlendum útibúum, en stjórnvöldum var óheimilt að leggja almennt bann við opnun slíkra útibúa. Sökum þess að aðilar milliríkjadeilunnar um Icesave-reikningana voru annars vegar ESB-ríki og hins vegar EFTA-ríki í EES gat enginn dómstóll fjallað um málið nema með samþykki allra aðila. Tvíhliða samningaviðræður milli ríkjanna urðu því vettvangur úrlausnar deilunnar.

## Abstract

When Landsbanki collapsed in 2008, deposits became unavailable in its London and Amsterdam branches. Since the Icelandic Deposit Guarantee Scheme (DGS) was not financially equipped to compensate the losses, the UK and the Netherlands repaid the depositors. The governments of the Netherlands and the UK considered the repayment a loan to the Icelandic DGS and demanded that the Icelandic state would guarantee this loan. The measures taken by the Icelandic authorities in relation to the nationalisation of the bank were then regarded as discriminatory on grounds of nationality. When directive 94/19/EC was incorporated into Icelandic law, the DGS was established without any state guarantee, in line with the directive. Any *a priori* state guarantee or *ex post facto* state liability established solely on the basis that a DGS does not hold enough funds to compensate depositors' losses may constitute an indirect and prohibited state guarantee on an otherwise legitimate DGS. Following nationalisation, Landsbanki was divided into domestic and foreign entities with the result that domestic deposits were transferred to a new company and foreign deposits left in the old company under liquidation. These measures, if considered within EEA-law, may constitute indirect discrimination on grounds of nationality, but might be justified on grounds of necessity for a nation facing imminent economic collapse. The Icelandic authorities had resources to limit the damage incurred by Icesave, *i.e.* with higher reserve requirements and equity ratio of credit institutions accepting deposits in overseas branches. However, such measures would not have been likely to have prevented deposit aggregation abroad entirely and no authority could generally have impeded the establishment of branches within the EEA. As the parties to the dispute are EU-states on one hand and an EFTA-state on the other, no European court could decide the interpretation of the relevant legislation without explicit agreement of the parties. Bilateral negotiations are therefore crucial to the settlement of the Icesave dispute.

**„Og vonandi lendum við ekki í allsherjar stóru gjaldþroti.“**

- Finnur Ingólfsson, viðskiptaráðherra, 7. október 1999.

## Efnisyfirlit

<b>1</b>	<b>Inngangur</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Ísland og Evrópusamstarf</b> .....	<b>5</b>
2.1	Bakgrunnur .....	5
2.2	Löggjöf .....	6
2.2.1	Tilskipanir skv. IX. viðauka EES.....	7
2.2.2	Landsréttur .....	8
2.2.3	Samspil landsréttar og EES-réttar: Um innleiðingu í íslenskan rétt.....	10
<b>3</b>	<b>Ábyrgð á innstæðum samkvæmt lögum</b> .....	<b>13</b>
3.1	Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta .....	13
3.1.1	Um tryggingavernd sjóðsins.....	13
3.1.2	Fjármögnun sjóðsins .....	14
3.1.3	Ábyrgð sjóðsins.....	16
3.2	Ríkissjóður Íslands .....	18
3.2.1	Um ábyrgð ríkisins að EES-rétti .....	19
3.2.2	Ber íslenska ríkið ábyrgð ef ekki er greitt rétt í sjóðinn? .....	24
<b>4</b>	<b>Um sértæka ábyrgð ríkisins á Icesave reikningum í Bretlandi og Hollandi</b> .....	<b>25</b>
4.1	Þýðing þjóðnýtingar bankanna .....	25
4.1.1	Réttmæti yfirtökunnar .....	26
4.1.2	Mismunun á grundvelli ríkisfangs.....	27
4.2	Þýðing neyðarlaganna.....	32
4.3	Þýðing yfirlýsinga af hálfu ríkisstjórnar Íslands.....	32
4.3.1	Yfirlýsingar um fullnaðartryggingar innlendra innstæðna.....	33
4.3.2	Yfirlýsingar ráðherra til stjórnvalda í Bretlandi og Hollandi .....	34
<b>5</b>	<b>Mögulegar fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda</b> .....	<b>38</b>
5.1	Sértækar aðgerðir.....	38
5.1.1	Alþingi.....	38
5.1.2	Fjármálaeftirlit.....	40
5.1.3	Seðlabanki Íslands.....	44
5.1.4	Viðskiptaráðuneyti .....	47
5.1.5	Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta .....	48
5.1.6	Aðrir aðilar .....	49
5.2	Yfirlit yfir almennari aðgerðir stjórnvalda til varnar falli bankanna.....	49
5.3	Bann Fjármálaeftirlits við stofnun útibús skv. 4. mgr. 36. gr. laga nr. 161/2002.....	50
5.4	Ráðstafanir sem íslenskum stjórnvöldum stóðu ekki til boða .....	52
5.5	Um bótaskyldu íslenska ríkisins vegna ágalla á eftirliti með fjármálafyrirtækjum... 53	

<b>6</b>	<b>Aðkoma Evrópusambandsins og stofnana EES .....</b>	<b>56</b>
6.1	Mögulegir úrlausnaraðilar .....	56
6.1.1	EFTA-dómstóllinn .....	57
6.1.2	Sameiginlega EES-nefndin .....	57
6.1.3	Aðrir úrlausnaraðilar .....	58
6.2	Farvegur deilunnar.....	58
6.3	Fellur deilan innan Evrópuréttar? .....	61
6.4	EES-samningurinn sem hluti vandamálsins .....	63
<b>7</b>	<b>Vangaveltur um ábyrgð ríkja á innlánatryggingakerfum.....</b>	<b>66</b>
7.1	Tilvist innstæðutrygginga .....	66
7.2	Um réttmæti ríkisábyrgða á innlánum gagnvart skattgreiðendum .....	66
7.3	Vandamál tengd öryggi innlánatrygginga á Evrópska efnahagssvæðinu .....	68
7.4	Möguleikar og staða smárikja.....	69
7.5	Núverandi skipan innlánatrygginga á Evrópska efnahagssvæðinu .....	70
<b>8</b>	<b>Niðurstöður .....</b>	<b>73</b>
8.1	Innleiðing tilskipunar 94/19/EB og ábyrgð íslenska ríkisins á Icesave innlánnum.....	73
8.2	Fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda .....	74
8.3	Annmarkar á regluverki EES.....	75
	<b>Heimildaskrá.....</b>	<b>77</b>
	<b>Skrá yfir réttarheimildir sem vísað er til .....</b>	<b>81</b>

## 1 Inngangur

Fyrstu dagar október-mánaðar ársins 2008 verða vafalaust lengi í manna minnum. Eftir nokkurra ára gengdarlausu landvinninga íslenskra fjármálafyrirtækja á alþjóðlegum fjármálamörkuðum riðaði íslenska hagkerfið skyndilega til falls. Á örfáum dögum féllu stóru viðskiptabankarnir þír, Landsbanki Íslands hf., Kaupþing banki hf. og Glitnir banki hf. Forsætisráðherra ávarpaði landsmenn þann 6. október, og bjó þá undir erfiðleika sem framundan voru í íslensku efnahagslífi.

Falli bankanna fylgdi ein alvarlegasta milliríkjadeila sem íslenska ríkið hefur átt aðild að; Icesave-deilan við Breta og Hollendinga, en þarlendir sparifjáreigendur töpuðu háum fjárhæðum sem lágu á Icesave innlánsreikningum Landsbanka Íslands hf. Tvíhliða samningaviðræður milli ríkjanna hófust fljótlega eftir fall bankanna. Efni samninganna var ábyrgð íslenska ríkisins á lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta, frá breska og hollenska ríkinu, til að endurgreiða þarlendum sparifjáreigendum. Þann 28. ágúst 2009 samþykkti Alþingi lög nr. 96/2009 um ríkisábyrgð á nefndri lántöku, sem staðfest voru af forseta Lýðveldisins þann 2. september 2009. Samningunum var síðar breytt, og samþykkti Alþingi í kjölfarið lög nr. 1/2010 um breytingu á lögum nr. 96/2009. Þeim lögum skaut forseti til þjóðarinnar, sem synjaði þeim í þjóðaratkvæðagreiðslu þann 6. mars 2010. Frekari samningar hafa ekki tekist við breska og hollenska ríkið þegar þetta er ritað.

Hér verður fjallað um lagalega ábyrgð íslenska ríkisins á innlánnum á Icesave reikningum í útibúum Landsbanka Íslands hf. í London og Amsterdam, með tilliti til mögulegra fyrirbyggjandi aðgerða íslenskra stjórnvalda og mögulegra annmarka á regluverki hins Evrópska efnahagssvæðis.

Í 2. kafla hér á eftir verður fjallað um Ísland og Evrópusamstarf, en þar verður bakgrunnur aðildar Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu skoðaður og helsta löggjöf EES-réttar og landsréttar, sem og samspil þessara lagakerfa, kynnt til sögunnar. Því næst verður í 3. kafla fjallað um ábyrgð á innlánnum samkvæmt lögum. Þar verður litið annars vegar til Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta og hins vegar Ríkissjóðs Íslands, og þess hvort og þá hvernig ábyrgð þessara aðila verður byggð á réttarreglum, landsréttar sem og EES-réttar, er gilda um innlánaþryggingakerfi.

Í 4. kafla verður fjallað um ábyrgð íslenska ríkisins vegna sérstakra atvika í atburðarás þeirri er hrundið var af stað með falli fyrsta viðskiptabankans, þ.e. ábyrgð á grundvelli þjóðnýtingar bankanna og/eða yfirlýsinga ráðherra. Möguleg ábyrgð að þessu leyti byggist ekki á skráðum réttarreglum um innlánaþryggingakerfi, heldur verður í þessu sambandi litið til



grundvallarreglu EES-réttar um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs og reglunnar um þjóðréttarlegt skuldbindingargildi yfirlýsinga stjórnvalda.

Í 5. kafla verður fjallað um mögulegar fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda, þar sem leitast verður við að greina hvort og þá hvaða ráðstafanir íslenskum stjórnvöldum stóðu til boða í aðdraganda bankahrunsins til að fyrirbyggja afleiðingar Icesave reikninganna, án tillits til framvindu að öðru leyti. Í því sambandi verða mögulegar aðgerðir Alþingis, Fjármálaeftirlits, Seðlabanka Íslands, viðskiptaráðuneytis og Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta skoðaðar sérstaklega.

Þá verður í 6. kafla skoðuð aðkoma stofnana ESB og EES að deilunni um Icesave reikningana milli Íslendinga annars vegar og Breta og Hollendinga hins vegar, hvaða úrlausnaraðilar stóðu til boða og hver farvegur deilunnar varð. Í 7. kafla verður að síðustu fjallað almennt um ríkisábyrgð á innlánatryggingakerfum, tilvist innstæðutrygginga og hvaða vandamál geta komið upp þegar samræma á öruggt innlánatryggingakerfi reglum um ríkisaðstoð og samkeppnisreglum EES-réttar.

## 2 Ísland og Evrópusamstarf

### 2.1 Bakgrunnur

Árið 1992 markaði upphaf gagngerra breytinga á íslensku samfélagi. Það ár gerðu annars vegar EFTA-ríkin Noregur, Ísland og Lichtenstein og hins vegar þáverandi Evrópubandalagsríki og Evrópubandalagið (EB) sjálf með sér samning um hið Evrópska Efnahagssvæði (EES), Óportó-samninginn. Var hann lögfestur hér á landi með lögum nr. 2/1993, með síðari breytingum. Með samningnum skyldu helstu reglur fyrir innri markað ESB, um fjórfrelsið, þ.e. frjáls vöruviðskipti, frjálsa för launþega, frjálsa þjónustustarfsemi og frjálsa fjármagnsflutninga, einnig ná til EES, og þannig gilda á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Að auki skuldbundu EFTA-ríkin þrjú, Noregur, Ísland og Lichtenstein, sig til að taka upp ýmsar stoðreglur EB fyrir innri markaðinn, sem og afleidda löggjöf frá stofnunum ESB, svonefndar EB-gerðir, er teldust varða Evrópska efnahagssvæðið. Markmið með gerð samningsins var lagasamræming og samvinna á tilteknum sviðum, þá sérstaklega varðandi fjórfrelsið, samkeppnisrétt, reglur um ríkisaðstoð og höfunda- og auðkennarétt.<sup>1</sup>

Aðdragandi aðildar að Evrópska efnahagssvæðinu hér á landi einkenndist af mikilli umræðu, meðal stjórnámálanna, hagsmunaaðila og almennings, um það hvort þjóðinni væri betur borgið innan slíks samstarfs eða ekki. Samningurinn var umdeildur, og beindist umræðan aðallega að sjávarútvegi og landbúnaði og þeim hagsmunum sem þar voru í húfi. Að lokum studdu aðilar í sjávarútvegi aðild að samstarfinu, aðilar í iðnaði voru því fylgjandi frá upphafi, en aðilar í landbúnaði voru því andvígir þegar til undirritunar kom.<sup>2</sup> Ekki virðist sem gagnrýnin og ýtarleg umræða hafi beinst að neinu marki að nýju, samevrópsku regluverki á sviði fjármála. Athygli var því ekki beint sérstaklega að hættum sem kynnu að leynast í breytingum á því sviði fyrir íslenskt samfélag síðar meir, yrði ekki rétt haldið á spilum. Þeirrar umræðu hefur líklega ekki verið talin þörf að sama skapi og umræðu um afdrif sjávarútvegs og landbúnaðar.

Samkvæmt skýrslu sem gefin var út árið 2002 þótti EES-samningurinn hafa gefið Íslandi aðgang að þeim þáttum Evrópusamstarfsins sem væru því hvað mest í hag, en um leið leyft landinu að standa utan þeirra þátta sem ekki þóttu aðlaðandi, en það voru fyrst og fremst hin sameiginlega fiskveiðistefna og hin sameiginlega landbúnaðarstefna Evrópusambandsins.

---

<sup>1</sup>Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1999, bls. 42.

<sup>2</sup>Baldur Thorhallsson og Hjalti Thor Vignisson: „A controversial step: membership of the EEA“. Í ritinu *Iceland and European Integration. On the Edge*. London 2004 (Oxon), bls. 44-45.

Meðal dæma skýrslunnar um ágóða af samstarfinu voru betra markaðsaðgengi, innstreymi fjármagns í þjóðarbúið vegna þátttöku í evrópskum samstarfsverkefnum, aukið frjálsræði og nútímalegri stjórnunarhættir vegna samræmdra leikreglna í atvinnulífi, og öflugri neytendavernd. Í öllu falli hefði samningurinn án efa stuðlað verulega að þeim stöðugleika sem þá ríkti í íslensku efnahagslífi. Hins vegar olli áhrifaleysi Íslands á stefnumótun og ákvarðanatöku í Evrópusamstarfinu ríkisstjórninni nokkrum áhyggjum. Þó var það talið kostur að standa utan hinna yfirþjóðlegu stofnana ESB, enda sjálfsákvörðunarréttur ríkja meiri innan EES.<sup>3</sup>

Innstæðuþryggingar eru, eins og vitað er, einn þeirra málaflokka sem Ísland hefur sett löggjöf um á grundvelli EES-samningsins, en lagasamræming á sviði fjármála og viðskipta sneri m.a. að reglum um innstæðuþryggingar. Verður nú skoðuð nánar helsta löggjöf sem gildir um tryggingar innstæðna í íslenskum bönkum og sparisjóðum.

## 2.2 Löggjöf

Um innstæðuþryggingar gildir afleidd löggjöf frá stofnunum ESB svo og landslög sett í samræmi við hana. Nauðsynlegt er að skýra nokkur atriði er varða lögina áður en efni þeirra er tekið fyrir. Sem fyrr segir skuldbundu EFTA-ríkin í EES sig til að taka upp í gegnum EES-stofnanir sínar afleidda löggjöf frá stofnunum ESB er teldust varða EES, svokallaðar EB-gerðir. Í 249. gr. stofnsamnings EB, Rómarsáttmálans, er fjallað um bindandi gerðir EB, en það eru reglugerðir, tilskipanir og ákvarðanir sem stafa frá til þess bærum lagasetningarstofnunum EB.

Tilskipanir eru ein tegund EB-gerða sem Ísland skuldbatt sig þannig til að taka inn í landsrétt gegnum stofnanir EES. Segir í 249. gr. Rómarsáttmálans að tilskipun skuli vera bindandi í markmiði sínu þeim ríkjum sem henni er beint að, en skuli eftirláta stjórnvöldum ríkjanna val um form og aðferðir við innleiðingu. Tilskipanir skulu þannig innleiddar í landsrétt með viðunandi hætti innan tilgreindra tímamarka, en ríkin hafa að öðru leyti nokkurt svigrúm hvað innleiðingu varðar, þ.e.a.s. með hvaða hætti tilskipun er innleidd og hvert efnislegt inntak reglnanna verður nákvæmlega. Þannig setur tilskipun fram bindandi efnislegt

---

<sup>3</sup>*Staða Íslands í Evrópusamstarfi: Skýrsla Halldórs Ásgrímssonar utanríkisráðherra til Alþingis. Utanríkisráðuneytið, Reykjavík 2000, bls. 6-8; Baldur Thorhallsson og Hjalti Thor Vignisson: „A controversial step: membership of the EEA“, bls. 45-46.*

markmið, ef svo má segja, en heimilar hverju ríki að velja viðeigandi leið til að ná því markmiði, þ.e. er í reynd rammalöggjöf í eðli sínu.<sup>4</sup>

Evrópulöggjöf sú sem gildir um innstæðutryggingar, og tekin er upp í landslög hér á landi, er ein margra slíkra tilskipana, tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 94/19/EB frá 30. maí 1994 um innlánatryggingakerfi. Verður nú gerð stuttlega grein fyrir henni, auk áþekkrar tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 97/9/EB um bótakerfi fyrir fjárfesta, en báðar gilda skv. IX. viðauka EES samningsins um fjármálaþjónustu, og eru nú sameinaðar hér á landi í lögum nr. 98 frá 1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta.

Minnt skal á að Ísland aðhyllist tvíeðliskenninguna, og lítur þannig á Evrópurétt og landsrétt sem tvö aðskilin lagakerfi. Því þarf ávallt að innleiða EB gerðir sérstaklega í landsrétt til að þær öðlist lagagildi hérlendis, og er EES samningurinn sjálfur á sama hátt lögfestur sérstaklega með lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993. Áður en EB-gerð er innleidd í landsrétt EFTA-ríkjanna í EES er hún tekin inn í EES-rétt með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um að hún skuli verða hluti af EES-samningnum, og verður hún þannig EES-gerð. Stjórnvöld EES-ríkjanna skulu þá í kjölfar innleiðingar upplýsa Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) um með hvaða hætti það hefur verið gert.<sup>5</sup>

### 2.2.1 Tilskipanir skv. IX. viðauka EES

Markmið tilskipunar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi er að veita eigendum innlána á Evrópska efnahagssvæðinu samræmda lágmarksvernd gegn greiðsluerfiðleikum lánastofnana sem þeir skipta við. Tilskipuninni var ætlað að hvetja til samræmdrar þróunar starfsemi lánastofnana innan EES með afnámi allra hafta á staðfesturétti og frelsi til að bjóða þjónustu, og í leiðinni auka stöðugleika bankakerfisins og öryggi innlánseigenda. Í þessu sambandi þóttu samræmdar reglur um lágmarksvernd innlána á svæðinu afar mikilvægar fyrir framgang hins sameiginlega bankamarkaðar, svo og innri markaðinn í heild, sökum þeirrar stöðu sem upp gæti komið ef innlán hjá lánastofnunum með útibú í öðrum aðildarríkjum yrðu ótíltæk.<sup>6</sup>

Tilskipun 97/9/EB um bótakerfi fyrir fjárfesta, horfir einnig til samræmingar reglna um lágmarksvernd tiltekinna neytenda gegn greiðsluerfiðleikum fjármálastofnana, en ólíkt tilskipun 94/19/EB fjallar hún ekki um vernd innstæðueigenda, heldur vernd fjárfesta, sem

<sup>4</sup>Trevor C. Hartley: *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials*. Cambridge 2004, bls. 45.

<sup>5</sup>*Handbók Stjórnarráðsins um EES*. Utanríkisráðuneytið, Reykjavík 2003, bls. 28-32.

<sup>6</sup>Aðfaraorð tilskipunar 94/19/EB, einkum 1., 2., og 25. mgr.

eiga kröfur á hendur fyrirtækjum í verðbréfabjónustu og lánastofnunum í tengslum við viðskipti með verðbréf. Í aðfaraorðum tilskipunarinnar kemur fram að vernd fjárfesta og viðhald trausts á fjármálakerfið séu mikilvægir þættir í því að koma hinum innri markaði á til fulls á þessu sviði og fá hann til að virka sem skyldi, og því nauðsynlegt að hvert aðildarríki setji upp tryggingakerfi sem veiti fjárfestum samræmda lágmarksvernd, að minnsta kosti smærri fjárfestum, geti viðkomandi fjármálastofnanir ekki staðið við skuldbindingar sínar gagnvart þeim.<sup>7</sup>

Eins og sjá má eru tilskipanirnar keimlíkar hvað markmið varðar, en báðum er ætlað að styrkja fjármálamarkað Evrópu, skapa traust á hinum sameiginlega markaði hjá íbúum álfunnar og hvetja þannig til samkeppni fjármálafyrirtækja án tillits til landamæra. Hér verður nær eingöngu fjallað um tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, enda þótt vissulega sé athyglisvert að skoða ákvæði tilskipunar 97/9/EB um bótakerfi fyrir fjárfesta í samanburði við lög nr. 98 frá 1999, innleiðingu hennar og þá hættu sem hún kann mögulega að skapa íslenskum efnahag síðar meir, en það er þá efni í aðra ritgerð.

### 2.2.2 Landsréttur

Með lögum nr. 98 frá 1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta var tilskipun 97/9/EB innleidd í íslenskan rétt. Eins og nefnt var að framan felur tilskipunin í sér samræmingu reglna um lágmarksvernd fjárfesta gegn greiðsluerfiðleikum fyrirtækja í verðbréfabjónustu og lánastofnana, eigi þeir kröfu á viðkomandi fyrirtæki. Auk innleiðingar tilskipunarinnar er í lögnum tekin upp þegar innleidd tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, sem frá 1996 hafði falist í lögum um viðskiptabanka og sparisjóði, en með tilkomu hennar var innstæðueigendum veitt lágmarksvernd gegn greiðsluerfiðleikum lánastofnana. Var þannig farin sú leið að sameina í einn lagabálk sérstakar reglur Evrópusambandsins um tryggingar fyrir tiltekna kröfuhafa fjármálafyrirtækja gegn greiðsluerfiðleikum þeirra. Þá þótti hagkvæmt að setja á fót sameinaðan tryggingarsjóð vegna umræddra trygginga, sem verndaði þá annars vegar innstæðueigendur og hins vegar fjárfesta.<sup>8</sup>

Samkvæmt 1. gr. laganna er markmið þeirra, í samræmi við tilskipanir þær sem byggt er á, að veita innstæðueigendum í viðskiptabönkum og sparisjóðum, svo og viðskiptavinum fyrirtækja sem nýta sér heimildir laga til að stunda viðskipti með verðbréf, lágmarksvernd gegn greiðsluerfiðleikum viðkomandi fyrirtækja. Sjálfseignarstofnun er nefnist

---

<sup>7</sup>Aðfaraorð tilskipunar 97/9/EB, 4. mgr.

<sup>8</sup>Alþt. 1999-2000, A-deild, bls. 608-609.

Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta er samkvæmt 2. gr. falið að fara með tryggingarnar, og starfar sjóðurinn í tveimur aðskildum deildum; innstæðudeild og verðbréfadeild. Í 3. gr. er frá því greint hverjir skuli eiga aðild að sjóðnum, en það eru viðskiptabankar og sparisjóðir, auk fyrirtækja í verðbréfaþjónustu og aðrir sem stunda viðskipti með verðbréf, hafi fyrirtækin staðfestu hér á landi. Þá skulu útibú þessara aðila á Evrópska efnahagssvæðinu, í aðildarríkjum stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu (EFTA) og í Færeyjum vera aðilar. Í 4. og 5. gr. laganna er fjallað um stjórn sjóðsins og aðalfund, en um þau atriði verður ekki fjallað hér.

Í 13. gr. laganna er fjallað um erlend útibú lánastofnana sem hafa staðfestu í öðru ríki á Evrópska efnahagssvæðinu, í aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum, og hafa starfsemi hér á landi. Þar kemur fram í 1. mgr. að útibúum þessara aðila hér á landi sé heimil aðild að sjóðnum vegna innstæðna sem ekki eru tryggðar á sambærilegan hátt á nefndu svæði. Í 2. mgr. kemur fram að erlend útibú lánastofnana með staðfestu utan Evrópska efnahagssvæðisins skuli vera aðilar að sjóðnum séu þau ekki aðilar að sambærilegu tryggingakerfi í heimaríki sínu. Í greinargerð með ákvæðinu er áréttað að sjóðurinn tryggi einnig innstæður viðskiptavina innlendra aðildarfyrirtækja í útibúum annars staðar á Evrópska efnahagssvæðinu. Þetta kemur þó fram í 3. gr. laganna um aðild.

Rétt er að undirstrika hér muninn á útibúi félags annars vegar og dótturfélagi hins vegar, þar sem töluverð umræða átti sér stað í kjölfar hruns bankanna um það hvort íslenski tryggingarsjóðurinn stæði til tryggingar innlánsreikningum hjá erlendum dótturfélögum íslenskra viðskiptabanka, auk útibúa erlendis.

Dótturfélag er það kallað þegar eitt hlutafélag er með einum eða öðrum hætti undir stjórn annars, sem þá kallast móðurfélag þess. Samkvæmt hlutafélagalögum verður þannig til svokölluð samstæða og skoðast félögin undir vissum kringumstæðum sem ein heild í lagalegum skilningi.<sup>9</sup> Engu að síður er dótturfélag sjálfstætt félag og skráð sem slíkt, og fer þá eftir því hvar viðkomandi félag er staðsett, þ.e. hvar það hefur staðfestu, hvers lands innstæðutryggingakerfi það tilheyrir. Þannig voru t.a.m. innstæður í Heritable bank og KSF (Singer & Friedlander) í Bretlandi tryggðar í innstæðutryggingakerfi Bretlands, þar sem um bresk dótturfélög annars vegar Landsbankans og hins vegar Kaupþings banka var að ræða, og lutu þessi félög að öllu leyti eftirliti breskra yfirvalda.<sup>10</sup>

<sup>9</sup>Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*. Reykjavík 2003, bls. 82-83.

<sup>10</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til

Útibú er hins vegar hluti af stærra aðalfyrirtæki, og telst því ekki sjálfstæð lögpersóna. Það kann að hafa sérstaka stjórn, en með starfsemi sinni getur útibú skuldbundið aðalfyrirtækið. Sem hluti stærra aðalfyrirtækis lýtur útibú, þó staðsett sé í öðru ríki, að meginstefnu til eftirliti yfirvalda heimaríkis aðalfyrirtækisins.<sup>11</sup> Sökum þessa falla útibú íslenskra banka á Evrópska efnahagssvæðinu að meginreglu undir íslenska innstæðuþryggingakerfið, og sömuleiðis myndu útibú erlendra banka hér á landi falla undir þarlend tryggingakerfi. Icesave netreikningarnir tilheyrðu útibúum Landsbanka Íslands, í London og í Amsterdam, en flestir Edge reikningar Kaupþings tilheyrðu dótturfélögum Kaupþings erlendis.

### 2.2.3 Samspil landsréttar og EES-réttar: Um innleiðingu í íslenskan rétt

Greint hefur verið lítillega frá tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, sem leitast við að vernda innstæðueigendur fyrir mögulegu tjóni sökum greiðsluferfiðleika lánastofnana sem þeir eiga viðskipti við. Tilskipunin er nú innleidd í íslenskan rétt með lögum nr. 98/1999 um innstæðuþryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta. Fram kemur á vef ESA að tilskipun þessi hafi verið innleidd að fullu hér á landi með lögnum, auk reglugerðar um innstæðuþryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 120/2000. Ekkert hefur komið fram sem gefur til kynna að tilskipunin hafi ekki verið innleidd með réttum hætti, en ætla má að helstu ákvæði laganna hafi verið send ESA, sbr. 2. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar, án þess að sérstakar athugasemdir hafi verið gerðar við efni þeirra, eða við form og aðferðir við innleiðingu tilskipunarinnar.<sup>12</sup>

Rétt er að hafa nokkur orð um helsta áskilnað tilskipunarinnar og þær kröfur sem hún gerir til ríkjanna sem aðilar eru að Evrópska efnahagssvæðinu, til að kanna samræmi milli landsréttar og ákvæða tilskipunarinnar. Samkvæmt 3. gr. hennar skal hvert aðildarríki tryggja að innan svæðis þess verði a.m.k. einu viðurkenndu innlánatryggingakerfi komið á fót, og megi engin lánastofnun sem starfsleyfi hefur í aðildarríki taka við innlánnum án þess að vera aðili að slíku kerfi. Skulu hin viðurkenndu innlánatryggingakerfi skv. 1. mgr. 4. gr. ná yfir innlánseigendur hjá útibúum (e. branches) er lánastofnanir stofna í öðrum aðildarríkjum. Þannig skyldi íslenska innlánatryggingakerfið t.a.m. ná yfir eigendur innlána á Icesave reikningum í Bretlandi og Hollandi.

---

innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

<sup>11</sup>Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaður*, bls. 450-451.

<sup>12</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave.“ *Morgunblaðið*, 12. janúar 2010, bls. 17.

Þessu næst ber að nefna að í 1. mgr. 7. gr. segir að innlánatryggingakerfi skuli *kveða á um* (e. stipulate) að samanlögð innlán hvers innláneiganda verði að vera tryggð upp að 20.000 evrum verði þau ótíltæk hjá lánastofnun. Í 2., 3. og 4. mgr. eru tiltekin leyfileg frávik frá þessu. Þá er að síðustu áskilið í 1. mgr. 14. gr. að ríki setji lög, reglugerðir eða stjórnarsýslufyrirmæli sem nauðsynleg eru til að framfylgja tilskipuninni. Í 2. mgr. kemur fram að ríkin skuli koma áleiðis til framkvæmdastjórnarinnar, hér ESA, megin ákvæðum landslaga sem tekin eru upp á því sviði sem tilskipunin tekur til.

Ekki er í tilskipun 94/19/EB kveðið á um samræmdar reglur um fjármögnun eða lágmarkseign tryggingakerfa, en við samanburð rannsóknarnefndar Alþingis á lögfestum lágmarkseignum tryggingarsjóða einstakra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu kom í ljós að algengt var að viðmiðunarmörk væru á bilinu 0,5-1,5% tryggðra innstæðna. Viðmið íslenskra laga, 1% tryggðra innstæðna, var því í samræmi við það sem algengt var í öðrum aðildarríkjum. Þannig var almennt ekki gengið út frá því að tryggingakerfin gætu fullnægt greiðsluskyldu vegna allra tryggðra innstæðna á hverjum tíma, með sjóðseign sinni einni sér. Þá var í lögum þeirra ríkja er samanburðurinn tók til almennt ekki tekið á þeirri stöðu sem upp gæti komið, að eignir innlánatryggingakerfis dygðu ekki til greiðslu innstæðna, að öðru leyti en því að lántökuheimildir stjórna sjóðanna voru fyrir hendi í einhverjum tilfellum – þó ekki öllum.<sup>13</sup>

Ekki er annað að sjá en að íslenska ríkið hafi með ákvæðum laga nr. 98/1999, í það minnsta í samanburði við önnur ríki, uppfyllt þær kröfur sem tilskipunin beinlínis gerir til aðildarríkjanna, þ.e. með því að setja upp opinberlega viðurkennt innlánatryggingakerfi sem veita skyldi umrædda 20.000 evra lágmarksvernd eða tryggingu einstaklings gegn greiðsluferfiðleikum lánastofnunar – jafnvel þó eignir sjóðsins hafi ekki dugað til þegar á reyndi. Þá er í lögnum sett fram regluverk fyrir umrætt kerfi, áskilnaður gerður um aðild viðeigandi fyrirtækja og útibúa þeirra, reglur settar um greiðslur þeirra í tryggingarsjóðinn og lántökuheimild veitt stjórn sjóðsins undir kringumstæðum þar sem eignir hrökkva ekki til greiðslu krafna vegna tapaðra innstæðna.

Vissulega er rétt að ekki var fyrir hendi nægilegt fé í Tryggingarsjóði innstæðueigenda og fjárfesta til greiðslu innstæðna þegar 85% íslenska bankakerfisins hrundu svo gott sem á einni nóttu. Verður hér talið að slíkar fjárhæðir hafi ekki þurft að liggja innan tryggingarkerfisins til að tilskipunin teldist rétt innleidd að þessu leyti, enda í henni gert ráð fyrir að aðildarfyrirtækin sjálf fjármögnuðu kerfið og að fjármögnun þess mætti ekki stefna

<sup>13</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5. Rannsóknarnefnd Alþingis 2010, bls. 208-209 og 215.



stöðugleika viðkomandi bankakerfis í hættu, sbr. 23. mgr. aðfaraorða. Innheimta fjárhæða sem staðið hefðu undir hruni sem þessu hefði einfaldlega aldrei gengið upp, enda hefði þá verulega stór hluti innlána hjá bönkum verið innheimtur og varðveittur í tryggingarsjóði um ókomna tíð, með tilheyrandi áhrifum á rekstrargrundvöll fyrir innlánastarfsemi hérlandis, og þ.a.l. hefðbundinni starfsemi viðskiptabanka. Verður af þessum sökum talið að með veitingu lántökuheimildar til stjórnar sjóðsins, sbr. 2. mgr. 10. gr. laga nr. 98/1999, til viðbótar inngreiðslureglum, hafi íslenska ríkið, í góðri trú, og undir öllum eðlilegum kringumstæðum, uppfyllt með viðunandi hætti þá skyldu sína að „setja upp innlánatryggingakerfi er tryggir innstæðueigendum lágmarksvernd“, þó að umrætt kerfi hafi ekki átt til ráðstöfunar sjóði til að greiða þær gríðarlegu fjárhæðir sem á hann féllu við hrun bankanna haustið 2008, undir afar sérstökum kringumstæðum. Áréttað skal að ekki voru gerðar athugasemdir af hálfu ESA við reglur þær er settar voru hér á landi, og hlýtur því að mega telja að íslenska kerfið hafi þótt fullnægja áskilnaði tilskipunarinnar með viðunandi hætti, að formi og efni til.

Þess má geta að í niðurstöðum rannsóknar, sem framkvæmdastjórn ESB lét gera á skilvirkni innlánatryggingakerfa ESB-ríkja, kom fram að þó að innlánatryggingakerfi virtust geta staðist minniháttar áföll væri getu þeirra greinileg takmörk sett; að meðaltali gætu þau, án takmarkalausrar lántöku, staðist fall eins aðildarfyrirtækis af 64% þeirra minnstu. Þannig hefði meðaltryggingakerfið innan ESB almennt ekki getað staðist fall *eins* banka af þeim stærstu er mynduðu 34% aðildarfyrirtækja, hvað þá fall allra þeirra banka er mynduðu u.þ.b. 85% aðildarfyrirtækja, eins og raunin varð hér á landi.<sup>14</sup>

Yrði hins vegar talið að íslenska ríkið hefði ekki innleitt tilskipun 94/19/EB með réttum hætti að þessu leyti gæti stofnast bótaskylda ríkisins (e. state liability) vegna þess, séu skilyrði hennar uppfyllt. Eru það nánar tiltekið skilyrðin um að í löggjöf sem brotið er gegn (hér tilskipun 94/19/EB) felist réttindi til handa einstaklingum, að brotið sé nægilega alvarlegt og að orsakatengsl séu milli brots ríkisins og tjóns einstaklingsins.<sup>15</sup> Nánar verður fjallað um mögulega bótaskyldu íslenska ríkisins í kafla 3.2.1 hér á eftir.

---

<sup>14</sup>*Investigating the efficiency of EU Deposit Guarantee Schemes*. European Commission, Joint Research Centre, Unit G09, Ispra (Italy) 2008, bls. 3.

<sup>15</sup>Davið Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006, bls. 212.

### 3 Ábyrgð á innstæðum samkvæmt lögum

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir tilskipun 94/19/EB og þeirri innlendu löggjöf sem á henni er byggð, og því verið haldið fram að tilskipunin hafi verið innleidd með réttum hætti í landsrétt. Mikilvægt er því næst að skoða hvaða ábyrgð er til staðar, og hjá hverjum hún liggur, þegar innstæður verða ótíltækar hjá innlánsstofnun. Í þessu sambandi verða tveir aðilar skoðaðir, annars vegar Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta og hins vegar Ríkissjóður. Litið verður til ákvæða laga um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 98/1999 og tilskipunar um innlánatryggingakerfi nr. 94/19/EB. Í 3. kafla verður litið til þjóðnýtingar bankanna haustið 2008 og til yfirlýsinga íslenskra stjórnvalda í kjölfar þjóðnýtingar, og möguleg ábyrgð ríkisins á töpuðum innstæðum skoðuð í ljósi þeirrar atburðarásar.

#### 3.1 Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta

Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta var stofnaður 28. desember 1999, sem sjálfseignarstofnun undir eftirliti Fjármálaeftirlitsins. Sjóðurinn starfar samkvæmt lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta, og er honum ætlað að veita innstæðueigendum og fjárfestum þá vernd sem löggin gera ráð fyrir. Tryggingarsjóður skiptist í innstæðudeild og verðbréfadeild, og ber hvorug ábyrgð á skuldbindingum hinnar. Skylduaðild að innstæðudeild sjóðsins eiga viðskiptabankar og sparissjóðir hér á landi, svo og útibú þeirra á Evrópska efnahagssvæðinu.<sup>16</sup>

##### 3.1.1 Um tryggingavernd sjóðsins

Sjóðurinn tryggir innstæður viðskiptavina þeirra fyrirtækja sem aðild eiga að honum, án þess að sérstakt hámark sé tiltekið um tryggingarupphæð. Hrökkvi eignir sjóðsins hins vegar ekki til greiðslu heildarfjárhæðar tryggðra innstæðna er gert ráð fyrir að þeim sé skipt þannig milli kröfuhafa að krafa hvers þeirra allt að 1,7 millj. kr., bundið gengi evru miðað við kaupgengi 5. janúar 1999, verði bætt að fullu en það sem umfram er sé bætt hlutfallslega jafnt eftir því sem eignir hrökkva til, sbr. 1. mgr. 10. gr. laga nr. 98/1999. Þannig er lágmarkstrygging 1,7 millj. kr., eða 20.887 evrur, og skal hverjum innstæðueiganda bætt tap sitt allt að þeirri upphæð, óháð heildarupphæð innstæðu hans, verði viðskiptabanki eða sparissjóður ófær um að greiða út innstæður sökum greiðsluferfiðleika.

<sup>16</sup>Vefsíða Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta. Slóðin er: <http://www.tryggingarsjodur.is/>

Engin mörk eru heldur á fjölda þeirra reikninga sem tryggðir eru hjá hverjum viðskiptabanka eða sparisjóði á hvern einstakling, heldur er það hin samanlagða upphæð hans hjá bankanum sem verður grundvöllur tryggingarupphæðar. Þetta má leiða af fyrrnefndri 1. mgr. 10. gr. laga nr. 98/1999, sem og 5. gr. reglugerðar nr. 120/2000 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta, þar sem segir að krafa viðskiptamanns skuli miðuð við eign hans þann dag sem Fjármálaeftirlitið gefur út álit um ófærni bankans til greiðslu innstæðna, skv. 2. gr., eða þann dag sem úrskurður er kveðinn upp um töku bús aðildarfyrirtækis til gjaldþrotaskipta, hvor sem á undan kemur. Einnig kemur fram í 1. tl. 8. gr. tilskipunar 94/19/EB að takmörk þau sem nefnd eru í 7. gr. hennar, tl. 1, 3 og 4, þ.e. um lágmarkstryggingarupphæð, skuli gilda um samanlagðar innstæður lagðar inn hjá sömu lánastofnun, án tillits til fjölda innstæðna, gjaldmiðils og staðsetningar innan ESB og, þar með, EES.

### 3.1.2 Fjármögnun sjóðsins

Í 6. gr. laga nr. 98/1999 er fjallað um greiðslur í innstæðudeild sjóðsins. Kemur þar fram að heildareign innstæðudeildar sjóðsins skuli nema 1% af meðaltali tryggðra innstæðna í viðskiptabönkum og sparisjóðum á næstliðnu ári. Sé þessu lágmarki ekki náð er gert ráð fyrir því að hver banki eða sparisjóður inni af hendi 0,15% af meðaltali tryggðra innstæðna sem hjá honum lágu á næstliðnu ári, eða lægra hlutfall dugi það til að 1% lágmarkinu sé náð yfir heildina. Þannig skal hver banki greiða hæst 0,15% af meðaltali þeirra tryggðu innstæðna sem í honum liggja, og eru því misjafnar upphæðir sem aðilar greiða eftir því hvert meðaltal tryggðra innstæðna er hjá hverjum og einum. Náist hins vegar ekki 1% lágmarkið með þessum hætti er í 2. mgr. 6. gr. gert ráð fyrir að aðilar leggi fram ábyrgðaryfirlýsingu um að greidd verði ákveðin upphæð til deildarinnar þurfi hún að endurgreiða innstæður í viðskiptabanka eða sparisjóði sem aðild á að sjóðnum. Eins og greint var frá í kafla 2.2.3. hér að framan var viðmið íslenskra laga um lágmarkseign sjóðsins í samræmi við það sem algengt var í lögum annarra aðildarríkja.

#### 3.1.2.1 Framkvæmd innheimtu

Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 39/1996, um breytingu á lögum nr. 43/1993 um viðskiptabanka og sparisjóði, koma fram skýringar með ráðstöfunum þeim sem gerðar eru með lögnum til að innleiða m.a. tilskipun 94/19/EB. Er þar strax áætlað að viðskiptabankar og sparisjóðir komi ekki til með að þurfa að hefja greiðslur í nýjan, sameinaðan tryggingarsjóð, þar sem eignir sjóðsins tilvonandi muni verða vel umfram 1% af áætluðum

tryggðum innstæðum, og yrði því skilyrði laga um lágmarkseign sjóðsins þegar uppfyllt við stofnun hans.<sup>17</sup> Sama viðhorf kemur fram í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 98/1999, sem samið er í tengslum við tilskipun 97/9/EB um bótakerfi fyrir fjárfesta. Kemur þar m.a. fram að viðskiptabankar hafi ekki þurft að greiða í þáverandi sjóð í 5 ár, þar sem innstæðudeild sjóðsins hafi þann tíma náð 1% lágmarkinu. Þá kemur fram að samanlögð eign sjóðanna við sameiningu hafi verið 1,27% af tryggðum innstæðum, vel yfir hinu lögbundna lágmarki. Því væri ólíklegt að til innborgana í innstæðudeild hins nýja sjóðs kæmi næstu misserin.<sup>18</sup>

Samkvæmt ofangreindu hefur það gegnum tíðina verið augljós tilætlan að safna ekki í sjóðinn að neinu marki umfram hið lögbundna lágmark, 1% af meðaltali tryggðra innstæðna á næstliðnu ári. Ástæður þess hafa trúlega m.a. verið að menn hafa ekki viljað binda of mikið fjármagn í sjóðnum eða leggja aukna fjárhagslega byrði á bankana umfram það sem lög gera áskilnað um. Hins vegar er nokkuð ljóst að hið lögbundna lágmark, 1%, hefði seint dugað til greiðslu innstæðna vegna greiðslufalls eins bankans af þeim þremur sem féllu í október 2008, hvað þá vegna þeirra allra. Sjóður af þessari stærð hefði með fyrirbyggjandi eign sinni mögulega staðið undir greiðslum innstæðna hjá banka eða sparisjóði með tiltölulega litla markaðshlutdeild, en lántökuheimild sína hefði stjórn sjóðsins vafalaust ávallt þurft að nýta til að mæta stærra áfalli.

Á vefsíðu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda má finna ársreikninga sjóðsins aftur til ársins 2006. Samkvæmt skýrslu ársins 2006 náði heildareign sjóðsins ekki 1% af meðaltali tryggðra innstæðna ársins 2005, og uppfyllti þar með ekki skilyrðið um hið lögbundna lágmark. Því var ráðgert að innheimta þyrfti 1.316 millj. kr. hjá viðskiptabönkum og sparisjóðum til að ná lögbundnu lágmarki, auk ábyrgðaryfirlýsinga af þeirra hálfu að upphæð 657 millj. kr. Árið 2007 uppfyllti sjóðurinn þó enn ekki hið lögbundna lágmark, skv. ársreikningi, og var því ráðgert að innheimta þyrfti um 2.537 millj. kr. til að ná lögbundnu lágmarki, auk ábyrgðaryfirlýsinga að fjárhæð 6.045 millj. kr. Í ársreikningi fyrir árið 2008 var, vitanlega, gert ráð fyrir að engar eignir væru til í sjóðnum, og því innheimt frá grunni. Metin inngreiðsluþörf af hálfu viðskiptabanka og sparisjóða var þannig 2.415 millj. kr. fyrir

<sup>17</sup>Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 1850.

<sup>18</sup>Alþt. 1999-2000, A-deild, bls. 613-615.

árið 2009, auk ábyrgðaryfirlýsinga að fjárhæð 13.685 millj. kr., til að lögbundnu lágmarki stærðar sjóðsins yrði náð.<sup>19</sup>

Af ársreikningum má sjá að greitt var í sjóðinn í samræmi við lög, þ.e. inngreiðsluþörf var metin ár hvert miðað við að lögbundnu lágmarki yrði með því náð, og greiddu bankar og sparisjóðir í samræmi við það. Hins vegar jukust innlán hratt á þessum árum, inngreiðslureglur voru undir þeim kringumstæðum óskilvirkar; hlutur ábyrgðaryfirlýsinga óx á kostnað beinharðra fjármuna til sjóðsins sökum takmörkunar inngreiðslna við 0,15% tryggðra innstæðna hjá hverju aðildarfyrirtæki. Heildareignir sjóðsins færðust því sífellt fjær því að ná lögbundnu lágmarki, þó að gerðar hefðu verið viðeigandi ráðstafanir til að því yrði náð, og við fall bankanna náðu eignir sjóðsins aðeins tæpu 0,41% af tryggðum innstæðum.<sup>20</sup>

Eins og sjá má snerist staðan algerlega við á áratug, frá því að heildareignir sjóðsins þóttu það vel yfir lögbundnu lágmarki árið 1998 að ekki þótti ástæða til greiðslna af hálfu viðskiptabanka og sparisjóða næstu misserin, í að ár eftir ár náði stærð sjóðsins ekki lögbundnu lágmarki þrátt fyrir inngreiðslur í þeirri viðleitni að koma henni í lögbundið lágmark. Við einfalda skoðun, í það minnsta, og í ljósi markaðshlutdeildar stærstu bankanna, virðist hæpið að kerfi þetta gangi upp til raunverulegrar tryggingar innstæðna við greiðslufall einnar bankastofnunar er hefði teljandi markaðshlutdeild, sérstaklega þegar miðað er við að halda heildareignum sjóðsins hvorki ofan né neðan við 1%. Því síður hefði kerfið, án takmarkalausrar lántöku, getað staðið undir því áfalli að innstæður yrðu samtímis ótíltækar hjá 85% banka landsins.<sup>21</sup>

### 3.1.3 Ábyrgð sjóðsins

Eins og nefnt hefur verið er það Tryggingarsjóður innstæðueigenda sem skv. 2. gr. laga nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta fer með innstæðutryggingar hér á landi. Ekki er hér um stofnun í eigu ríkisins að ræða, en eins og komið hefur fram er sjóðurinn sjálfseignarstofnun. Í því félagsformi felst að viðkomandi stofnun á sig sjálf, en við stofnun hennar er „mynduð sjálfstæð stjórn um fjármuni sem stofnuninni hafa verið afhentir

<sup>19</sup>Vefsíða Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta. Slóðin er: <http://www.tryggingarsjodur.is/ArsskyrslurOf/>

<sup>20</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir.* Bindi 5, bls. 193 og 225-226.

<sup>21</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

með óafturkræfum hætti.“<sup>22</sup> Í umsögn Gunnars Viðars, lögfræðings hjá fjárlagaskrifstofu fjármálaráðuneytis, um frumvarp til laga nr. 39/1996 kom fram að lagt væri til að nýr sameinaður tryggingarsjóður yrði sjálfseignarstofnun án ríkisábyrgðar, en á honum myndi ekki hvíla óbein ríkisábyrgð með sama hætti og átti við um gamla Tryggingarsjóð viðskiptabanka sem var í eigu ríkisins. Ríkið myndi leggja til fjármagn í sjóðinn við stofnun hans sem nota skyldi til þess eins að standa undir hlutverki innlánatryggingakerfis, þ.e. tryggja innstæður og aðrar skuldbindingar viðskiptabanka.<sup>23</sup>

Ekki er samkvæmt lögum 98/1999 gert ráð fyrir að ríkissjóður eða annar aðili beri ábyrgð á greiðslum úr sjóðnum, að hluta eða í heild, standi hann ekki undir þeim sjálfur. Í 10. gr. laganna er fjallað um fjárhæðir greiðslna úr sjóðnum, og segir þar í 1. mgr. að hrökkvi eignir sjóðsins ekki til þess að greiða heildarfjárhæð tryggðra innstæðna þá skuli skipt þannig milli kröfuhafa að krafa hvers þeirra allt að 1,7 millj. kr., bundið gengi evru miðað við kaupgengi hennar 5. Janúar 1999, verði bætt að fullu en það sem umfram er sé bætt hlutfallslega jafnt eftir því sem eignir hrökkvi til.

Í 2. mgr. kemur fram mikilvægt ákvæði, en þar segir að hrökkvi eignir sjóðsins ekki til og stjórn hans telji til þess brýna ástæðu sé henni heimilt að taka lán til að greiða kröfuhöfum. Ekki kemur í ákvæðinu sjálfu fram hvort aðeins sé átt við þær aðstæður sem settar eru fram í 1. mgr., þ.e. þegar um er að ræða þá stöðu að eignir hrökkvi ekki nema að hluta fyrir kröfum umfram 1,7 millj. kr. á hvern kröfuhafa, eða hvort einnig er átt við þau tilfelli þar sem eignir hrökkva til að byrja með ekki fyrir lágmarkstryggingu á hvern kröfuhafa. Hins vegar er ljóst af greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 39/1996 að lántökuheimild þessari var ætlað að gilda um hvort tveggja, en með þeim lögum var tilskipun 94/19/EB upphaflega innleidd í íslenskan rétt. Segir um orðrétt í athugasemdum við 16. gr. frumvarpsins:

*Sú staða getur einnig komið upp að sjóðurinn eigi ekki nægjanlegar eignir til að greiða lágmarksbæturnar. Því er talið nauðsynlegt að veita sjóðnum lántökuheimild. Einnig getur verið verjanlegt að sjóðurinn greiði fullar bætur í stað þess að skerða þær ef eignir hrökkva ekki til.<sup>24</sup>*

(Skáletrun er leturbreyting höfundar.)

<sup>22</sup>„Hvað skal koma fram í skipulagsskrá fyrir sjóð eða sjálfseignarstofnun“. Slóðin er: <http://www.domsmalaraduneyti.is/raduneyti/starfssvid/skipulagsskrar/upplýsingar/nr/1232>

<sup>23</sup>Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 1866.

<sup>24</sup>*Ibid*, bls. 1857.

Þá kemur fram í athugasemdum við sömu grein að hvorki ríkissjóður né viðskiptabankar og sparisjóðir sem aðilar eru að sjóðnum muni bera ábyrgð á skuldbindingum hans.<sup>25</sup> Í framsöguræðu Finns Ingólfssonar, þáverandi viðskiptaráðherra, með frumvarpinu kom á hinn bóginn fram að sjóðnum bæri skylda til að bæta tjón sparifjáreigenda að tilskilinni lágmarksupphæð.<sup>26</sup>

Þannig er ljóst af lögskýringargögnum að lántökuheimild sjóðsins var ætlað að taka á þeirri stöðu að eignir hans hrykkju ekki fyrir lágmarkstryggingu, nefndum 1,7 millj. kr. eða 20.887 evrum, þó ekki sé í ákvæðum laganna sjálfra tekið með skýrum hætti á þessu atriði. Að öðru leyti er ekki tekið fram hvernig sjóðurinn skuli fjármagnaður standi hann ekki undir skuldbindingum sínum, en telja má víst að ríkissjóði var ekki ætluð nein ábyrgð í tengslum við það við innleiðingu tilskipunarinnar.

Niðurstaðan er því sú að samkvæmt landslögum, lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta, ber sjóðurinn ábyrgð á tryggingagreiðslum vegna tapaðra innstæðna hjá bönkum og sparisjóðum sem aðilar eru að honum. Hrökkvi eignir sjóðsins ekki fyrir greiðslu krafna sem á hann falla vegna tapaðra innstæðna hefur hann heimild til lántöku telji stjórn hans það brýna nauðsyn, en sjóðnum kann þar að vera skylt, óháð greiðslugetu hans, að afla fjár til greiðslu lágmarkstryggingar á hvern kröfuhafa. Fjármögnun þeirra greiðslna er hins vegar ekki sjálfkrafa á ábyrgð ríkisins. Um slíka ríkisábyrgð þyrfti að vera skýrt kveðið á í lögum.<sup>27</sup>

### 3.2 Ríkissjóður Íslands

Af ofangreindri umfjöllun um ábyrgð Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta má ráða að samkvæmt íslenskum lögum, lögum nr. 98/1999 þar sem innleiddar eru tilskipanir EB nr. 97/9/EB um bótakerfi fyrir fjárfesta og 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, sé ríkið ekki ábyrgt fyrir greiðslum vegna ótíltækra innstæðna í íslenskum viðskiptabönkum og sparisjóðum, sé sjóðurinn ófær um að greiða þær. Því þarf ekki að ráða frekar í þau lög í eftirfarandi umfjöllun um ábyrgð ríkisins á ótíltækum innstæðum. Verður hér á eftir fjallað almennt um mögulega ábyrgð ríkisins á slíkum innstæðum samkvæmt EES-rétti, þ.e. títtnefndri tilskipun 94/19/EB og meginreglunni um bótaskyldu ríkis. Í næsta kafla verður svo

<sup>25</sup>Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 1854.

<sup>26</sup>Alþt. 1995-1996, B-deild, bls. 1962.

<sup>27</sup>Hafliði Kristján Lárusson: „Réttarstaða íslenska ríkisins (1)“. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/15.pdf>

könnuð möguleg ábyrgð íslenska ríkisins í sambandi við Icesave reikningana sérstaklega, sökum þeirrar atburðarásar sem átti sér stað þegar fyrirséð var um þrot bankanna haustið 2008.

### 3.2.1 Um ábyrgð ríkisins að EES-rétti

#### 3.2.1.1 Ábyrgð á innlánatryggingakerfi og bótaskylda ríkis sem *de facto* ríkisábyrgð

Samkvæmt 3. gr. tilskipunar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi er sú skylda lögð á sérhvert aðildarríki EES að tryggja að á yfirráðasvæði þess sé komið á innlánatryggingakerfi, sem viðurkennt er af stjórnvöldum, og skal tryggingakerfið kveða á um 20.000 evra lágmarksvernd til handa hverjum innstæðueiganda skv. 1. mgr. 7. gr. Segir þar nánar tiltekið að innlánatryggingakerfin, ekki ríkin, skuli tryggja að samanlögð innlán hvers innstæðueiganda séu tryggð að 20.000 evrum verði innlánin ótíltæk hjá lánastofnun. Þá er gegnumgangandi vísað til tryggingakerfisins þegar fjallað er um ábyrgð á innstæðum, vísað er til ríkjanna þegar fram koma atriði sem gilda skulu um umrædd kerfi. Þannig er helst vísað til lagasetningar- og eftirlitshlutverks ríkisins, þá með framkvæmd settra reglna á því sviði sem tilskipunin tekur til. Spurningin er því í raun ekki aðeins hvort íslenska ríkið beri beina ábyrgð á innstæðum samkvæmt tilskipun 94/19/EB, heldur einnig sú hvort ríkið beri ábyrgð gagnvart innstæðueigendum tryggi innlánatryggingakerfi ekki hverjum innstæðueiganda lágmarksupphæð allt að 20.000 evrum, þá á grundvelli reglunnar um bótaskyldu ríkis.

Í skilyrðum við 2. másl. 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar kemur m.a. fram að innlánatryggingakerfi megi ekki felast í tryggingu sem aðildarríkin sjálf eða héraðs- og sveitarstjórnir veita lánastofnun. Þannig má t.a.m. ekki koma á slíku innlánatryggingakerfi með því að veita innstæðum í bönkum og sparisjóðum ríkisábyrgð. Er þetta einnig sérstaklega tekið fram í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 39/1996.<sup>28</sup> Er þetta í fullu samræmi við það að aðildarríkjum Evrópska efnahagssvæðisins er óheimilt að bjóða ríkisábyrgð á bankakerfi sín, þar sem slíkt myndi brjóta gegn samkeppnisreglum Evrópuréttar svo og reglum um

---

<sup>28</sup>Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 1849.



ríkisaðstoð.<sup>29</sup> Þannig hefði það verið brot á EES samningnum að ríkistryggja innstæður frá upphafi.<sup>30</sup>

Í tilskipuninni er, í samræmi við ofangreint, ekki að finna skýrt ákvæði sem segir til um ábyrgð ríkisins reynist tryggingakerfið ekki fullnægjandi til greiðslu innstæðna við greiðslufall viðskiptabanka eða sparisjóðs, enda myndi slíkt ákvæði, að mati höfundar, veita innstæðum *de facto* ríkisábyrgð sem óheimil er. Helst mætti gagnálykta frá 24. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar, þar sem segir að aðildarríki verði ekki ábyrg gagnvart innstæðueigendum hafi þau komið á fót tryggingakerfum sem tryggja vernd í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar, þá á þann hátt að aðildarríki geti verið gerð ábyrg gagnvart innstæðueigendum ef tryggingarkerfi hefur annaðhvort ekki verið komið á fót eða verið komið á fót án þess þó að það tryggi vernd í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar.<sup>31</sup> Væri um síðarnefnda atriðið að ræða í tilfelli Íslands.

Meginregla EES-réttar um bótaskyldu ríkis er almennt rakin til dóms EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur gegn Íslandi, E-9/97, en í honum koma fram áðurnefnd þrjú skilyrði fyrir bótaskyldu: 1) að löggjöf sem brotið er gegn feli í sér rétt til handa einstaklingum, 2) að brotið sé nægilega alvarlegt og 3) að orsakasamband sé milli brots ríkisins og tjóns einstaklingsins.<sup>32</sup> Til bótaskyldu ríkis stofnast þannig aðeins hafi alvarleg vanræksla átt sér stað við innleiðingu EES-réttar í landsrétt. Áður hafa verið færð rök fyrir því að tilskipun 94/19/EB hafi verið innleidd með fullnægjandi hætti í íslenskan rétt, og vísast um það til kafla 2.2.3 hér að framan.

Í álitum yfirlögsögumanns Evrópuþingdómstólsins í máli Peter Paul o.fl. gegn þýska ríkinu, C-222/02, var talið óumdeilt að 7. gr. tilskipunar 94/19/EB færði einstaklingum slíkan sjálfstæðan rétt, sem byggja mætti á fyrir dómstólum, tryggði innlánaþryggingakerfi ekki

---

<sup>29</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law*. Skýrsla frá 1. febrúar 2010 birt á vefsíðu höfundar. Slóðin er: <http://elvira.blog.is/blog/elvira/entry/1013839/>

<sup>30</sup>Peter Örebech og Ingólfur Arnarson: „Ríkisábyrgð á Icesave-innlánsreikningum er brot á EES-samningi“. *Morgunblaðið*, 3. mars 2010, bls. 17.

<sup>31</sup>Hafliði Kristján Lárusson: „Réttarstaða íslenska ríkisins (1)“. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/15.pdf>

<sup>32</sup>EFTAD, *mál E-9/97 EFTACR 1998*, bls. 95.

bætur í samræmi við ákvæði hennar.<sup>33</sup> Samkvæmt þessu gæti bótaskylda íslenska ríkisins komið til teldist það ekki hafa fullnægt skyldum sínum við innleiðingu tilskipunarinnar. Nánar verður fjallað um dóminn í máli Peter Paul í kafla 5.5 hér á eftir, en álitaefnið í málinu sneri raunar ekki að beinum réttaráhrifum 7. gr., heldur að mögulegri ábyrgð þýska ríkisins umfram lágmarkstryggingu vegna ófullnægjandi eftirlits með fjármálafyrirtækjum.

Í tengslum við þetta hafa hins vegar komið fram sjónarmið um að 24. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar hafi verið sett í þeim tilgangi að takmarka slíka bótaskyldu ríkis vegna hættu á því að óeðlilegur kostnaður gæti annars lent á aðildarríkjum við fall fjármálafyrirtækja. Til bótaskyldu gæti því ekki stofnast hefði ríki sett upp tryggingakerfi er væri greiðsluhæft til útborgunar lágmarkstryggingar við bankaáfall sem með sanngirni mætti búast við að gæti átt sér stað. Þar sem ljóst væri að flest aðildarríki væru ekki í stakk búin til að takast á við stórkostlegt bankahrun (e. major banking crisis), yrði ríki ekki talið ábyrgt kæmi síðar í ljós að kerfið gæti ekki tryggt bætur þegar á reyndi, hefðu fjármögnunarreglur kerfisins verið taldar viðunandi.<sup>34</sup>

Hér verður talið að ströng gagnályktun frá 24. mgr. aðfaraorða tilskipunar 94/19/EB, um beina ábyrgð eða bótaskyldu ríkis á þann veg að ríki verði ávallt ábyrgt, þ.e. teljist ekki hafa innleitt tilskipun 94/19/EB með réttum hætti, tryggi kerfin ekki bætur með sjóðseign eingöngu þegar á reynir, setji fram *de facto* ríkisábyrgð. Er slík gagnályktun í algjörrí mótsoðgn við það sem kom fram að ofan um bann við ríkisábyrgð, og hlýtur „óbein“ ríkisábyrgð sett með þessum hætti, eða í gervi reglunnar um bótaskyldu ríkis, að vera jafn andstæð EES-samningnum og ríkisábyrgð á innstæðum sem sett hefði verið í upphafi, og sérstaklega er tekið fram um bann við í 2. másl. 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.

Vissulega felur tilskipun 94/19/EB í sér rétt til handa einstaklingum, rétt þeirra til greiðslu tryggingar allt að 20.000 evrum verði innlán ótíltæk hjá lánastofnun. Hins vegar verður ekki talið að hér hafi verið um brot að ræða við innleiðingu tilskipunar 94/19/EB, tilskipunin var innleidd í íslenskan rétt með tilliti til markmiða hennar, inngreiðslureglur voru sambærilegar því sem við lýði var í öðrum aðildarríkjum og lántökuheimild stjórnar sjóðsins til staðar er nýta mætti hrykkju eignir sjóðsins ekki til greiðslna vegna tapaðra innstæðna. Verður ónæg sjóðseign ekki talin fullnægja broti eða vanrækslu við innleiðingu tilskipunar,

<sup>33</sup>Álit aðallögsögumanns Stix Hackl frá 25. nóvember 2003, einkum 60-63. mgr., við *EBD mál 222/02, ECR 2004, bls. I-09425*. Peter Paul and others v Bundesrepublik Deutschland. Álitíð má nálgast á vef ECJ, slóðin er: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>

<sup>34</sup>Michel Tison: „Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter Paul.“ *Working Paper Series*. WP 2005-02. Financial Law Institute, Universiteit Gent 2005, bls. 25, þ.m.t. neðanmálgrein 81.

Því síður alvarlegu broti, en við mat á alvarleika brots er fyrst og fremst litið til þess hvort aðildarríki hafi með bersýnilegum og alvarlegum hætti litið framhjá takmörkunum á svigrúmi sínu til ákvarðanatöku við innleiðingu. Þannig er metið hve skýru og nákvæmu ákvæði er farið gegn, hve mikið svigrúm stjórnvöld aðildarríkis höfðu til mats og hvort brot hafi verið framið af ásetningi.<sup>35</sup>

Beiting reglunnar um bótaskyldu ríkis í málinu, á þann hátt að íslenska ríkið teljist hafa vanrækt skyldur sínar við innleiðingu, þrátt fyrir inngreiðslureglur og lántökuheimild stjórnar, sökum þess eins að sjóðseign dugði ekki ein og sér fyrir lágmarkstryggingum, er hér talin fela í sér *de facto* ríkisábyrgð og því talin ótæk sem slík. Er þá talið að 24. málsgrein aðfaraorða tilskipunarinnar geti vart ein og sér, í mótsögn við önnur ákvæði hennar, orðið til þess að ríki verði talin ábyrg jafnvel þó tryggingarkerfum, settum á fót af stjórnvöldum, beri skv. 1. mgr. 7. gr. að tryggja greiðslu 20.000 evra að lágmarki. Auk þess verður að ætla að ákvæði um ríkisábyrgð á innstæðum hefði komið skýrt fram í tilskipuninni hefði sú verið ætlunin.

Þess skal getið að breska og hollenska ríkið hafa leyst til sín allar kröfur þarlendra innstæðueigenda og krefjast þess að íslenska ríkið endurgreiði þær upphæðir á grundvelli e.k. ábyrgðar að þjóðarétti samkvæmt tilskipuninni. Ábyrgð ríkisins verður því tæpast byggð á reglunni um bótaskyldu ríkis úr því sem komið er, en reglan snýr að einstaklingum er orðið hafa fyrir tjóni af völdum brots aðildarríkis gegn EES-rétti. Ekki eru til fordæmi sem styðjast má við í þessu sambandi, en hér verður þó ekki útilokað að sækja mætti slíka kröfu fyrir íslenskum dómstólum eftir almennum reglum kröfuréttar, ef krafa einstaklings á grundvelli reglunnar um bótaskyldu ríkis er framseljanleg með þessum hætti.

### 3.2.1.2 Frekari rök gegn ábyrgð íslenska ríkisins

Rétt er að nefna nokkur atriði til viðbótar, yrði þrátt fyrir ofangreint talið að ríkið gæti orðið ábyrgt á grundvelli 24. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar. Gildir einu um eftirfarandi hvort ríkið væri þá talið ábyrgt á grundvelli hennar sem ákvæðis er setti ríkisábyrgð, eða á grundvelli reglunnar um bótaskyldu ríkis vegna rangrar innleiðingar, þá í ljósi fyrirmæla hennar um skyldu aðildarríkja til að tryggja lágmarksgetu tryggingakerfanna, en þá hefði lántökuheimild til handa stjórn sjóðsins ekki verið talin nægjanleg í því efni.

Fyrst skal nefnt að talið er ljóst að hlutverk tryggingakerfa samkvæmt tilskipuninni hafi ekki verið að takast á við allsherjar bankahrún eins og það sem átti sér stað hér á landi. Mun þetta viðhorf m.a. hafa komið fram í skýrslu Bankanefndar Frakklands frá árinu 2000,

<sup>35</sup>Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 212.

þar sem lýst var franskri löggjöf eftir innleiðingu tilskipunar 94/19/EB, en þar sagði að þrátt fyrir hið skýra markmið um að auka stöðugleika bankakerfisins væri innlánatryggingakerfi Frakklands ekki ætlað að takast á við bankahrún (e. systemic crisis), til þess þyrfti annarskonar úrræði. Ættu kerfi sem þessi að geta boðið tryggingavernd við allsherjar bankahrún þyrfti að greiða mun hærra hlutfall en 1% tryggðra innstæðna í viðskiptabönkum og sparisjóðum til tryggingarsjóðs innstæðueigenda, tugi prósentu án nokkurs vafa, og myndi slíkt vafalaust stefna stöðugleika bankakerfisins hér á landi í hættu<sup>36</sup> og takmarka verulega rekstrargrundvöll fyrir íslenskri viðskiptabankastarfsemi. Í 23. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar kemur fram að fjármögnun kerfanna megi ekki stofna stöðugleika bankakerfa ríkjanna í hættu, en fjármögnun kerfanna er ekki ákveðin þar að öðru leyti en því að aðildarfyrirtæki skuli standa að henni. Það að tryggingakerfum hafi ekki verið ætlað að takast á við bankahrún kann einnig að skýra takmörkun 24. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar á bótaskyldu ríkis sem fjallað var um í kafla 3.2.1.1 hér að framan.

Verður auk þessa að ætla að hinar íslensku inngreiðslureglur, um að eignir innstæðudeildar tryggingarsjóðs skyldu nema að lágmarki 1% tryggðra innstæðna á næstliðnu ári, hafi verið tilkynntar ESA og verið taldar fullnægjandi til rétrar innleiðingar að þessu leyti, en ekki er kunnugt um að neinar athugasemdir hafi verið gerðar við reglurnar. Þá má nefna að Evrópudómstóllinn hefur vikið að skyldu aðildarríkja til að setja á stofn tryggingarsjóði, í fyrrnefndu máli Peter Paul o.fl. nr. C-222/02, og látið þar að því liggja að skylda aðildarríkja nái eingöngu til uppsetningar og rétrar virkni tryggingakerfa (e. introduction and proper functioning) án þess þó að leiðbeina um hvað teljist „rétt virkni“. Hefur dómurinn því verið talinn hafa takmarkaða þýðingu, til viðbótar ákvæðum tilskipunarinnar, við ákvörðun þess hvaða kröfur eru gerðar til aðildarríkjanna í uppsetningu tryggingakerfa. Af honum verði þó séð að aðildarríki beri ekki ábyrgð á innstæðum hafi réttilega verið staðið að stofnun innlánatryggingakerfis.<sup>37</sup>

Hrun bankanna þriggja haustið 2008 var eins konar *force majeure* atvik fyrir íslenskt efnahagskerfi, sem olli því að innstæðutryggingakerfið gat með engu móti staðið undir skuldbindingum sínum. Undir eðlilegum efnahagslegum kringumstæðum, og við meðaláfall á bankakerfið, má vera að íslenski sjóðurinn hefði ekki búið yfir fullnægjandi sjóðum til greiðslna, en að öllu jöfnu hefði sjóðurinn þá getað fjármagnað sig með lántöku á alþjóðlegum fjármálamörkuðum eða hjá ríkissjóði, án þess að athugasemdir hefðu verið gerðar eða kerfið

<sup>36</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave“, bls. 17.

<sup>37</sup>*Ibid*, bls. 17.

þar af leiðandi ekki talið fullnægjandi. Bent hefur verið á frekari lagarök gegn því að ríkissjóði sé ætluð ábyrgð á töpuðum innstæðum standi sjóðurinn ekki undir greiðslum vegna þeirra, en betur verður komið að þeim í kafla 7 hér á eftir, þar sem fjallað verður almennt um mögulegar afleiðingar þeirrar ráðstöfunar að hafa ríkisábyrgð á innstæðutryggingakerfum. Að svo komnu eru ofangreind rök talin nægjanleg til að draga þá ályktun að tapaðar innstæður í íslenskum bönkum og sparissjóðum séu ekki sjálfkrafa á ábyrgð íslenska ríkisins, samkvæmt tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, standi hið opinberlega viðurkennda og tilkynnta innlánatryggingakerfi ekki undir þeim kröfum sem á það falla.

### 3.2.2 Ber íslenska ríkið ábyrgð ef ekki er greitt rétt í sjóðinn?

Ástæða er til að skoða sérstaklega hvort íslenska ríkið geti verið ábyrgt fyrir töpuðum innstæðum hafi ekki verið rétt greitt í tryggingarsjóð innstæðueigenda, en eins og greint var frá hér að ofan náði tryggingarsjóðurinn ekki hinni lögbundnu lágmarkseign, 1% tryggðra innstæðna, í það minnsta árin 2006, 2007 og 2008. Þó ber að athuga að rétt var greitt í sjóðinn af hálfu aðildarfyrirtækja hans, þ.e. bankar og sparissjóðir greiddu í sjóðinn ár hvert miðað við inngreiðsluþörf sem ákveðin var af sjóðnum árið á undan og fram hafði komið í ársreikningi.<sup>38</sup> Hins vegar kom á daginn að hvert þessara ára var inngreiðsluþörf vanmetin, þannig að sjóðurinn náði ekki hinu lögbundna lágmarki þrátt fyrir ráðstafanir þar að lútandi.

Nú eru reglur um inngreiðslur innlánastofnana til tryggingarkerfa aðildarríkja ekki ákveðnar í tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, heldur eru þær aðeins útfærðar í landslögum í þeim tilgangi að ná markmiðum þeim er tilskipunin setur. Því má ætla að íslenska ríkið geti ekki orðið ábyrgt að þjóðarétti þó inngreiðsluþörf aðildarfyrirtækja, miðuð við ákvæði landslaga um lágmarkseign íslenska innlánatryggingakerfisins, sé vanmetin með þeim afleiðingum að lágmarkinu sé ekki náð. Ljóst er að inngreiðsluþörf var metin miðað við fyrirliggjandi gögn á þeim tíma sem matið fór fram, og verður að telja að eðlilega hafi verið staðið að því þó ef til vill hefði verið æskilegt að miða við ögn hærra hlutfall en 1% til að mæta breytingum á upphæðum innlána milli ára. Þess ber einnig að geta að þessi breyta, að heildareignir tryggingarsjóðs hafi verið undir 1% tryggðra innstæðna samkvæmt ársreikningi 2008, hefur engin afgerandi áhrif á þá stöðu sem upp kom, enda hefðu eignir sjóðsins þurft að vera margir tugir prósentu tryggðra innstæðna til að mæta slíku áfalli sem hrun bankanna 2008 var.

<sup>38</sup>Þetta má sjá af samanburði ársreikninga Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta fyrir árin 2006-2008.

#### 4 Um sértæka ábyrgð ríkisins á Icesave reikningum í Bretlandi og Hollandi

Hér verður fjallað um mögulega ábyrgð íslenska ríkisins á Icesave reikningum í Bretlandi og Hollandi, þá á grundvelli annars tveggja þátta í atburðarás þeirri er átti sér stað haustið 2008. Annars vegar er um að ræða þjóðnýtingu íslensku viðskiptabankanna og hins vegar yfirlýsingar ráðherra, m.a. um fullnaðartryggingar innlána í hinum nýju bönkum í kjölfar þjóðnýtingar. Þýðing þjóðnýtingar og yfirlýsinga ráðherra verður sérstaklega skoðuð með það í huga hvort aðrar leiðir hafi verið stjórnvöldum færar og hvort þær hefðu leitt til betri niðurstöðu.

##### 4.1 Þýðing þjóðnýtingar bankanna

Þann 6. október 2008 var útbýtt á Alþingi frumvarpi til laga um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl. Frumvarpið var samþykkt samdægurs og þann 7. október 2008 tóku löggin gildi, hér eftir og almennt nefnd neyðarlögin.

Í 1. mgr. 1. gr. neyðarlaganna er fjármálaráðherra fyrir hönd ríkissjóðs heimilað að reiða fram fjármagn til stofnunar eða yfirtöku fjármálafyrirtækis eða þrotabús þess, í heild eða að hluta, við „sérstakar og mjög óvenjulegar aðstæður á fjármálamarkaði“. Í 3. mgr. sömu greinar felst heimild ríkisins til stofnunar hlutafélags, sem undanþegið er ákvæðum hlutafélagalaga um lágmarksfjölda hluthafa og sérfræðiskýrslu, í því skyni að taka við rekstri fjármálafyrirtækis í heild eða að hluta. Fyrirtæki stofnað í skjóli greinarinnar hefur samkvæmt henni starfsleyfi sem viðskiptabanki.

Í krafti ofangreindrar heimildar í neyðarlögunum hafði íslenska ríkið samkvæmt ákvörðun Fjármálaeftirlitsins þegar þann 9. október tekið að fullu yfir stjórn stóru viðskiptabankana þriggja, Landsbanka Íslands hf., Kaupþings banka hf. og Glitnis banka hf. Var það gert í ljósi knýjandi fjárhags- og rekstrarerfiðleika bankanna, kerfislegs mikilvægis þeirra og keðjuverkandi áhrifa sem möguleg gjaldþrot þeirra kynnu að hafa á íslenska hagkerfið, en Fjármálaeftirlitið taldi önnur úrræði sem það hafði ekki líkleg til að bera árangur. Skipaðar voru skilanefndir til að fara með öll málefni bankanna, rekstur þeirra og umsjón með meðferð eigna, undir stjórn og í samráði við Fjármálaeftirlitið.<sup>39</sup> Í kjölfar þessa tók Fjármálaeftirlitið m.a. ákvörðun um ráðstöfun eigna og skulda Landsbanka Íslands hf., og var innlend starfsemi bankans framseld til nýs hlutafélags, Nýja Landsbanka hf., samkvæmt

<sup>39</sup> „Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanefndar fyrir Landsbanka Íslands hf.“, *Lögbirtingablað* 7. október 2008.

Sjá einnig samskonar ákvarðanir Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanefndar fyrir Glitni banka hf. 7. október 2008 og skilanefndar fyrir Kaupþing banka hf. 9. október 2008.

ofangreindri heimild í 3. mgr. 1. gr. neyðarlaganna. Sambærilegar ráðstafanir voru gerðar varðandi Kaupþing banka hf. og Glitni banka hf., en hér verður sérstaklega fjallað um yfirtöku Landsbanka Íslands hf. og framsal hinnar innlendu starfsemi til nýstofnaðs hlutafélags, Nýja Landsbanka Íslands hf.

#### 4.1.1 Réttmæti yfirtökunnar

Nauðsynlegt er að skoða fyrst réttmæti yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á Landsbanka Íslands er átti sér stað haustið 2008 og fjallað var um að framan, svo og réttmæti þeirrar ráðstöfunar að flytja hluta starfseminnar yfir í nýtt félag og eftirláta skilanevnd uppgjör gamla félagsins. Var heimild Fjármálaeftirlitsins til ráðstöfunar eigna og skulda bankans fengin í 100. gr. a. í lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, sbr. 5. gr. neyðarlaganna. Með öðrum orðum voru skilyrði ákvæðisins talin uppfyllt undir þeim kringumstæðum sem þarna voru uppi. Eins og áður var nefnt er í 3. mgr. 1. gr. neyðarlaganna heimild ríkisins til stofnunar hlutafélags, í þeim tilgangi að taka við rekstri fjármálafyrirtækis í heild eða að hluta. Var þeirrar heimildar neytt með stofnun Nýja Landsbanka hf., sem tók yfir rekstur Landsbanka Íslands hf. að hluta, þ.e. hinn innlenda hluta starfseminnar skv. nefndri ákvörðun Fjármálaeftirlitsins, eins og henni var breytt<sup>40</sup> öðru sinni þann 19. október 2008.

Með setningu neyðarlaganna fá Fjármálaeftirlitið og ríkið vissulega allt í einu víðtækar heimildir til róttækra aðgerða í því skyni að takmarka tjón eða hættu á tjóni á fjármálamarkaði og íslenska hagkerfinu, en umræddar heimildir höfðu fram að því ekki verið til í íslenskum rétti. Íslensk stjórnvöld haga aðgerðum í kjölfarið í samræmi við nefnd lög, og er ekki að sjá að farið sé út fyrir þær heimildir sem í þeim er að finna. Því verður yfirtakan svo og ráðstöfun eigna og skulda til hins nýja félags að teljast réttmæt og lögmæt, að því leyti sem neyðarlögin verða talin halda gildi gagnvart stjórnarskrá. Þess ber að geta að í 12. tl. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins, með síðari breytingum, var gert ráð fyrir mati viðurkennds aðila á sannvirði þeirra eigna og skulda sem ráðstafað var til nýju bankanna og tilheyrandi uppgjóri milli bankanna í kjölfarið. Þannig var gert ráð fyrir greiðslu mismunar á virði eigna og skulda, af hálfu Nýja Landsbanka Íslands hf., með útgáfu skuldabréfs, til Landsbanka Íslands hf., samkvæmt mati. Í samræmi við þetta var samkomulag um uppgjör milli íslenskra stjórnvalda,

<sup>40</sup>Upphaflegri ákvörðun Fjármálaeftirlitsins frá 9. Október 2008, um ráðstöfun eigna og skulda Landsbanka Íslands hf., kt. 540291-2259, til Nýja Landsbanka Íslands hf., kt. 471008-0280, hefur samtals verið breytt 12 sinnum. Þó varða einungis 1. og 2. breyting efnislegt inntak ákvörðunarinnar, hinar 10 lúta allar að auknum fresti til uppgjörs Landsbanka Íslands hf.

skilanefndar Landsbanka Íslands hf. og Landsbankans (NBI hf.) undirritað í október 2009.<sup>41</sup> Því er greitt fullt verð fyrir þann hluta Landsbanka Íslands sem færður er í hið nýja félag, og rennur sú greiðsla að óbreyttu inn í bú hins gamla banka.<sup>42</sup>

#### 4.1.2 Mismunun á grundvelli ríkisfangs

Um það hvort innstæðueigendum hafi verið mismunað á grundvelli ríkisfangs, við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á Landsbanka Íslands hf. og ráðstöfun ákveðinna eigna hans og skulda til Nýja Landsbanka Íslands hf., er rétt að hafa nokkur orð, en efnið er nátengt umfjöllun hér að framan um réttmæti yfirtökunnar. Bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs er hornsteinn fjórfrelsisins, og felur í sér að vörur, einstaklingar, þjónusta og fjármagn erlendis frá njóti sömu meðferðar og innlendir jafnokar þeirra. Segir t.d. í 4. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið að hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs sé bönnuð á gildissviði samningsins nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans.

Með banni við mismunun á grundvelli ríkisfangs er nánar tiltekið skilyrt að aðildarríki gæti þess að innlend og innflutt vara, landsmenn og innflytjendur, innlend og erlend þjónusta, og innlent og erlent fjármagn njóti sömu markaðaðstæðna og lúti sömu meðferð, án tillits til uppruna síns. Þannig er fyrirfram gert ráð fyrir því að erlend og innlend vara, einstaklingar, þjónusta og fjármagn, séu í sambærilegri stöðu og skuli fá samskonar meðferð.<sup>43</sup>

Við gerninginn sköpuðust þær aðstæður að innlendir innstæður færðust til hins nýja félags í eigu ríkisins meðan innlán í útibúum bankans erlendis stóðu eftir í því gamla. Voru þannig innlendir innstæður virkar og eigendum sínum aðgengilegar í nýjum banka en útibúum erlendis var samstundis lokað án þess að nálgast mætti innstæður þar. Þarna gerist það að innlán hjá íslenskri lánastofnun með starfsstöðvar héraðs erlendis sem erlendis fá mismunandi meðferð eftir landfræðilegri staðsetningu sinni. Þannig má í raun segja að meint mismunun á grundvelli ríkisfangs snúi strangt til tekið að erlendu fjármagni fremur en einstaklingum. Engu að síður snertir hin misjafna meðferð þá einstaklinga sem féð eiga, og beinist með þeim hætti að einstaklingunum.

---

<sup>41</sup>„Samkomulag stjórnvalda við Landsbanka Íslands um uppgjör“. Slóðin er: <http://www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/>

<sup>42</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis.“. *Morgunblaðið* 13. Janúar 2010, bls. 18.

<sup>43</sup>Catherine Barnard. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford 2004, bls. 18.



#### 4.1.2.1 Var erlendum innstæðueigendum mismunað?

Hér verður skoðað hvort mismunun á grundvelli ríkisfangs hafi átt sér stað með yfirtöku bankanna. Verði mismunun talin hafa átt sér stað, verður kannað hvort hún hafi verið ólögmæt, þ.e. óréttlætanager, undir þeim kringumstæðum sem uppi voru.

Ólögmæt mismunun á grundvelli ríkisfangs getur hvort heldur sem er verið bein eða óbein. Með beinni mismunun er átt við að erlendir borgarar eru beinlínis beittir ólíkri, og yfirleitt lakari, meðferð en ríkisborgarar, á grundvelli ríkisfangs síns. Með óbeinni mismunun er átt við mismunun sem öldungis má jafna til mismununar á grundvelli ríkisfangs, þ.e. mismunun sem út á við er grundvölluð á öðru en ríkisfangi, en bitnar þó í mun ríkari mæli á erlendum borgurum en innlendum og verður þannig *de facto* mismunun á grundvelli ríkisfangs.<sup>44</sup>

Við framsal hluta starfsemi Landsbanka Íslands hf. til Nýja Landsbanka Íslands hf. var ekki litið sérstaklega til ríkisfangs þeirra sem innstæður áttu, þ.e. ekki voru tíndar sérstaklega út úr gamla félaginu innstæður Íslendinga og fluttar í hið nýja félag, né innstæður erlendra borgara sérstaklega tíndar út og látnar fylgja hinu gamla félagi. Þannig var ekki um að ræða beina mismunun á grundvelli ríkisfangs við þá ráðstöfun, en þess ber að geta að mismunun á grundvelli búsetu er sem slík almennt ekki bönnuð.<sup>45</sup> Hins vegar er ástæða til að skoða nánar hvort í ráðstöfuninni hafi falist óbein mismunun, sem jafna megi til beinnar mismununar á grundvelli ríkisfangs, sökum hinnar ólíku þýðingar sem hún hafði á heildina litið fyrir Íslendinga annars vegar og erlendra borgara hins vegar. Meirihluti þeirra sem fengu innstæður sínar fluttar yfir í hið nýja félag hefur vissulega verið Íslendingar, en þeir sem eftir sátu hafa að meirihluta verið af erlendum uppruna. Mat á því hvort mismunun hafi átt sér stað verður því byggt á því hvort um „jafnoka“ hafi verið að ræða, þ.e. hvort innstæðueigendur og innstæður í Landsbanka Íslands innanlands annars vegar og útibúum bankans erlendis hins vegar hafi talist í sömu stöðu undir þeim kringumstæðum sem þarna komu upp.

Stefán Már Stefánsson, prófessor í Evrópurétti við Háskóla Íslands, og Lárus L. Blöndal, hæstaréttarlögmaður, líta svo á í grein sinni „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis“, er birt var í Morgunblaðinu þann 13. janúar 2010, að þessir tveir hópar innstæðueigenda séu í raun í ólíkri stöðu, réttarstaða þeirra sé ekki sambærileg í málinu og þar af leiðandi hafi fyrrnefnd ráðstöfun ekki falið í sér mismunun á grundvelli ríkisfangs. Byggja þeir þessa niðurstöðu sína á því að innstæðueigendur í Bretlandi og Hollandi hafi ekki verið

<sup>44</sup>Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 236.

<sup>45</sup>Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000, bls. 214.

tengdir íslenskum hagsmunum með sama hætti og eigendur innstæðna héraendis.<sup>46</sup> Þannig er fyrrnefndi hópurinn t.a.m. ekki tengdur þeim sérstöku innlendu hagsmunum sem réðu úrslitum um ráðstöfunina, þ.e. vernd og viðhald bankakerfisins undir knýjandi kringumstæðum, líkt og síðarnefndi hópurinn. Þarna var um að ræða aðgerðir til að fyrirbyggja frekari skaða eins og unnt var, þar sem lokun þriggja stærstu viðskiptabanka Íslands hefði haft ófyrirsjáanlegar afleiðingar fyrir landið, efnahag þess, greiðslukerfi og daglegt líf borgaranna. Slík lokun tveggja útibúa bankans í Hollandi og Bretlandi var hvorki til þess fallin að hafa þesskonar afleiðingar fyrir efnahags- og greiðslukerfi Íslands, né heldur slík áhrif þarlendis. Þannig hafi ólík réttarstaða hópanna tveggja falist í ólíkum hagsmunatengslum þeirra við Ísland; áframhaldandi rekstur banka innanlands var talinn ómissandi þáttur í umræddri hagsmunavernd, þar á meðal innstæður ómissandi til að viðhalda að mestu daglegum gangi samfélagssins, t.d. atvinnustarfsemi, launagreiðslum, neyslu og fjárfestingum.

Vissulega er rétt að innstæðueigendur héraendis annars vegar og erlendis hins vegar voru í ólíkri stöðu hvað tengsl við íslenska hagkerfið varðar. Staða þeirra sem áttu innstæður hjá íslenskum banka, sem einstaklinga óháð ytri aðstæðum, er hins vegar óneitanlega sú sama. Ofangreind rök til aðgreiningar hópanna tveggja eru því að vissu leyti brothætt. Í álit Hollendinga um skuldbindingar Íslands, dags. 3. nóvember 2008, sem lagt var fyrir gerðardóm um málið, er ráðstöfunin talin hafa getað veikt möguleika íslenska tryggingarsjóðsins á því að bæta tjón innstæðueigenda, og feli hún þannig í sér að erlendum innstæðueigendum sé mismunað. Endanleg niðurstaða um það hvort mismunun hefði átt sér stað myndi þó bíða uppgjörs milli gamla bankans og þess nýja. Strax í næsta lið álitsins er mismunun talin felast í því að innstæðueigendur utan Íslands þurfi að reiða sig á innstæðutryggingakerfið, en innlendir innstæðueigendur ekki, en slík mismunandi meðferð innstæðueigenda sé óheimil, að því leyti sem hún geti valdið því að hollenskir innstæðueigendur fái tjón sitt ekki bætt, jafnvel ekki lágmarkstryggingu að upphæð 20.887 evrum.<sup>47</sup> Annars vegar er því þannig haldið fram að sú staðreynd að kröfur innlendra innstæðueigenda falli, vegna ráðstöfunarinnar, ekki á Tryggingarsjóð innstæðueigenda veiki á einhvern hátt möguleika hans á því að bæta tjón innstæðueigenda sem á hann eiga kröfur. Hins vegar er því haldið fram að óforsvaranlegt sé að innlendir innstæðueigendur þurfi ekki

<sup>46</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis“, bls. 18.

<sup>47</sup>R.J.M. van der Tweel: „liability Republic of Iceland“. [Álit hollenska ríkisins fyrir gerðardómi um skuldbindingar Íslands.] Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/27.pdf>

að reiða sig á Tryggingarsjóð innstæðueigenda og fjárfesta líkt og þeir erlendu, eða öllu heldur að óforsvaranlegt sé að öllum innlánaeigendum sé ekki tryggður flutningur í hið nýja félag, þá án nokkurrar aðkomu innlánatryggingakerfisins sem heila málið snýst um.

Þá er athyglisvert að í álitinu er því haldið fram að íslensk stjórnvöld hafi með ráðstöfun sinni, þjóðnýtingu bankanna, brotið gegn 61. gr. EES-samningins, en þar segir að hverskyns ríkisaðstoð sem áhrif hafi á samkeppnisstöðu sé óheimil að því leyti sem hún snerti viðskipti milli aðildarríkja. Er þarna um einkennilega tilvísun til reglna um bann við ríkisábyrgð að ræða, í ljósi þeirrar kröfu sem hollensk stjórnvöld gera um ríkisábyrgð á skuldbindingum íslenska tryggingarsjóðsins gagnvart hollenskum sparifjáreigendum, raunar hollenska ríkinu eftir innlausn þess á kröfum þarlendrar sparifjáreigenda.<sup>48</sup>

Verður hér tekið undir að ráðstöfun íslenskra stjórnvalda sé á afar gráu svæði með að fela í sér óbeina mismunun á grundvelli ríkisfangs; þó sjá megi ólíka stöðu innstæðueigenda í tengslum við hagkerfi ríkja má, með tilliti til einstaklinganna eingöngu, líta svo á að um jafnoka hafi verið að ræða. Hér verða næst skoðuð sjónarmið er réttlætt gætu mismunun undir þeim kringumstæðum sem uppi voru, verði fyrrnefnd aðgreining stöðu innstæðueigenda héraendis og erlendis ekki talin halda. Þess má geta að í kafla 6.3 verða viðráðar vangaveltur um það hvort aðgerðir þær er íslensk stjórnvöld viðhöfðu til varnar íslenskum efnahag haustið 2008, og taldar hafa verið valda mismunun sbr. ofangreint, falli í reynd undir gildissvið Evrópuréttar, þ.m.t. gildissvið grundvallarreglnanna um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs og um bótaskyldu ríkja.

#### 4.1.2.2 Um ólögmati meintrar mismununar

Verði talið að mismunun á grundvelli þjóðernis hafi átt sér stað með umræddri aðgerð, er annað sérstakt athugunarefni hvort sú mismunun hafi verið ólögmat, þ.e. óréttlætanleg (e. unjustified). Áður hefur komið fram að heimildar í neyðarlögunum var neytt til að flytja hluta hins gamla banka yfir í nýtt félag. Varð innlendi hluti starfsemi bankans fyrir valinu, ef svo má segja, með öllum þeim innstæðum sem í innlendum útibúum bankans hvíldu, án tillits til ríkisfangs þeirra sem þær áttu. Að sama skapi voru innlendar eignir bankans og aðrar skuldir að mestu fluttar í hið nýja félag, innstæður í erlendum útibúum bankans, án tillits til ríkisfangs þeirra sem þær áttu, skildar eftir svo og meirihluti eigna bankans erlendis.

Því er ekki að neita að aðgerðir íslenskra stjórnvalda, mismunandi í eðli sínu sem þær kunna að hafa verið, sneru að því að verja það litla sem eftir stóð af íslensku bankakerfi haustið 2008; viðhalda virkni þess og tryggja áframhaldandi starfsemi banka í landinu.

<sup>48</sup>R.J.M. van der Tweel: „liability Republic of Iceland“.

Meðferð þessi einskorðaðist ekki við Landsbanka Íslands hf., heldur var sömu aðgerðum beitt á hina viðskiptabankana tvo, Kaupþing banka hf. og Glitni banka hf., í öðrum tilgangi en þeim að ívilna sérstaklega íslenskum innstæðueigendum umfram erlenda; niðurstaða uppgjörs kann þó vissulega að leiða til þess að slík ívilnun verði talin hafa átt sér stað.

Tilvist ríkja og réttur þeirra er sérstaklega varinn í samningunum um ESB og EES, og hafa þau þar af leiðandi víðtækan rétt til að verja tilvist sína. Ber ESB ennfremur að virða einkenni og stjórnkerfi sérhvers aðildarríkis að samningunum, ekki síst EES ríkjanna sem styttra eru á veg komin í Evrópusamruna. Þykir þetta leiða til þess að heimilt sé og lögmaett að taka tillit til sjónarmiða er varða brýna efnahagslega hagsmuni aðildarríkis, án þess að litið sé til efnahags annars aðildarríkis sem öðruvísi, jafnan betur, er statt fyrir.<sup>49</sup> Þá er þekkt í Evrópurétti, sem og viðurkennt fyrir Evrópudómstólnum, að aðgerðir sem fela í sér mismunun geti verið réttlætningar í ljósi *þjóðfélagsþarfa í almannabágu*. Yfirvofandi efnahagsshrun ætti þannig að geta nægt til undantekningar frá meginreglunni um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs.<sup>50</sup>

Að síðustu er rétt að nefna að samkvæmt 1. mgr. 112. gr. EES-samningsins getur samningsaðili gripið einhliða til viðeigandi ráðstafana ef upp koma alvarlegir efnahagslegir, þjóðfélagslegir eða umhverfislegir erfiðleikar í sérstökum atvinnugreinum eða á sérstökum svæðum, sem líklegt er að verði viðvarandi. Skulu þær vera takmarkaðar að því er varðar umfang og gildistíma við það sem telst bráðnauðsynlegt til þess að ráða bót á ástandinu, skv. 2. mgr. 112. gr. Almennt skal samningsaðili, hyggist hann grípa til slíkra öryggisráðstafana, tilkynna það öðrum samningsaðilum án tafar fyrir milligöngu sameiginlegu EES-nefndarinnar og veita allar nauðsynlegar upplýsingar, en grípa ekki til ráðstafana fyrr en mánuði eftir dagsetningu tilkynningar, sbr. 1. og 3. mgr. 113. gr.

Í síðari málslið 3. mgr. 113. gr. kemur þó fram undantekning frá hinni almennu reglu, en þar segir að við óvenjulegar aðstæður sem krefjast tafarlausra aðgerða geti hlutaðeigandi samningsaðili strax gripið til þeirra verndarráðstafana sem bráðnauðsynlegar teljast til þess að ráða bót á ástandinu. Kann því þjóðnýting bankanna og það brot sem í henni kann að hafa falist að vera réttlætt með vísan til nefndra greina EES-samningsins, sökum þeirra knýjandi og alvarlegu aðstæðna er uppi voru er ákvörðun um hana var tekin.

---

<sup>49</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis.“, bls. 18.

<sup>50</sup>Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 240-241; Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis“, bls. 18.

## 4.2 Þýðing neyðarlaganna

Þess ber að geta að mismunun á grundvelli ríkisfangs hefur einnig verið nefnd í sambandi við setningu neyðarlaganna svokölluðu, að því leyti sem þau tryggðu innstæðum í íslenskum viðskiptabönkum og sparisjóðum stöðu forgangskrafna við gjaldþrotaskipti, skv. 2. ml. 3. mgr. 10 gr. laga nr. 98/1999, sbr. lög nr. 125/2008. Komst hinn virti fræðimaður P. Mathijsen, prófessor við Vrije háskólann í Brussel, m.a. að þeirri niðurstöðu í lögfræðialiti sínu, að tryggðu neyðarlögin ekki öllum innstæðueigendum jafna stöðu forgangskröfuhafa í þrotabú Landsbanka Íslands hf., væri það klárt brot á skuldbindingum Íslands skv. EES-samningnum. „Ofur-forgangur“ íslenskra innstæðueigenda, umfram alla aðra innstæðueigendur og kröfuhafa, fæli því í sér mismunun á grundvelli ríkisfangs sem yrði ekki réttlætt á grundvelli efnahagslegra sjónarmiða.<sup>51</sup>

Verður vissulega tekið undir þetta með Mathijsen, og talið að allar tilraunir íslenska ríkisins til að veita innlendum innstæðum einhvers konar „ofur forgang“ umfram aðrar í þessu efni myndu fela í sér mismunun á grundvelli ríkisfangs. Þar sem sá skilningur virðist hins vegar almennt ríkjandi að allar innstæður í íslenskum viðskiptabönkum, og útibúum þeirra hérlandis sem erlendis, hafi stöðu forgangskrafna við gjaldþrotaskipti með breytingunni, verður ekki fjallað nánar um mismunun á grundvelli ríkisfangs að því leyti.<sup>52</sup> Hvort ráðstöfun þessi verði hins vegar talin halda gildi gagnvart öðrum almennum kröfuhöfum í bú Landsbanka Íslands verður látið ósagt hér.

## 4.3 Þýðing yfirlýsinga af hálfu ríkisstjórnar Íslands

Við skoðun yfirlýsinga ráðherra, í kjölfar bankahrunsins haustið 2008, og þeirra réttaráhrifa sem þær kunna að hafa haft fyrir íslensku þjóðina, verður annars vegar litið til yfirlýsinga gagnvart almenningi um fullnaðartryggingar innlendra innstæðna í bönkunum þremur og hins vegar til yfirlýsinga ráðamanna í garð breskra og hollenskra starfsbræðra sinna, m.a. þess efnis „að staðið yrði við skuldbindingar“. Þannig verður reynt að komast að niðurstöðu um hvort yfirlýsingar þessar hafi bakað íslenska ríkinu ábyrgð á innstæðum sem annars hefði ekki verið til að dreyfa.

<sup>51</sup>P.S.R.F Mathijsen: „Legal Opinion“. Slóðin er:

<http://www.island.is/media/eydublod/Forgangs-legalOpinion - SuperPriority - PM.pdf>

<sup>52</sup>Sjá t.d. grein Stefáns Más Stefánssonar og Lárusar L. Blöndal, „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis“ og skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis, bindi 5, bls. 195.

### 4.3.1 Yfirlýsingar um fullnaðartryggingar innlendra innstæðna

Sem vitað er gáfu ráðherrar í ríkisstjórn Íslands ítrekað út yfirlýsingar, m.a. á vefsíðu forsætisráðuneytisins þann 6. október 2008, þar sem áréttað var að innstæður í innlendum viðskiptabönkum og sparisjóðum og útibúum þeirra *hér á landi* yrðu tryggðar að fullu. Með innstæðum var átt við allar innstæður almennra sparifjáreigenda og fyrirtækja sem trygging innstæðudeildar Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta tók til.<sup>53</sup>

Umrædd yfirlýsing ríkisstjórnarinnar var þó ekki staðfest með lögum né var henni fylgt eftir með öðrum hætti. Þar af leiðandi öðlaðist vilji ríkisstjórnarinnar til fullnaðartryggingar fyrrgreindra innstæðna aldrei skuldbindandi gildi gagnvart þeim sem henni var beint að, þ.e. ekki var í raun um annað og meira að ræða en viljayfirlýsingu af hálfu ríkisstjórnarinnar. Til þess að yfirlýsingin gæti orðið skuldbindandi fyrir íslenska ríkið, þannig að einstaklingar og fyrirtæki gætu byggt á henni rétt yrðu innstæður þeirra ótiltækar hjá viðkomandi innlánastofnunum, hefði þurft eftirfarandi samþykki hennar í lögum, fjárlögum eða fjárukalögum.<sup>54</sup> Þessu til viðbótar hefur því verið haldið fram að greiðslur íslenska ríkisins til innlendra innstæðueigenda á grundvelli nefndrar yfirlýsingar kæmu EES-samningnum í raun aðeins óbeint við, þar sem þær færu ekki fram á gildissviði hans nema í undantekningartilfellum. Nánar tiltekið felist skuldbindingar Íslands skv. EES aðeins í tryggingakerfinu, en ráðstafanir sem íslensk stjórnvöld gera óháð tryggingakerfinu til að halda uppi efnahagslegum stöðugleika séu EES óviðkomandi.<sup>55</sup> Fjallað verður frekar um slík sjónarmið í kafla 6.3 hér á eftir.

Hefðu yfirlýsingarnar skuldbindandi gildi, þ.e. hefði þeim verið fylgt eftir með lögum, og væru auk þess taldar fara fram á gildissviði EES samningsins, myndu þær vafalaust fela í sér mismunun. Að öllu eðlilegu yrði þá hinum mismunandi þætti yfirlýsingarinnar hnekkt, hún þannig látin halda gildi en ganga jafnt yfir allar innstæður í íslenskum bönkum og sparisjóðum og útibúum þeirra, hérlendis sem erlendis.<sup>56</sup> Þar sem aðeins er um viljayfirlýsingu að ræða, án allrar skuldbindingar af hálfu íslenska ríkisins, hefur yfirlýsingin engin áhrif til breyttrar stöðu innstæðueigenda. Samkvæmt þessu verður yfirlýsingin ekki talin

<sup>53</sup> „Yfirlýsing ríkisstjórnarinnar“ Slóðin er: <http://www.forsaetisraduneyti.is/frettir/nr/3032>

<sup>54</sup> Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis“, bls. 18.

<sup>55</sup> Hafliði Kristján Lárusson: „Réttarstaða íslenska ríkisins (1)“. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/15.pdf>

<sup>56</sup> Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 236.

valda mismunun í raun, og því ekki talin ganga gegn 4. gr. EES-samningsins sem leggur bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs.

Yfirlýsing ríkisstjórnarinnar um fulla tryggingu innstæðna í innlendum bönkum og sparisjóðum og útibúum þeirra hér á landi var gefin undir þrúgandi kringumstæðum héraðs, þar sem stjórnvöld reyndu af sínum besta mætti að verja bankakerfið frekara hrúni, takmarka skaða og verjast áhlaupi á bankana, án þess þó að stöðva rekstur þeirra og þar með öll greiðslukerfi landsins. Gera verður ráð fyrir því að slíkar yfirlýsingar til traustvekjandi sefjunar almennings hafi verið mikilvægur þáttur í því að tryggja efnahagskerfinu sem mestan stöðugleika. Engin sérstök trygging fólst hins vegar raunverulega í yfirlýsingunum. Má því segja að eina tryggingin sem innstæðueigendur héraðs fengu umfram innstæðueigendur erlendis hafi verið flutningur þeirra í hin nýju félög, að innstæðurnar væru áfram tiltækar í nýjum bankastofnunum í fullum rekstri. Þegar hefur verið rætt ítarlega um þýðingu þeirrar aðgerðar í kafla 3.1, og undirköflum hans, hér að framan. Innstæður í hinum nýju bönkum, sem og öðrum bönkum héraðs, eru hins vegar ekki tryggðar með neinum hætti umfram það sem lög 98/1999 gera ráð fyrir. Þannig ábyrgist Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta innstæður þar sem annars staðar, en ríkið ber ekki sjálfkrafa ábyrgð standi sjóðurinn ekki undir greiðslum innstæðna verði þær ótiltækar hjá lánastofnun.

#### 4.3.2 Yfirlýsingar ráðherra til stjórnvalda í Bretlandi og Hollandi

Ráðherrar í ríkisstjórn Íslands gáfu ekki aðeins yfirlýsingar um auknar innstæðutryggingar í kjölfar bankahrunsins haustið 2008. Einnig voru gefnar yfirlýsingar af Íslands hálfu til ráðherra í ríkisstjórnnum Bretlands og Hollands um að íslenska ríkið myndi standa við skuldbindingar sínar í tengslum við Icesave reikningana og þá stöðu sem upp var komin í ljósi takmarkaðs gjaldþols Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta.

Af yfirlýsingum þessum ber fyrst að nefna bréf sem íslenska viðskiptaráðuneytið sendi breska fjármálaráðuneytinu í aðdraganda bankahrunsins, þann 20. ágúst 2008, en þar kom orðrétt fram í íslenskri þýðingu:

Ef svo ólíklega færi, að okkar mati, að stjórn Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta tækist ekki að afla nægilegs fjár á fjármálamörkuðum viljum við fullvissa yður um að íslenska ríkisstjórnin mun gera allt sem ábyrgar ríkisstjórnir myndu gera í slíkri stöðu, þar á meðal

að aðstoða sjóðinn við að afla nauðsynlegs fjár til að hann geti uppfyllt kröfur um lágmarkstryggingu.<sup>57</sup>

Afstaða þessi var ítrekuð í samskonar bréfi dagsettu 5. október 2008, en þar kom fram að ef þörf krefði mundi íslenska ríkisstjórnin styðja sjóðinn við öflun nægilegs fjár til að hann gæti uppfyllt kröfur um lágmarkstryggingu, færi svo að Landsbankinn og útibú hans í Bretlandi gætu ekki staðið við skuldbindingar sínar. Þá ber að nefna að forsætisráðherra lýsti því yfir fyrir hönd ríkisstjórnar þann 8. október 2008 að ríkissjóður myndi styðja sjóðinn við öflun nægilegs fjár.<sup>58</sup>

Einhlíða yfirlýsingar gefnar af ráðamönnum eins þjóðríkis til ráðamanna annars geta haft gildi að þjóðarétti, nánar tiltekið geta ríkin með þeim gengist undir þjóðréttarlegar skuldbindingar. Í því sambandi eru þjóðhöfðingjar, forsætisráðherrar og utanríkisráðherrar taldir geta skuldbundið ríkin vegna eðlis starfa sinna. Við mat á þjóðréttarlegu gildi er einkum litið til skýrleika yfirlýsingar, ásetnings gefanda og væntinga viðtakanda og hvort hann hafi verið í góðri trú. Verði yfirlýsing talin hafa skuldbindandi gildi að þjóðarétti geta ákvæði landsréttar ekki réttlætt brot á þeirri þjóðréttarlegu skuldbindingu.<sup>59</sup>

Samkvæmt ofangreindu má ætla að yfirlýsing sem forsætisráðherra gefur stjórnvöldum annars ríkis geti í einhverjum tilfellum haft skuldbindandi gildi að þjóðarétti. Meiri vafi er um yfirlýsingar af hálfu viðskiptaráðuneytis, og má raunar telja ólíklegt að viðskiptaráðherra geti skuldbundið ríkið með slíkum hætti; því síður aðrir innan viðskiptaráðuneytis. Eins og sjá má felur yfirlýsing forsætisráðherra í sér loforð um stuðning við sjóðinn til öflunar nægilegs fjár til greiðslu innstæðueigenda. Hvorki getur yfirlýsing um slíkt talist nægilega skýr, né eðlilegt að álykta útfrá henni um ásetning forsætisráðherra til skuldsetningar íslenska ríkisins eða um væntingar breska fjármálaráðuneytisins um ríkisábyrgð af hálfu íslenska ríkisins. Sama má raunar segja um yfirlýsingar viðskiptaráðuneytis, þar sem fullyrt er að ríkisstjórn Íslands muni gera allt sem ábyrgar ríkisstjórnir myndu gera í slíkri stöðu, þar á meðal aðstoða sjóðinn við öflun nauðsynlegs fjár. Ekki er þarna um að ræða loforð um ríkisábyrgð vegna sjóðsins eða lántöku hans, og má

<sup>57</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

Sjá einnig [Bréf Áslaugar Árnadóttur, f.h. viðskiptaráðuneytis, til fjármálaráðuneytis Bretlands], slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/05.pdf>

<sup>58</sup>*Ibid.*

<sup>59</sup>Borgar Þór Einarsson: „Með lögum skal (nýtt) land byggja.“ *Lögmannablaðið* 2008, bls. 10.



raunar deila um hvort slíkur ásetningur, væri hann til staðar, væri eðlilegur ásetningur „ábyrgrar ríkisstjórnar“ lands í þeirri stöðu sem Ísland var í. Verður því ekki talið að með nefndum yfirlýsingum ráðamanna haustið 2008 hafi íslenska ríkið getað gengist undir þjóðréttarlegar skuldbindingar, þar af leiðandi þykir ekki ástæða til að fjalla sérstaklega um yfirlýsingarnar með vísan til ákvæða og stöðu stjórnarskrár gagnvart þeim, í ljósi þjóðréttarvenju um takmarkanir á gildi slíkra yfirlýsinga.

Annað sem skoða ber í þessu sambandi eru yfirlýsingar ríkisstjórnar Íslands í hinum „umsömu viðmiðum“ vegna Icesave reikninganna, er samþykkt voru á haustdögum 2008, og hvort í þeim hafi falist þjóðréttarleg skuldbinding um ríkisábyrgð á skuldum eða síðari lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda. Í fréttatilkynningu forsætisráðuneytisins þann 16. nóvember 2008 segir að viðræður Íslands við nokkur Evrópusambandsríki hafi leitt til samkomulags um viðmið til grundvallar frekari samningaviðræðum. Samkomulagið feli í sér að íslensk stjórnvöld ábyrgist lágmarkstryggingu til innstæðueigenda í útibúum erlendis, en endanlegur kostnaður ríkissjóðs muni ráðast af því hvað greiðist upp í innstæðutryggingar af eignum bankanna.<sup>60</sup>

Með þessum gerningi samþykktu íslensk stjórnvöld að ábyrgjast lágmarkstryggingu án þess að þekkja til hlýtar þá skuldbindingu sem gengist var í, þ.e. lokaupphæð þeirrar ábyrgðar sem gengist yrði í fyrir Tryggingarsjóð innstæðueigenda og fjárfesta. Þó samkomulagið sem slíkt stæðist ekki 40. gr. stjórnarskrárinnar, þ.e. án eftirfarandi samþykkis í lögum, hefði það mögulega getað skuldbundið íslenska ríkið að þjóðarétti, án þess að því yrði þá síðar borið fyrir að samkomulagið hafi verið gert í andstöðu við ákvæði landsréttar. Að öllum líkindum teldist þó 40. gr. stjórnarskrár nægileg grundvallarregla íslensks réttar (e. rule of fundamental importance), og brot gegn henni nógu augljóst (e. manifest) hverjum viðsemjanda, til að hægt yrði að bera því við að samkomulagið hefði verið gert í andstöðu við hana, sbr. 46. gr. Vínarsáttmálans, en ákvæði hennar hafa almennt gildi sem þjóðréttarvenja. Í minnisblaði sínu til utanríkisráðuneytisins, dagsettu 23. júní 2009, vísar Jakob R. Möller, hæstaréttarlögmaður, m.a. til umrædds samkomulags og telur að í ljósi þess skipti engu máli sú afstaða Stefáns Mús Stefánssonar og Lárusar L. Blöndal um að íslenska ríkið hafi fullnægt skyldu sinni samkvæmt tilskipun 94/19/EB með stofnsetningu tryggingakerfisins; ríkisstjórnin hafi með

<sup>60</sup>„Samkomulag næst við Evrópusambandið fyrir hönd Hollendinga og Breta – Greiðir fyrir láni frá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum.“ Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/10.pdf>

samkomulaginu fallist á að greiða innstæðueigendum í löndunum tveimur hina lögbundnu lágmarkstryggingu.<sup>61</sup>

Frekari vangaveltur um þjóðréttarlegt skuldbindingargildi samkomulags þessa án eftirfarandi samþykkis í lögum skv. 40. gr. stjórnarskrár eru óþarfar, enda hefur því nú verið fylgt eftir með lögum hérlendis. Samþykkt hafa verið lög nr. 96/2009 um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf. Þar af leiðandi hefur íslenska ríkið skuldbundið sig til að ábyrgjast lántöku tryggingarsjóðsins, að mati höfundar án lagalegrar skyldu til slíks. Í ljósi þess að svo fór verður í næsta kafla fjallað um þær ráðstafanir sem íslenska ríkið gat gert til að forða uppkominni stöðu. Eftirfarandi umfjöllun um mögulegar fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda er m.a. ætlað að varpa nokkru ljósi á það hvort byrðar ríkisins vegna málsins geti talist eðlilegar, en höfundur tekur þó ekki sérstaka afstöðu til þess.

---

<sup>61</sup>Jakob R. Möller: „Minnisblað til utanríkisráðuneytisins vegna samninganefndar Íslands í deilu við Stóra-Bretland og Holland um svokallaða Icesave reikninga.“ Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/23.pdf>

## 5 Mögulegar fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda

Í þessum kafla verður tekið til athugunar hvaða ráðstafanir af hálfu stjórnvalda, eftirlitsaðila og viðeigandi stofnana voru mögulegar til að takmarka þær alvarlegu afleiðingar sem Icesave reikningar Landsbankans hafa haft fyrir íslenskan efnahag, í ljósi samningsgerðar ríkisins þar að lútandi. Nauðsynlegt er talið sökum umfangs efnisins að afmarka eftirfarandi umfjöllun nokkuð. Verður því reynt eftir fremsta megni að greina mögulegar ráðstafanir er sérstaklega tengjast innlánatryggingum frá almennari ráðstöfunum stjórnvalda er mögulegar voru til að takmarka eða fyrirbyggja bankahrunið í heild sinni, þ.m.t. ábyrgð á Icesave. Vakin er athygli á því að ógerlegt er að draga hina fullkomnu línu með þessum hætti í svo keðjuverkandi og margþættu atviki sem fall íslensku bankanna var.

Í samræmi við ofangreint verður fyrst leitast við að skoða sértækar aðgerðir aðila innan íslenskra stjórnkerfisins mögulegar til að fyrirbyggja Icesave sem slíkt, óháð framvindu að öðru leyti; vexti bankanna og falli þeirra. Að þeirri skoðun lokinni verður gerð stutt samantekt á almennari ráðstöfunum, þ.e. ráðstöfunum sem dregið hefðu úr vexti íslensku bankanna og þannig mögulega komið í veg fyrir fall þeirra eða hið minnsta takmarkað það. Þá verður skoðað sérstaklega hvort heimild Fjármálaeftirlitsins skv. 4. mgr. 36. gr. laga um fjármálafyrirtæki, til að banna stofnun útibús í öðru ríki á Evrópska efnahagssvæðinu, hafði þýðingu í málinu. Að síðustu verður gerð stutt grein fyrir þeim ráðstöfunum sem ekki stóðu íslenskum stjórnvöldum til boða. Vísað er til skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis, *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*, einkum binda 5, 6 og 7, að því leyti sem umfjöllun hér er takmörkuð. Við lestur einstakra undirkafla er rétt að hafa þann fyrirvara að höfundur er ekki hagfræðingur.

### 5.1 Sértækar aðgerðir

#### 5.1.1 Alþingi

Alþingi er handhafi löggjafarvalds ásamt forseta, skv. 2. gr. stj. skr., og hefur því það hlutverk að setja almennar réttarreglur sem gilda skulu á Íslandi.<sup>62</sup> Það kom þannig í hlut Alþingis að innleiða tilskipun 94/19/EB í íslenskan rétt. Að sama skapi kom í hlut Alþingis að gera breytingar á lögum síðar meir, væri það talið viðeigandi. Að þessu snúa mögulegar fyrirbyggjandi aðgerðir af hálfu Alþingis; breytingum á lögum 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta.

<sup>62</sup>Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 293-294.

Að teknu tilliti til þess að eðlilegt hafi verið að lágmarkseign sjóðsins væri miðuð við 1% tryggðra innstæðna, einkum í ljósi reglna annarra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu og eignarhalds ríkisins á bönkunum við innleiðingu tilskipunarinnar, hefði að sama skapi verið eðlilegt að Alþingi endurskoðaði reglur um lágmarkseign í ljósi síðari breytinga á eignarhaldi bankanna, aukins umfangs þeirra og vaxandi innlána erlendis.

Fyrst má nefna að ákvæði 6. gr. laga nr. 98/1999 virkuðu illa í framkvæmd þegar innlán fóru að vaxa ört á árunum 2006-2008, á þann hátt að hlutfallslegar inngreiðslur skiluðu sér seint og illa til Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta miðað við hækkun innlána. Kom þar aðallega þrennt til, það að inngreiðslur færu fram einu sinni á ári vegna næstliðins árs, það að hin árlega greiðsla miðaðist við meðaltal tryggðra innstæðna næstliðins árs og að hin árlega greiðsla gæti að hámarki numið 0,15% af meðaltali tryggðra innlána aðildarfyrirtækis en það sem upp á vantaði „greiddist“ með framlagningu ábyrgðaryfirlýsingar. Til að Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta fengi sem mesta fjármuni beint inn til ávöxtunar hefði e.t.v. verið æskilegra að miða við stöðu innlána í árslok í stað meðaltals, og hækka 0,15% hámarkshlutfall árlegrar greiðslu til að draga úr vaxandi hlut ábyrgðaryfirlýsinga í uppgjöri aðildarfyrirtækja til sjóðsins.<sup>63</sup> Óskilvirkni og þröngar skorður ákvæða 6. gr. að þessu leyti höfðu svo aftur þau áhrif að við ört vaxandi innlán var sjóðurinn á árunum 2006-2008 sífellt fjær því að ná lögbundinni lágmarkseign sinni.

Róttækari aðgerðir hefðu einnig verið mögulegar. Má þar nefna hækkun lögbundinnar lágmarkseignar sjóðsins til viðbótar við hækkun hámarkshlutfalls árlegrar greiðslu. Hækkanir þessar hefðu þó þurft að fara saman til að bera árangur. Þá hefði verið mögulegt að miða inngreiðslur að einhverju leyti við greiðslugetu banka í stað fastmótaðra hlutfalla af innlánnum, þ.e. þannig að hlutföll mynduðu grunn inngreiðslna en umframgreiðslur færu samkvæmt mati á greiðslugetu viðkomandi fyrirtækis. Slíkt kerfi gæti þó verið erfiðleikum bundið, að því leyti sem bankar gætu reynt að koma sér undan þess konar umframgreiðslum vegna innlána. Einnig hafa verið nefndar inngreiðslureglur tengdar áhættutöku viðkomandi fyrirtækja, þannig að greiðslur taki mið af mismunandi áhættu í rekstri banka.<sup>64</sup> Þá verður hér talið að snemmbúið fráhrarf frá hinni undirliggjandi reglu um 1% „hámarkseign“ sjóðsins hefði komið sér vel, á þann hátt að bankar hefðu eftir sem áður greitt í sjóðinn á þeim árum sem eign sjóðsins var umfram lögbundið lágmark, en það hefði styrkt fjárhagsstöðu sjóðsins að einhverju marki.

<sup>63</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 225-226.

<sup>64</sup> *Ibid*, bls. 276-277.

Á þeim rúma áratug sem leið frá innleiðingu tilskipunarinnar í íslenskan rétt fram að falli íslensku bankanna þriggja voru ekki gerðar breytingar á inngreiðslureglum laga nr. 98/1999. Þó komu á tímabilinu fram fyrirspurnir þingmannsins Jóhönnu Sigurðardóttur til þáverandi viðskiptaráðherra, m.a. um stöðu sjóðsins og hvort tilefni væri til að styrkja hann í ljósi breyttra aðstæðna. Í svörum ráðherra kom m.a. fram að staða sjóðsins og tryggingavernd væri góð, en þó mætti fara að huga að þeim málum í nánustu framtíð. Þannig kom umræðan vissulega upp, en minna varð úr frekari aðgerðum þar að lútandi.<sup>65</sup>

Í tengslum við nefndar mögulegar aðgerðir er rétt að hafa í huga að í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 39/1996 kom fram að ríkissjóður bæri ekki ábyrgð á skuldbindingum þess innlánatryggingakerfis sem það setti upp.<sup>66</sup> Þá er almennt er litið svo á að iðgjöld bankastofnana til innlánatryggingarkerfa verði að vera hófleg þannig að slík tryggingarkerfi bindi ekki of mikið fjármagn. Einnig skal áreittað að engir meinbugir eru taldir hafa verið á innleiðingu tilskipunarinnar af hálfu Alþingis þrátt fyrir ofangreint; inngreiðslureglur voru hvers ríkis að setja og voru þær, sem og lögbundin lágmarkseign sjóðsins, í samræmi við það sem við lýði var í öðrum löndum á Evrópska efnahagssvæðinu, en 0,5-1,5% tryggðra innstæðna var algeng áskilin sjóðsstærð.<sup>67</sup>

### 5.1.2 Fjármálaeftirlit

Fjármálaeftirlitið starfar samkvæmt lögum um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi nr. 87/1998, og skal samkvæmt 1. mgr. 8. gr. fylgjast með að starfsemi eftirlitsskyldra aðila sé í samræmi við lög, reglugerðir, reglur eða samþykktir sem um starfsemina gilda og að starfsemin sé að öðru leyti í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti. Meðal eftirlitsskyldra aðila eru viðskiptabankar og sparisjóðir, sbr. 1. tl. 1. mgr. 2. gr., og aðrir aðilar er heimild hafa til að taka við innlánnum, sbr. 11. tl. 1. mgr. 2. gr. Samkvæmt 15. gr. laga um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 98/1999 hefur Fjármálaeftirlitið eftirlit með því að starfsemi Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta sé í samræmi við lög, reglugerð og samþykkt fyrir sjóðinn. Gilda lög um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi að öðru leyti um eftirlit með sjóðnum.

Það eru einkum þrjú atriði sem standa uppúr þegar litið er til mögulegra fyrirbyggjandi aðgerða af hálfu Fjármálaeftirlitsins í tengslum við innlánatryggingar og tengda þróun hér á

<sup>65</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 220-223.

<sup>66</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, bls. 1854.

<sup>67</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 199 og bls. 208-211.

landi á síðustu mánuðum og árum fyrir hrun. Eitt þeirra, bann við stofnun útibús samkvæmt 4. mgr. 36. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002, fellur ef svo má segja að mörkum þess að hafa verið möguleg aðgerð og ómöguleg, og verður því fjallað um það sérstaklega í kafla 5.3 hér á eftir. Um tvenns konar aðgerðir verður fjallað hér, annars vegar heimild til að gera kröfur um aukið eigið fé lánastofnana er tækju við innlánnum í erlendum útibúum<sup>68</sup>, hins vegar greiningu eða mat á mögulegri áhættu ríkisins vegna aukinna skuldbindinga Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta auk gagnrýnna viðhorfs til fjárhagslegrar stöðu hans, með tilliti til tryggingarverndar og getu til að standa undir skuldbindingum sínum. Er um að ræða eðlisólíkar ráðstafanar, sú fyrrnefnda er heimild til reglusetningar sem haft gæti bein áhrif á framvindu innlánasöfnunar erlendis, hið síðarnefnda einkenna fremur eftirlitstengd sjónarmið og viðhorf tengd nefndri innlánasöfnun. Í því efni skipti afstaða Fjármálaeftirlitsins til þess hvort íslenska ríkið væri að lögum skuldbundið til að tryggja greiðslugetu innlánatryggingakerfisins verulegu máli, en ljóst er að í það minnsta forstjóri Fjármálaeftirlitsins, Jónas Fr. Jónsson, taldi að íslenska ríkið stæði til ábyrgðar fyrir allt að 20.887 evru lágmarkstryggingu á hvern innstæðueiganda. Var þó ekki tekin formleg lögfræðileg afstaða til þess innan stofnunarinnar.<sup>69</sup>

#### **5.1.2.1 Auknar kröfur um eigið fé lánastofnana er tækju við innlánnum í útibúum erlendis**

Samkvæmt 1. mgr. 84. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 skal eiginfjárgrunnur fjármálafyrirtækis nema að lágmarki 8% af áhættugrunni. Uppfylli fjármálafyrirtæki ekki lögbundið lágmark eiginfjár getur Fjármálaeftirlitið samkvæmt 2. másl. 1. mgr. 84. gr. m.a. mælt fyrir um hærri eiginfjárgrunn en sem nemur 8% af áhættugrunni, sbr. a-lið, mælt fyrir um hömlur eða takmörkun á starfsemi fjármálafyrirtækis, sbr. d-lið, og mælt fyrir um að dregið sé úr áhættum sem starfsemi fjármálafyrirtækis felur í sér, sbr. e-lið.

Áhættugrunnur er samkvæmt 2. mgr. 84. gr. sömu laga samtala veginna áhættuþátta í starfseminni, svosem útlánaáhættu, vaxtaáhættu, gjaldmiðlaáhættu og rekstraráhættu. Setur Fjármálaeftirlitið nánari reglur um slíka áhættuþætti, sbr. 2. ml. 2. mgr. 84. gr., og gilda þar um reglur nr. 530/2004 um viðmið við mat Fjármálaeftirlitsins á áhættu fjármálafyrirtækja og ákvörðun um eiginfjárhlutfall umfram lögbundið lágmark. Sérstök áhættumatskerfi eru sett fram í viðaukum með reglunum, og þarf vegin einkunn fjármálafyrirtækja samkvæmt þeim að

<sup>68</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 6, bls. 48.

<sup>69</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 82, 258-259 og 277.

jafnaði að vera lægri en 2,25, sbr. 2. gr. reglnanna. Þá þarf fjármálafyrirtæki samkvæmt 3. gr. að geta staðist samtímis niðurfærslu þriggja tilgreindra eignaliða um ákveðin hlutföll, án þess að eiginfjárhlutfall fari við það niður fyrir 8%.

Uppfylli fjármálafyrirtæki ekki ofangreind viðmið kemur til álita af hálfu Fjármálaeftirlitsins að krefjast hærra lágmarkseiginfjárhlutfalls en 8%, samkvæmt nánar tilgreindum reglum 4. og 5. gr. Þá kemur fram í 6. gr. að við veitingu starfsleyfis til fjármálafyrirtækis skuli að jafnaði gerð krafa um hærra lágmarkseiginfjárhlutfall en 8%, allt að 16%.

Virðist sem tvennt hefði mögulega getað komið til álita í þessu efni til að gera innlánasöfnun í útibúum íslenskra viðskiptabanka erlendis óaðlaðandi, er hefði jafnvel dregið úr henni eða hvatt til innlánasöfnunar í dótturfélög fremur en útibú. Þannig kann að hafa verið mögulegt að skilgreina innlán í útibúum utan Íslands sem veginn áhættuþátt til myndunar áhættugrunns, áhættugrunnur yrði þannig hærri og hærri krónutölu eiginfjár þyrfti til að uppfylla kröfuna um 8% eiginfjárgrunn. Slík innlán hefðu þá haft áhrif á niðurstöðu fjármálafyrirtækis samkvæmt ofangreindu áhættumatskerfi. Staðist fjármálafyrirtæki ekki prófun áhættumatskerfis eða viðmið 3. gr. um niðurfærslu eignaliða, hefði þá komið til álita af hálfu Fjármálaeftirlitsins að krefjast hærra eiginfjárhlutfalls, sbr. 4. og 5. gr. Seinni möguleikinn, mun einfaldari en einnig beinskeyttari afstaða gegn innlánasöfnun erlendis, hefði verið að setja beinlínis ákvæði um auknar kröfur til eiginfjárhlutfalls fjármálafyrirtækja er tækju við innlánnum í útibúum utan Íslands. Væri það þá í líkingu við ákvæði 6. gr. reglnanna, um hærra lágmarkseiginfjárhlutfall við veitingu starfsleyfis.

Samkvæmt ofangreindu hafði Fjármálaeftirlitið yfir því úrræði að ráða að gera hærri kröfur um eiginfjárhlutfall lánastofnana er tóku við innlánnum í útibú erlendis, sem hefði mögulega verið til þess fallið að draga úr slíkri söfnun innlána eða hvetja til færslu hennar í erlend dótturfélög. Þess skal þó getið að beiting þessa úrræðis hefði ekki endilega valdið slíkri niðurstöðu, meðan bankarnir uppfylltu kröfur um eigið fé var þeim í sjálfsvald sett að taka við innlánnum í útibú þrátt fyrir að það kynni að vera þeim óhagstætt að einhverju leyti.

### 5.1.2.2 Greining á áhættu ríkisins vegna aukinna skuldbindinga Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta

Fjármálaeftirlitinu bar samkvæmt lögum að fylgjast með því að starfsemi Tryggingarsjóðs væri í samræmi við gildandi lög, reglugerðir, reglur eða samþykktir og að starfsemin væri að öðru leyti í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti.<sup>70</sup> Skyldi það auk þess athuga rekstur sjóðsins svo oft sem þurfa þótti, það hafði lögbundna heimild til aðgangs að bókhaldi, fundargerðum, skjölum og öðrum gögnum sjóðsins og gat gert vettvangskannanir til upplýsingaöflunar.<sup>71</sup>

Samkvæmt svörum forstjóra Fjármálaeftirlitsins fyrir rannsóknarnefnd Alþingis fólst eftirlit með sjóðnum aðeins í því að fylgst var með ársreikningum hans annars vegar og fundargerðum stjórnar hins vegar, sérstaklega ársfundargerðum. Því að ekki hefði verið gert mat eða greining á hugsanlegri áhættu ríkisins vegna þeirra skuldbindinga sem hlóðust upp með innlánasöfnun í útibúum erlendis vísaði forstjórinn til ábyrgðar Seðlabanka Íslands annars vegar, enda hefði slíkt átt að falla undir kerfislegt eftirlit með fjármálastöðugleika, og stjórnar Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta hins vegar, enda hefði hún átt að gera viðskiptaráðherra grein fyrir afstöðu sinni til lágmarkseignar sjóðsins hið minnsta á tveggja ára fresti.<sup>72</sup>

Án þess að ofangreindu verði sérstaklega mótmælt, verður hér talið að í ljósi afstöðu forstjóra Fjármálaeftirlitsins til skuldbindinga ríkisins samkvæmt tilskipun 94/19/EB, þeirra heimilda er Fjármálaeftirlitið hafði til aðgangs að gögnum sjóðsins og þeirra ákvæða laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi er snúa að samskiptum við Seðlabanka Íslands, hefði verið eðlilegt að auk skoðunar á ársreikningum og ársfundargerðum sjóðsins væri litið sérstaklega til aukinna skuldbindinga hans vegna mikillar söfnunar innlána í útibúum erlendis, að viðbætti tilheyrandi gengisáhættu. Þrátt fyrir að eftirlit Fjármálaeftirlitsins hafi fyrst og fremst snúið að því að sjóðurinn færi að gildandi lögum og reglum var ekkert því til fyrirstöðu að vakin yrði athygli viðeigandi stjórnvalda á fjárhagsstöðu sjóðsins í ljósi breyttra aðstæðna með ótt vaxandi skuldbindingum í útibúum erlendis. Á það ekki síst við um Seðlabanka, enda skal forstjóri Fjármálaeftirlitsins samkvæmt 2. málsl. 1. mgr. 15. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi veita fulltrúum Seðlabankans, á reglulegum samráðsfundum þessara aðila, upplýsingar um starfsemi Fjármálaeftirlitsins sem nauðsynlegar eru starfsemi

<sup>70</sup>1. mgr. 8. gr. laga nr. 87/1998, sbr. 15. gr. laga nr. 98/1999

<sup>71</sup>1. mgr. 9. gr. laga nr. 87/1998, sbr. 15. gr. laga nr. 98/1999

<sup>72</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 277.



Seðlabankans. Fáir virðast betur til þess fallnir en lögformlegur eftirlitsaðili með einstökum fjármálafyrirtækjum að koma á framfæri vísbendingum um óhagstæða fjárhagsstöðu aðila er skuldbinda kann Íslenka ríkið til óráðins tíma.

Þess skal getið að á ársfundi Fjármálaeftirlitsins þann 3. nóvember 2004 ræddi þáverandi forstjóri, Páll Gunnar Pálsson, um að huga þyrfti að styrkingu tryggingaverndar innstæðueigenda og fjárfesta, t.a.m. með auknum inngreiðslum fjármálafyrirtækja, með hliðsjón af auknu mikilvægi nefndra fyrirtækja og þeim breytingum sem orðið hefðu á eignarhaldi þeirra. Þessu virðist þó ekki hafa verið fylgt eftir með frekari hætti af hálfu Fjármálaeftirlitsins.<sup>73</sup>

### 5.1.3 Seðlabanki Íslands

Seðlabankinn starfar samkvæmt lögum um Seðlabanka Íslands nr. 36/2001. Seðlabankinn er sjálfstæð stofnun í eigu ríkisins sem hefur það meginmarkmið að stuðla að stöðugu verðlagi, auk þess að stuðla að framgangi efnahagsstefnu ríkisstjórnarinnar og sinna hefðbundnum viðfangsefnum Seðlabanka, s.s. stuðla að virku og öruggu fjármálakerfi og varðveita gjaldeyrisvarasjóð.<sup>74</sup>

Eftirlit Seðlabanka Íslands er þannig kerfislægt eftirlit með fjármálum í þeim tilgangi að tryggja fjármálastöðugleika í landinu, hinu „þjóðhagslega umhverfi“<sup>75</sup>, ólíkt eftirliti Fjármálaeftirlitsins er snýr að einstökum fyrirtækjum á fjármálamarkaði. Meðal stjórnækja sem Seðlabanka er heimilt að beita í tengslum við hlutverk sitt eru ákvarðanir um bindiskyldu lánastofnana, samkvæmt 11. gr. laga um Seðlabanka Íslands. Þá hefur Seðlabanki skyldum að gegna í tengslum við eftirlitshlutverk sitt, en meðal þeirra er að safna upplýsingum um innlán í íslenskum lánastofnunum. Verður hér einkum fjallað um það hvort beiting bindiskyldu í ríkari mæli og greining upplýsinga um innlán hefðu getað komið í veg fyrir, eða takmarkað, þær skuldbindingar sem hlóðust upp hjá Tryggingarsjóði innstæðueigenda og fjárfesta vegna innlána í útibúum íslenskra banka erlendis.

<sup>73</sup>Páll Gunnar Pálsson: „Ársfundur Fjármálaeftirlitsins. Ræða Páls Gunnars Pálssonar, forstjóra. Slóðin er: <http://www.fme.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=2777>

<sup>74</sup>Lög um Seðlabanka Íslands nr. 36/2001, einkum 1., 3., og 4. gr.

<sup>75</sup>Alþt. 2000-2001, A-deild, bls. 4570-4571.

### 5.1.3.1 Hækkun bindiskyldu á innlán í útibúum erlendis

Með bindiskyldu er visst hlutfall innlána hjá lánastofnunum bundið á reikningi hjá Seðlabanka Íslands og þannig sett þak á heildarútlán lánastofnana. Mögulegt er að aukin bindiskylda, jafnvel í erlendri mynt, á innlán í útibúum íslenskra banka erlendis hefði haft áhrif á söfnun slíkra innlána, t.a.m. með þeim hætti að bankarnir hefðu fremur kosið söfnun fjármagns er ekki lyti bindiskyldu, reynt að flytja fé úr bindiskyldum eignum í eignir án bindiskyldu<sup>76</sup> eða talið fýsilegra að safna innlánnum í dótturfélög erlendis í stað útibúa.<sup>77</sup> Þess skal þó getið að bindiskyldu hefði þurft að auka verulega í þessum tilgangi, og er þó ekki víst að hún hefði dugað til, enda bönkunum frjálst að safna innlánnum í útibú erlendis jafnvel þó það þætti ekki fýsilegasti kostur þeirra. Bindiskylduna hefði þá einnig þurft að hækka snemma, helst áður en innlánasöfnun erlendis hófst fyrir alvöru. Þá verða ekki greindir hér sérstaklega óhagkvæmir þættir slíkrar ráðstöfunar, sem vafalaust hefðu verið til staðar, en aðeins bent á að stjórnþækið var til og að það hefði mögulega mátt nýta í þessum tilgangi. Ekki síst má ætla að veruleg bindiskylda á umræddum innlánnum hefði takmarkað það að Landsbankinn safnaði innlánnum í útibú bankans í London í stað dótturfélags til að þægilegra væri að flytja umrædda fjármuni til Íslands.<sup>78</sup>

Í þessu sambandi er rétt að nefna að í erindi Jóns Sigurðssonar seðlabankastjóra á fundi Sambands íslenskra samvinnufélaga í lok árs 2005 kom fram að aukin bindiskylda væri aðeins eitt tímabundið þrep í hagstjórn landsins og verkaði að öðru leyti eins og vaxtahækkun, „fyrir utan að rota nokkra sparisjóði í leiðinni.“<sup>79</sup> Þá kom fram í erindi Davíðs Oddssonar, á morgunfundi Viðskiptaráðs Íslands þann 6. nóvember 2007, að bindiskyldan væri úr sér gengið úrræði sem mundi hafa takmörkuð áhrif önnur en vaxtahækkanir, auk þess sem óhjákvæmilegt hefði verið að hafa bindiskylduna hér á landi svipaða og viðgekkst erlendis til

<sup>76</sup>Sjá Jón Steinsson: „Stjórnþæki peningamála og hagkvæmni fjármálakerfisins“, bls. 17. Slóðin er: <http://www.seðlabanki.is/uploads/files/Stjornthaki-JS.pdf> Bindiskylda veldur bönkum kostnaði ef ekki eru sambærilegir vextir á bindireikningum og fást á millibankamarkaði, og því reyna bankar að flytja fé úr bindiskyldum eignum í eignir án bindiskyldu. Hér verður ekki tekin afstaða til þeirrar óhagkvæmni sem þetta getur valdið.

<sup>77</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 6, bls. 48.

<sup>78</sup>Um fjármagnsflutninga Landsbankans má sjá nánar í skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, bindi 6, einkum bls. 6, 9-10 og 48-49.

<sup>79</sup>Jón Sigurðsson: „Erindi Jóns Sigurðssonar bankastjóra um verkefni Seðlabankans“ [á fundi Sambands ísl. samvinnufélaga]. Slóðin er: <http://seðlabanki.is/?PageID=13&NewsID=1071>

að tryggja samkeppnisstöðu hinna vaxandi banka.<sup>80</sup> Þannig voru það sjónarmið um samkeppnisstöðu íslenskra fjármálafyrirtækja á alþjóðlegum markaði sem réðu ákvörðun um bindiskyldu á innlánnum í útibúum íslenskra banka erlendis. Í kafla 5.2. hér á eftir verður vikið að opnum starfsheimildum íslenskra fjármálafyrirtækja, en stefnumótun hvað það varðaði réðst einnig fyrst og fremst af slíkum samkeppnissjónarmiðum.

Sem ljóst má vera af ofangreindu var aukin bindiskylda á innlán í útibúum íslenskra lánastofnana erlendis ekki nýtt í þeim tilgangi að fæla þær frá söfnun slíkra innlána eða hvetja til söfnunar þeirra í dótturfélög í stað útibúa. Raunar voru útibú íslenskra fjármálafyrirtækja erlendis þvert á móti gerð undanþegin bindiskyldu með 4. mgr. 4. gr. nýrra reglna um bindiskyldu nr. 373/2008 er gengu í gildi 21. apríl 2008.

### 5.1.3.2 Innlánagreining, upplýsingaöflun og tillögur að aðgerðum

Í tengslum við hlutverk sitt sem eftirlitsaðila með fjármálastöðugleika safnaði Seðlabanki upplýsingum um innlán í íslenskum bönkum. Skipuleg greining innlána í annars vegar innlán í bönkum og útibúum þeirra innanlands og hins vegar innlán í útibúum erlendis hefði mögulega getað varpað ljósi á hið aðsteðjandi vandamál mun fyrr en raunin varð, en Seðlabankinn hóf ekki að greina þannig milli innlána fyrr en vorið 2008, eftir afnám bindiskyldu á innlán í útibúum erlendis. Hins vegar hafði bankinn safnað upplýsingum um innlán erlendra aðila frá árinu 2003, hvort sem þau innlán voru í útibúum og starfsstöðvum héraðs erlendis eða erlendis.<sup>81</sup>

Innlánagreining í samræmi við ofangreint hefði ein og sér ekki náð langt til að mæta vandamálinu, en ásamt upplýsingaöflun frá Fjármálaeftirliti um fjárhagsstöðu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta hefði með greiningunni mátt reikna út skuldbindingar sjóðsins, annars vegar erlendis og hins vegar héraðs, miðað við eignir hans. Niðurstöður slíkra útreikninga á reglulegum fresti frá því að innlánasöfnun fór að aukast erlendis árið 2006 hefði að líkindum fljótlega skilað sér í þörf á að beita úrræðum til að takmarka hana, t.a.m. með aukinni bindiskyldu eins og fjallað var um í kafla 5.1.3.1., eða þörf á að kalla eftir nýjum úrræðum, gera tillögur um aðgerðir til að sporna við innlánasöfnun og gera ríkisstjórn að öðru leyti formlega grein fyrir vandamálinu og vanmætti sínum til að takast á við það.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 6, bls. 92.

<sup>81</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 303.

<sup>82</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 7, bls. 264.

Athyglisvert er að Seðlabankinn sá um daglegan rekstur Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta þar til í byrjun október 2008, á grundvelli samnings þar að lútandi milli Seðlabanka og sjóðsins. Sá Seðlabanki um bókhald sjóðsins auk þess sem Jónas Þórðarson, starfsmaður á fjármálasviði Seðlabankans, starfaði sem framkvæmdastjóri hans. Voru þannig töluverð tengsl milli Seðlabankans og Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta, án þess að það skilaði sér á einhvern hátt með skilvirkum hætti fyrir greiningu innlána í íslenskum lánastofnunum og tilheyrandi útreikninga skuldbindinga sjóðsins, miðað við lágmarkstryggingu, í hlutfalli við eignir hans.<sup>83</sup>

Skal þess getið að bankastjórn Seðlabanka leit svo á, ólíkt forstjóra Fjármálaeftirlits, að íslenska ríkið stæði ekki til ábyrgðar vegna skuldbindinga Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta.<sup>84</sup> Hvort sú afstaða kunni að hafa haft áhrif á þá litlu áherslu sem framan af var lögð á greiningu innlána, upplýsingaöflun og aðgerðir til að hemja innlánasöfnun erlendis verður ekki metið hér, en ljóst er að á það skorti að Seðlabanki hafi brugðist nægilega við í ljósi þeirrar áhættu sem innlánasöfnun bankanna erlendis skapaði íslenska fjármálakerfinu. Var það ekki fyrr en á árinu 2008 sem umræðu um þessa hættu og leiðir til að draga úr henni sá fyrst stað í samskiptum Seðlabankans við fyrirsvarsmenn íslensku bankanna, þó söfnun innlána hafi hafist árið 2006 og aukist mest á árinu 2007.<sup>85</sup>

#### 5.1.4 Viðskiptaráðuneyti

Viðskiptaráðherra fer með yfirstjórn opinberrar sýslu á málefnasviði sínu ásamt því að hafa eftirlit og umsjón með embættismönnum og ríkisstarfsmönnum er undir hann heyra. Ráðherra er í reynd æðsti handhafi framkvæmdarvalds á sínu sviði.<sup>86</sup> Fjármálaeftirlitið fellur undir yfirstjórn viðskiptaráðuneytis, sbr. 3. gr. laga um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, og auk þess fellur starfsemi Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta innan málefnasviðs ráðuneytisins.

Frá Seðlabanka og Fjármálaeftirliti berast til viðskiptaráðuneytis tölulegar upplýsingar tengdar innlánnum, m.a. um aukningu þeirra. Eðli málsins samkvæmt komu þess konar gögn til viðskiptaráðuneytis án títtnefndrar aðgreiningar erlendra innlána og innlendra og mats á skuldbindingum sjóðsins vegna erlendra innlána. Þá átti viðskiptaráðuneytið aðild að

<sup>83</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 219.

<sup>84</sup> *Ibid*, bls. 259.

<sup>85</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 7, bls. 265.

<sup>86</sup> Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 142.

svonefndum samráðshópi stjórnvalda er stofnaður var árið 2006 til að fjalla um viðbúnað og fjármálastöðugleika, en hópinn skipuðu auk þess fulltrúar forsætisráðuneytis, fjármálaráðuneytis, Fjármálaeftirlitsins og Seðlabanka Íslands.<sup>87</sup>

Ráðherra hefur einnig sjálfstæðan rétt til að flytja lagafrumvörp og tillögur til ályktana, sbr. 38. gr. stjkskr., án þess að ríkisstjórn þurfi að standa einhuga að baki því frumvarpi eða tillögu.<sup>88</sup> Í þessum frumkvæðisrétti ráðherra felst eitthvert veigamesta úrræði hans til að knýja fram breytingar á málefnasviði sínu.<sup>89</sup>

Samkvæmt þessu má segja að helstu mögulegar aðgerðir af hálfu viðskiptaráðherra, og þannig viðskiptaráðuneytis, hefðu annars vegar verið að fylgjast náið með því sem fram fór á málefnasviði ráðuneytisins, ekki síst að nýta eftirlits- og yfirstjórnunarheimildir til að afla upplýsinga um stöðu og starfsemi stjórnvalda og stofnana, og gera tillögur til úrbóta þætti þess þörf. Hins vegar hefðu mögulegar aðgerðir falist í því að hafa frumkvæði að breytingum á lögum og reglum á málefnasviðinu, t.a.m. með framlagningu lagafrumvarpa á Alþingi og setningu reglna og reglugerða. Frumkvæði að breytingum á lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta á Alþingi, sem fjallað var um í kafla 5.1.1 hér að framan, hefðu þannig að öllu eðlilegu komið frá viðskiptaráðherra.

### 5.1.5 Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta

Fyrst skal nefnt að stjórn Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta bar að gera viðskiptaráðherra grein fyrir afstöðu sinni til lágmarkseignar sjóðsins á minnst 2 ára fresti, eða oftast þætti ástæða til, samkvæmt 5. mgr. 4 gr. laga nr. 98/1999. Þetta gerði stjórnin hvorki á árinu 2007 né á árinu 2008 fram til 1. október þess árs, og virðist ráðherra ekki hafa kallað sérstaklega eftir slíkri greinargerð á þessu tímabili. Reglulegar greinargerðir af þessu tagi hefðu vafalaust stuðlað að því að gerðir yrðu sérstakir útreikningar á hugsanlegum skuldbindingum Tryggingarsjóðs, t.a.m. á því hverjar væru heildarskuldbindingar sjóðsins miðað við lögbundna lágmarkstryggingu til hvers innstæðueiganda og hverjar væru heildarskuldbindingar í erlendum gjaldmiðlum og hver væru möguleg áhrif þess.<sup>90</sup>

Í stjórn Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta sátu 4 fulltrúar fjármálafyrirtækja af alls 6 stjórnarmönnum. Voru menn þessir í beinum tengslum við þá

<sup>87</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 237 og 303-306.

<sup>88</sup>Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 142-143.

<sup>89</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 45.

<sup>90</sup>*Ibid*, bls. 224-227 og 234.

þróun sem var að eiga sér stað í umhverfi íslenskra fjármálafyrirtækja, þ.m.t. hinn öra innlánavöxt í útibúum erlendis. Stóð þeim því næst að hafa frumkvæði að styrkingu sjóðsins í ljósi þessarar þróunar og óskilvirkni gildandi inngreiðslureglna, t.a.m. með tillögum til ráðherra um lagabreytingar eða með því að kalla eftir aðgerðum af hálfu bankanna sjálfra um að treysta stöðu sjóðsins ella hafa annað fyrirkomulag á innlánasöfnun erlendis.<sup>91</sup>

Aðgerðir mögulegar af hálfu stjórnar Tryggingarsjóðs hefðu því verið að gera reglulega úttekt á skuldbindingum sjóðsins, t.a.m. í ljósi lágmarkstryggingar, áhrifa skuldbindinga í erlendum gjaldmiðlum, skuldbindinga í útibúum erlendis og annarra þeirra breytna er kynnu að valda áhættu eða hafa áhrif að öðru leyti. Þá hafði stjórnin beina tengingu við viðskiptaráðherra og gat gert tillögur til breytinga samkvæmt niðurstöðum sínum, jafnframt því að reyna að hafa áhrif á innlánasöfnun bankanna. Þess skal þó getið að stjórn sjóðsins hafði sem slík engin völd að þessu leyti. Það hefði því alfarið verið undir öðrum aðilum komið hvort þær ráðstafanir sem hún reyndi að gera skiluðu sér í framkvæmd.

#### 5.1.6 Aðrir aðilar

Aðrir aðilar er hefðu getað komið að ofangreindum aðgerðum með einhverjum hætti eru forsætisráðuneyti sem fór með yfirstjórn Seðlabanka, fjármálaráðuneyti, samráðshópur stjórnvalda sem fór með gerð viðbúnaðaráætlunar, svo og ríkisstjórnin öll. Ekki er ástæða til að fara nánar yfir það, enda helst um að ræða sömu aðgerðir og áður hafa verið taldar sem aðilar þessir hefðu mátt benda á eða hafa frumkvæði að.

## 5.2 Yfirlit yfir almennari aðgerðir stjórnvalda til varnar falli bankanna

Alþingi sem löggjafarvald hafði ekki aðeins með höndum að leiða í lög tilskipun 94/19/EB, heldur einnig aðrar tilskipanir er vörðuðu fjármálamarkað og juku starfsheimildir fjármálafyrirtækja töluvert frá því sem áður hafði verið. Af úttekt rannsóknarnefndar Alþingis á innleiðingu um 20 tilskipana og reglugerða á sviði fjármálamarkaðar er ljóst að heimildir til að setja strangari reglur um starfsemi fjármálafyrirtækja voru almennt ekki nýttar hér á landi, en íslensk stjórnvöld töldu að slíkar strangari reglur myndu raska samkeppnishæfi íslenskra fjármálafyrirtækja.<sup>92</sup> Strangara lagaumhverfi íslenskra fjármálafyrirtækja hefði vafalaust dregið úr vexti þeirra, en að sama skapi hefði það vissulega gert íslenskum fjármálafyrirtækjum erfiðara fyrir á alþjóðlegum markaði. Erlend samkeppnisstaða fjármálafyrirtækja var þannig það meginsjónarmið er réði stefnumótun í þessu efni, umfram

<sup>91</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 236.

<sup>92</sup> *Ibid*, bls. 10-12 og 22-23.

sjónarmið er lutu að sérstöðu og smæð íslenska efnahagskerfisins og þeim áhrifum sem viðtækar starfsheimildir fjármálafyrirtækja kynnu að hafa á það.

Af almennari ráðstöfunum Fjármálaeftirlits má nefna betri nýtingu úrræða og heimilda sem því er fengið að lögum, svosem til vettvangsrannsókna, boðunar funda í stjórnun fjármálafyrirtækja, beitingar dagsekta, athugana á starfsstöðvum og haldlagningar muna, beitingar stjórnvaldssekta, auk viðunandi gagnaúrvinnslu og bættra álagsprófa fyrir fjármálafyrirtæki. Gott verklag að þessu leyti hefði veitt fjármálafyrirtækjum meira aðhald og mögulega dregið úr vexti þeirra. Verður ekki fjallað nánar um þessi atriði hér, en vísað til skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis til frekari glöggvunar. Þess skal þó getið að rannsóknarnefndin taldi galla tengda ofangreindum atriðum ekki skýra skuldsetningu þjóðarinnar vegna Icesave reikninganna, fremur hafi verklag og vinnubrögð Fjármálaeftirlitsins að þessu leyti átt þátt í að skapa óþarflega aðhaldslaus starfsskilyrði fjármálafyrirtækja. Almennar ráðstafanir Seðlabanka voru einnig mögulegar til að draga úr vexti bankanna, svosem hækkun stýrivaxta á þensluárum, viðhald krafna um gjaldeyrisjöfnuð bankanna og ríkari kröfur til trygginga og veða fyrir lántöku hjá bankanum.<sup>93</sup>

### 5.3 Bann Fjármálaeftirlits við stofnun útibús skv. 4. mgr. 36. gr. laga nr. 161/2002

Athyglisvert ákvæði er að finna í 4. mgr. 36. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002. Þar segir að Fjármálaeftirlitið geti bannað stofnun útibús í öðru ríki á Evrópska efnahagssvæðinu hafi það réttmæta ástæðu til að ætla að stjórnun og fjárhagsstaða hlutaðeigandi fjármálafyrirtækis sé ekki nægilega traust.

Fyrir rannsóknarnefnd Alþingis vildi Jónas Fr. Jónsson meina að skilyrði þessi hefðu ekki verið uppfyllt þegar Landsbankinn tilkynnti um það þann 6. desember 2007 að viðtaka innlánsfjár myndi hefjast innan skamms í útibúi Landsbankans í Amsterdam, enda hefði staða bankans þá verið sterk, með láns hæfiseinkunn Aaa og eiginfjárlutfall uppá 12,5%. Af því má ráða að því síður hafi skilyrði fyrir slíku banni verið talin fyrir hendi við fyrri ákvarðanir bankans um söfnun innlána í útibú sín erlendis. Viðtaka innlána í útibúið í Amsterdam hófst þann 29. maí 2008.<sup>94</sup>

Hafi ákvörðun samkvæmt ákvæði þessu aðeins mátt koma til við viðtöku tilkynningar, þá á grundvelli láns hæfiseinkunnar og eiginfjárlutfalls viðkomandi fjármálafyrirtækis, er líklegt að því hefði ekki mátt beita til að hemja frekari söfnun innlána. Hafi hins vegar mátt

<sup>93</sup>Sjá nánar skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis, bindi 5, einkum bls. 53-66, 69-82, 89-90 og 147-153, og bindi 7, einkum bls. 181-182, 203 og 219.

<sup>94</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir.* Bindi 6, bls. 54-55 og 62.

stöðva viðtöku innlána síðar í krafti greinarinnar, á grundvelli annarra þátta en einungis þeirra tveggja sem nefndir hafa verið, er mögulegt að beita hefði mátt heimildinni í þeim tilgangi að takmarka frekara tjón af völdum innlánasöfnunar í útibúum Landsbanka Íslands erlendis. Segir m.a. um þetta í skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis:

Þrátt fyrir að niðurstaða hálfársuppgjörs Landsbankans fyrir fyrri hluta árs 2008 hefði að áliti Fjármálaeftirlitsins við fyrstu sýn ekki gefið sérstakt tilefni til að takmarka starfsleyfi Landsbankans til þess að taka við frekari innlánnum í útibúi bankans í Amsterdam hlaut það að vera ljóst að takmarkaðri aðgangur að evrum, eftir að gjaldeyrismarkaður tók að lokast, hefði áhrif á möguleika Landsbankans til þess að standa við innlánskuldbindingar sínar. Þetta hefði átt að vera Fjármálaeftirlitinu nægt tilefni til að taka málefni útibúsins í Amsterdam til sérstakrar skoðunar.<sup>95</sup>

Samkvæmt þessu hefði mögulega mátt líta til fleiri þátta en lánshæfismats og eiginfjárlutfalls við ákvörðun um bann skv. 4. mgr. 36. gr. laga um fjármálafyrirtæki, en þó verður hér látið liggja milli hluta hvort Fjármálaeftirlitið hefði samkvæmt þessu í raun getað aðhafst í krafti greinarinnar til að hemja frekari innlánasöfnun í þegar stofnuðum útibúum íslenskra banka.

Þá má velta því fyrir sér hvort og þá hvernig annmarkar á eftirliti með íslensku bönkunum, og sífellt lækkaðar kröfur til þeirra af hálfu Seðlabanka, hafi haft áhrif á mat á fjárhagsstöðu bankanna samkvæmt ákvæðinu. Er þar einkum átt við galla í álagsprófum Fjármálaeftirlitsins og eftirgjöf Seðlabanka á kröfum um gjaldeyrissjöfnuð annars vegar og kröfum um tryggingar fyrir lántöku hjá Seðlabanka hins vegar. Seðlabankinn gaf t.a.m. eftir í kröfum um gjaldeyrissjöfnuð með því að heimila bönkunum að auka vægi erlendra eigna gagnvart skuldum, í þeim tilgangi að sporna við lækkun eigin fjár vegna mögulegrar veikingar krónu. Það hafði m.a. þau áhrif að bankarnir stóðust áfram álagspróf Fjármálaeftirlitsins án þess að hækkað eiginfjárlutfall þeirra þyrfti til.<sup>96</sup> Þannig kann margt sem miður fór í aðdraganda falls bankanna að hafa hjálpast að til þess að Landsbanki uppfyllti skilyrði 4. mgr. 36. gr. laga nr. 161/2002 um sterka fjárhagsstöðu við opnun útibúa.

<sup>95</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 7, bls. 243.

<sup>96</sup> *Ibid*, bls. 181.



#### 5.4 Ráðstafanir sem íslenskum stjórnvöldum stóðu ekki til boða

Áður hefur verið fjallað um þær skuldbindingar sem íslenska ríkið tókst á hendur með aðild sinni að Evrópska efnahagssvæðinu, sér í lagi þær reglur er varða fjórfrelsið, samkeppnisreglur og reglur um ríkissaðstoð. Þá felst regla um forgangsáhrif EES-réttar í bókun 35 við samninginn, sbr. 3. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 21/1993, og ber því að skýra ósamrýmanleg ákvæði landsréttar í samræmi við EES-reglur. EES-reglur ganga þannig framur reglum landsréttar að því leyti sem þær eru ekki samrýmanlegar.<sup>97</sup>

Í III. hluta EES-samningsins er fjallað um frjálsa fólksflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi og frjálsa fjármagnsflutninga, en á grundvelli síðarnefndu atriðanna tveggja byggist réttur íslenskra fjármálafyrirtækja til að hefja starfsemi erlendis án afskipta íslenska ríkisins. Í 34. gr. EES-samningsins er félögum og fyrirtækjum sem stofnuð eru í samræmi við lög aðildarríkis ESB eða EFTA-ríkis og hafa skráða skrifstofu, yfirstjórn eða aðalstarfsstöð á yfirráðasvæði samningsaðila, tryggður staðfesturéttur, sbr. 31. gr. Í staðfesturétti felst m.a. réttur til að hefja og stunda atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki á yfirráðasvæði annars aðildarríkis. Samkvæmt 1. mgr. 31. gr. skulu engin höft vera á staðfesturétti, innan ramma ákvæða samningsins, né réttinum til að setja á stofn umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki á yfirráðasvæði annars aðildarríkis. Samkvæmt 40. gr. samningsins eru höft milli samningsaðila á flutning fjármagns í eigu aðila í aðildarríkjum óheimil, svo og mismunun byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Auk þessa er í tilskipunum er varða lánastofnanir gengið út frá meginreglunni um gagnkvæma viðurkenningu, en reglan felur í sér að lánastofnun með starfsleyfi í einu aðildarríki hefur sjálfkrafa starfsleyfi innan annarra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu.<sup>98</sup>

Þannig gátu íslensk stjórnvöld almennt hvorki sett bein höft á fyrirætlanir íslenskra fjármálafyrirtækja um að opna útibú í öðrum aðildarríkjum, né gátu þau sett slík höft á fjármagnsflutninga til nefndra ríkja, t.a.m. til að hafa áhrif á getu fjármálafyrirtækja til fjárfestingar þarlendis. Þá gátu íslensk stjórnvöld ekki með reglusetningu þvingað bankana til að flytja höfuðstöðvar sínar úr landi, taka við innlánnum í dótturfélög eða minnka efnahagsreikninga sína. Þau gátu hins vegar beitt þrýstingi um slíkt á bankana, er í óefni var þegar komið, til að reyna takmarka fyrirséð tjón.<sup>99</sup>

<sup>97</sup>Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 42-45.

<sup>98</sup>*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 7, bls. 283.

<sup>99</sup>*Ibid*, bls. 308.

Eins og vikið var að í kafla 5.2 hér að framan fylgdu íslensk stjórnvöld almennt þeirri pólitísku stefnu við innleiðingu tilskipana á sviði fjármálastarfsemi að gera ekki strangari kröfur til starfsemi íslenska fjármálafyrirtækja en gildi annars staðar á Evrópska efnahagssvæðinu, þrátt fyrir að hafa svigrúm til þess. Ástæðan var sú að með því yrðu þau íslensku í slæmri samkeppnisstöðu meðal fjármálafyrirtækja á svæðinu. Vissulega hefðu íslensk stjórnvöld getað gert strangari kröfur til starfsemi íslenskra fjármálafyrirtækja í þeim tilgangi að draga úr samkeppnishæfri stöðu þeirra á evrópskum markaði, og þannig draga sömuleiðis úr líkum á útrás þeirra, en til slíks væri vart hægt að gera kröfur undir samningi sem er einmitt í þeim tilgangi gerður að mynda stærri sameiginlegan markað Evrópuríkja og tryggja ríkisborgurum og fyrirtækjum aðildarríkjanna aðgang að þeim markaði á samkeppnishæfum grundvelli. Sömuleiðis hefðu íslenskir bankar og sparisjóðir staðið höllum fæti hérlendis gagnvart bönkum annarra aðildarríkja sem tækju upp á því að opna hér starfsstöðvar, enda hefðu þeir bankar starfsheimildir samkvæmt lögum sinna heimaríkja. Sú stefna hefði því getað leitt til niðurstöðu sem hefði verið í algerri andstöðu við markmiðin með EES-samningnum. Bil beggja vega, farið að lokinni vandaðri yfirferð og mati á gagnstæðum sjónarmiðum, samkeppnisstöðu bankanna og sérstöðu og smæð íslenska hagkerfisins, hefði verið ákjósanlegast ef fært með einhverjum hætti.

### **5.5 Um bótaskyldu íslenska ríkisins vegna ágalla á eftirliti með fjármálafyrirtækjum**

Rétt er að fara hér nokkrum orðum um það hvort íslenska ríkið geti verið ábyrgt gagnvart innstæðueigendum vegna galla eða vankanta á eftirliti með fjármálafyrirtækjum, í ljósi umfjöllunar hér að framan um heimilar ráðstafanir og stjórnþeki er mögulega hefðu getað komið í veg fyrir eða takmarkað innlánasöfnun íslenskra banka erlendis. Sérstaklega eru hafðir í huga möguleikar þess að ákvæði 4. mgr. 36. gr. laga 161/2002, um bann við stofnun útibús erlendis, hefði mátt beita á einhverjum tímamarki til takmörkunar innlánasöfnunar hefðu eftirlit, álagspróf og kröfur til íslenskra fjármálafyrirtækja verið strangari síðustu árin fyrir fall bankanna. Tekið skal fram að engu er slegið föstu um að vanræksla hafi verið til staðar að þessu leyti er leitt gæti til ábyrgðar.

Um ábyrgð á grundvelli annmarka á eftirliti með fjármálastofnunum var fjallað í dómi (forúrskurði) Evrópudómstólsins í máli Peter Paul o.fl. gegn þýska ríkinu, C-222/02, en vikið var stuttlega að þeim dómi í kafla 3.2.1 hér að framan. Peter Paul var viðskiptavinur þýsks banka er hafði starfsleyfi viðskiptabanka þar í landi en var ekki aðili að innlánatryggingakerfi. Þegar bankinn varð gjaldþrota töpuðu stefnendur innlánnum sínum og kröfðu þýska ríkið um fulla endurgreiðslu innlána vegna brots ríkisins gegn löggjöf Evrópusambandsins, nánar

tiltekið ákvæðum 2.-5. mgr. 3. gr. tilskipunar 94/19/EB, með því að hafa ekki tryggt að lánastofnun væri aðili að slíku kerfi. Ein þeirra spurninga sem lögð var fyrir Evrópudómstólinn var hvort nefnd ákvæði tilskipunarinnar hefðu bein réttaráhrif til handa einstaklingum hefði ríki ekki viðhaft viðeigandi eftirlit eða gert viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að starfandi viðskiptabankar væru aðilar að innlánatryggingakerfi, en 3. gr. var einmitt ætlað að tryggja aðild lánastofnana að slíkum kerfum. Í niðurstöðu Evrópudómstólsins kom fram að 2.-5. mgr. 3. gr. svo og 7. gr. lytu aðeins að „uppsetningu og réttri virkni innlánatryggingakerfis“<sup>100</sup> í hverju ríki. Í ljósi 24. mgr. aðfaraorða tilskipunarinnar væri ekki unnt að túlka 2.-5. mgr. 3. gr. með þeim hætti að ríki yrði ábyrgt gagnvart einstaklingum vegna annmarka á eftirliti af hálfu yfirvalda, væru bætur til innlánaeigenda tryggðar með þeim hætti sem tilskipun 94/19/EB kveður á um.<sup>101</sup>

Í kafla 3.2.1 hér að framan var því haldið fram að íslenska innlánatryggingakerfið hafi fullnægt ákvæðum tilskipunarinnar um tryggingavernd, með reglum um sjóðseign og lántökuheimild stjórnar. Því var ekki talið að íslenska ríkið hefði brotið gegn þeirri skyldu sinni að „tryggja bætur í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar“, með því einu að tryggja ekki nægilegt fyrirbyggjandi fjármagn í Tryggingarsjóði innstæðueigenda og fjárfesta sem dugað gæti til greiðslu nánast allra innstæðna í íslenskum bönkum. Um þetta vísast nánar til fyrri umfjöllunar. Þess skal getið að reglur 2.-5. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar snúa aðeins að eftirliti með því að starfandi lánastofnanir séu aðilar að innlánatryggingakerfi, en vankantar á eftirliti íslenskra stjórnvalda lutu ekki að því. Í dóminum var hins vegar einnig staðfest að ákvæði annarra tilskipana er vörðuðu eftirlit með fjármálastofnunum væri ekki unnt að túlka þannig að einstaklingar gætu byggt rétt sinn á þeim yrðu innstæður ótíltækar vegna annmarka á slíku eftirliti, m.a. vegna þess að tilskipun 94/19/EB tryggði hina samræmdu lágmarksupphæð hvort sem innlán yrðu ótíltæk vegna annmarka á eftirliti eða af öðrum ástæðum.

Á sama hátt og íslenska ríkið var ekki talið ábyrgt gagnvart innstæðueigendum vegna rangrar innleiðingar tilskipunarinnar verður ekki talið að ríkið geti talist ábyrgt gagnvart innstæðueigendum vegna galla í eftirliti með fjármálafyrirtækjum sökum þess að tryggingakerfið tryggði ekki bætur þegar á reyndi, þrátt fyrir að hafa fram að því fullnægt

---

<sup>100</sup>Sjá 29. mgr. dómsorða Evrópudómstólsins í máli C-222/02: *The purpose of Article 3(2) to (5) of Directive 94/19 is to guarantee to depositors that the credit institution in which they make their deposits belongs to a deposit-guarantee scheme, in order to ensure protection of their right to compensation in the event that their deposits are unavailable, in accordance with the rules laid down in that directive and more specifically in Article 7 thereof. Those provisions thus relate only to the introduction and proper functioning of the deposit-guarantee scheme as provided for by Directive 94/19.*

<sup>101</sup>EBD, mál C-222/02, ECR 2004, bls. I-09425.

skilyrðum tilskipunarinnar um tryggingavernd innstæðueigenda. Niðurstaða dómsins verður því ekki túlkuð með þeim hætti að einstaklingar geti byggt rétt á ákvæðum tilskipana EB um eftirlit með fjármálafyrirtækjum, til endurgreiðslu innlána, hafi fjármögnunarreglur og greiðslugeta innlánatryggingakerfis verið viðunandi með tilliti til bankaáfalla sem með sanngirni mátti búast við að gætu átt sér stað. Niðurstaða um slíka ábyrgð myndi þá vekja alvarlegar spurningar að því leyti sem þannig mætti þröngva ríkjum í ábyrgð einfaldlega með lokun lánaþingreiðslna til tryggingakerfa.

Ekki verður nánar fjallað um álitamál þessu tengd hér, en þess skal getið að dómur í máli Peter Paul gefur ekki einhlít svör um bótaskyldu ríkis vegna brota gegn ákvæðum tilskipunar 94/19/EB. Minnt skal á að breska og hollenska ríkið hafa leyst til sín kröfur þarlendra innstæðueigenda og gætu ekki byggt á reglunni um bótaskyldu ríkis við innheimtu þeirra fjármuna frá íslenska ríkinu.

## 6 Aðkoma Evrópusambandsins og stofnana EES

Að ofan hefur verið fjallað um skuldbindingar íslenska tryggingarsjóðsins og mögulega íslenska ríkisins í ljósi tilskipunar 94/19/EB um innlánatryggingakerfi, sem gerð var hluti af samningnum um Evrópska efnahagssvæðið með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 18/94 og var í kjölfarið innleidd í íslenskan rétt. Á grundvelli tilskipunarinnar og grundvallarreglna EES-réttar hefur því verið haldið fram af breskum og hollenskum stjórnvöldum að íslenska ríkinu beri að gangast við skuldbindingum sínum, í þeim felist að íslenska ríkinu beri að ábyrgjast lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu, enda sé íslenska ríkið ábyrgt standi tryggingakerfi landsins, sett á stofn samkvæmt nefndri tilskipun, ekki undir greiðslum lágmarkstrygginga til innstæðueigenda í íslenskum bönkum. Að auki þessu hefur því verið haldið fram að íslenska ríkið hafi gerst brotlegt við grundvallarreglu Evrópuréttar, um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs, við aðra tveggja ráðstafana eða báðar; framsal innlendra eigna og skulda gömlu bankanna til nýrra félaga og yfirlýsinga um fullnaðartryggingu innstæðna í íslenskum bönkum og sparisjóðum og útibúum þeirra héraðs.

Í hnotskurn má segja að einfaldlega sé til þess ætlast af hálfu Evrópuríkja að íslenska ríkið, sem aðili að Evrópska efnahagssvæðinu, virði í málinu skuldbindingar sínar samkvæmt EES-samningnum sem og grundvallarreglur Evrópuréttar um bann við mismunun og bótaábyrgð ríkja. Íslenska ríkið hefur þó ekki aðeins skyldur að bera samkvæmt EES samningnum, heldur veitir samningurinn ríkinu einnig dýrmæt réttindi. Meðal mikilvægra réttinda íslenska ríkisins er aðgangur að stofnunum, á vegum samningsaðila, til hlutlausrar úrlausnar deilumála.

### 6.1 Mögulegir úrlausnaraðilar

Í VII. hluta EES-samningsins eru ákvæði um stofnanir og fjalla ákvæði 3. kafla þess hluta um einsleitni, tilhögun eftirlits og lausn deilumála meðal aðila samningsins. Er þar gert ráð fyrir þremur stofnunum EES er komið geta að lausn deilumála milli aðila EES-samningsins, EFTA-dómstólnum, sameiginlegu EES-nefndinni og EES-ráðinu. Verður nú nánar vikið að stofnunum þessum og möguleika þess að milliríkjadeilu EFTA-ríkisins Íslands annars vegar og ESB-ríkjanna Bretlands og Hollands hins vegar megi leysa hjá þeim.

### 6.1.1 EFTA-dómstóllinn

Til EFTA-dómstólsins var stofnað á grundvelli 2. mgr. 108. gr. EES samningsins, en þar segir að EFTA-ríkin skuli koma á fót dómstóli. Samkvæmt c. lið greinarinnar heyrir lausn deilumála milli tveggja eða fleiri EFTA-ríkja undir valdsvið dómstólsins. Þannig er ekki gert ráð fyrir því að deilumál milli annars vegar EFTA-ríkis og hins vegar ESB-ríkis geti átt undir þennan dómstól, þ.e. valdsvið hans nær ekki til úrlausnar deilumála sem ESB ríki, eitt eða fleiri, eiga aðild að. Samkvæmt þessu stóð EFTA-dómstóllinn íslenska ríkinu ekki til boða sem úrskurðaraðili í málinu, þrátt fyrir að vera í reynd eini dómstóllinn sem settur er á fót á grundvelli EES-samningsins, þess hluta Evrópusamstarfsins er allir þessir aðilar, Ísland, Holland og Bretland, eiga í reynd aðild að. Skal þó nefnt að EFTA-dómstóllinn getur haft vald til að leysa úr deilumáli samþykki allir aðilar deilunnar að leggja hana fyrir dómstólinn.<sup>102</sup> Slíkt getur þó vart talist ásættanlegur aðgangur að réttlæti fyrir aðila að deilumáli sem þessu.

### 6.1.2 Sameiginlega EES-nefndin

Sameiginlegu EES-nefndinni er komið á fót með 92. gr. EES-samningsins. Er henni skv. 1. mgr. 92. gr. ætlað að tryggja virka framkvæmd samningsins og skal innan hennar skipst á skoðunum og upplýsingum auk þess sem ákvarðanir skulu þar teknar í málum þeim er kveðið er á um í EES-samningnum. Samkvæmt 2. mgr. skulu samningsaðilar hafa samráð í sameiginlegu EES-nefndinni um öll þau mál á grundvelli samningsins sem valda erfiðleikum og einhver þeirra hefur tekið upp. Skulu ákvarðanir hennar teknar með samkomulagi milli bandalagsins annars vegar og EFTA-ríkjanna, sem mæla einum rómi, hins vegar, en nefndina skipa fulltrúar samningsaðila skv. 93. gr. Í 1. mgr. 111. gr. er svo gert ráð fyrir því að bandalagið eða EFTA-ríki geti lagt deilumál er varðar túlkun eða beitingu samningsins fyrir nefndina. Er nefndinni þá heimilt að leysa deilumálið skv. 2. mgr., og skulu henni gefnar allar upplýsingar sem hún kann að þarfnast til að framkvæma nákvæma rannsókn málsins með það fyrir augum að finna lausn sem aðilar geta sætt sig við.

Í 3. mgr. 111. gr. kemur fram athyglisvert ákvæði, en þar segir að varði deilumál túlkun ákvæða samningsins, sem eru efnislega samhljóða samsvarandi [...] gerðum sem samþykktar hafa verið vegna beitingar stofnsáttmála Efnahagsbandalags Evrópu og stofnsáttmála Kola- og stálbandalagsins og hafi deilumálið ekki verið leyst innan þriggja mánaða frá því það var lagt fyrir sameiginlegu EES-nefndina, geti samningsaðilar sem eiga aðild að deilumálinu samþykkt að fara fram á það við dómstól Evrópubandalaganna að hann

<sup>102</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

kveði upp úrskurð um túlkun á viðkomandi reglum. Kemur þannig Evrópudómstóllinn (ECJ) með þessum hætti inn sem mögulegur úrskurðaraðili í deilunni, en aðeins að liðnum 3 mánuðum hjá sameiginlegu EES-nefndinni. Áréttað skal að ekki er þarna um að ræða heimild til áfrýjunar ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar til dómstólsins, aðeins er um að það að ræða að aðilar deilumáls geti *sammælst* um að fara fram á það við dómstólinn að hann kveði upp úrskurð hafi málið ekki verið leyst fyrir sameiginlegu EES-nefndinni innan þessara tímamarka.

Ekki verður fjallað hér sérstaklega um úrlausn deilumála fyrir EES-ráðinu, enda er skv. 2. mgr. 89. EES-samningsins að meginstefnu gert ráð fyrir því að mál „er valda erfiðleikum“ verði tekin þar upp eftir að þau hafa verið rædd í sameiginlegu EES-nefndinni. Þá er þar að sama skapi um pólitíska úrlausn að ræða.

### 6.1.3 Aðrir úrlausnaraðilar

Þess þarf vart að geta að almennt, þ.e. án undanfarandi meðferðar hjá sameiginlegu EES-nefndinni sem greint var frá hér að framan, hefur Evrópudómstóllinn ekki lögsögu í málinu án samþykkis allra aðila þess, enda er Ísland ekki aðili að Evrópusambandinu. Því væri það aðeins með samþykki Bretlands og Hollands sem Ísland gæti orðið aðili að máli fyrir dómstólnum og deilan lögð þar fram til úrlausnar. Aðrar yfirþjóðlegar stofnanir Evrópusambandsins koma ekki til greina. Þá væri hugsanlegt að skipa sérstakan gerðardóm til úrlausnar málsins, en slíkt þyrfti að grundvallast á samkomulagi milli aðila. Sama á við um alþjóðlega dómstóla, s.s. Alþjóðadómstólinn í Haag.<sup>103</sup>

## 6.2 Farvegur deilunnar

Af ofantöldu stendur aðeins sameiginlega EES-nefndin eftir, sem eina stofnunin á grundvelli EES-samningsins sem EFTA-ríkið Ísland gæti lagt slíkt deilumál fyrir án sérstaks samþykkis gagnaðilanna, en nefndin er jafnframt ein æðsta pólitíska stofnun EES. Hlýtur að teljast óásættanlegt fyrir íslenska ríkið að eini vettvangur innan EES til úrlausnar deilu er varðar svo mikilfenglega hagsmuni landsins sé pólitísk stofnun en ekki eiginlegt dómsvald, sem vinnur með það fyrir augum að „finna lausn sem aðilar geta sætt sig við“. Er þarna um að ræða einhvers konar sáttameðferð eða málamiðlun í stað hlutlauss úrskurðar stofnunar sem fer með dómsvald innan Evrópska efnahagssvæðisins. Þess má svo sérstaklega geta að tillögum

---

<sup>103</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

Íslenska ríkisins um að leggja málið fyrir dómstóla var umsvifalaust hafnað af Bretum og Hollendingum, og höfðu þeir stuðning allra Evrópusambandsríkjanna sem og Noregs í þeim efnum. Þar af leiðandi má draga í efa að pólitísk nefnd skipuð fulltrúum samningsaðila geti talist hlutlaus úrlausnaraðili, hjá hverjum Ísland gæti búist við sanngjarnri málsmeðferð. Þá mun Evrópusambandið hafa krafist þess að Icesave deilan yrði leyst með tvíhliða samningaviðræðum milli ríkjanna.<sup>104</sup>

Í ljósi þessa fór málið í farveg tvíhliða samningaviðræðna, íslenska ríkið hóf sjálfstæðar samningaviðræður við breska og hollenska ríkið um fyrirkomulag ábyrgðar á lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta hjá nefndum ríkjum. Var aðkoma Evrópusambandsins eða samningsaðila EES-samningsins því ekki önnur en sú að Bretar og Hollendingar nutu stuðnings flestra aðildarríkja í því að hafna dómstólaleið, auk þess sem Evrópusambandið stóð að samkomulagsgerð um hin umsömdu viðmið (Brussel-viðmiðin) við Íslendinga, fyrir hönd Bretlands og Hollands. Þá var á fundi í ráðherraráði ESB skipuðu fjármálaráðherrum og ráðherrum efnahagsmála (ECOFIN) þann 4. nóvember 2008 gerð tilraun til að ná samkomulagi um að málið yrði lagt í gerðardóm. Ákveðið var að gerðardómur, skipaður fulltrúum tilnefndum af ráðherraráði ESB, framkvæmdastjórn ESB, Eftirlitsstofnun EFTA, EFTA (þ.e. Íslandi) og oddamanni skipuðum af Seðlabanka Evrópu, skyldi taka málið til úrlausnar. Ísland dró sig hins vegar út úr málsmeðferðinni þegar í ljós kom að umboð dómstólsins til að skilgreina skuldbindingar landsins var mjög víðtækt, skammur tími var ætlaður til úrlausnar og niðurstaða skyldi vera bindandi. Má þess geta að engu að síður komu aðrir fulltrúar saman og lá niðurstaða þeirra fyrir eftir rúman sólarhring, um að íslenska ríkinu bæri að ábyrgjast greiðslu lágmarkstrygginga dygðu eignir Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta ekki til.<sup>105</sup>

Komu þannig engar stofnanir þess réttarkerfis sem Ísland á aðild að, þ.e. EES, að lausn deilumálsins. Þá var ekki til staðar vettvangur er heyrði til dómsvalds á grundvelli EES-samningsins sem Ísland gat lagt deilumálið fyrir án samþykkis gagnaðilanna.

Við skipan EES-samstarfsins á sínum tíma var ákveðið að setja ekki á fót stofnun er farið gæti með dómsvald í deilumálum milli EFTA-ríkis í EES annars vegar og ESB-ríkis hins vegar. Í samningaviðræðum um EES snemma árs 1991 hafði þó verið samþykkt að mynda

---

<sup>104</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

<sup>105</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]



slíkan dómstól, sjálfstæðan EES-dómstól skipaðan 5 dómurum dómstóls Evrópubandalagsins og 3 dómurum á vegum EFTA ríkjanna, er gæti m.a. kveðið upp dóma og úrskurði í deilum um túlkun EES-reglna að beiðni einstakra samningsaðila. Þá stóð ennfremur til að tryggja einsleitni með því að opna fyrir möguleika á að EFTA-ríkin gætu höfðað mál fyrir dómstóli Evrópubandalagsins. Samningsdrög fóru svo fyrir EB-dómstólinn, er birti álit sitt þann 14. desember 1991, en í því fólst m.a. að ofangreint fyrirkomulag á dómssvaldi gæti ekki samrýmst Rómarsáttmálanum. Því var ákveðið að leita annarra leiða um lausn deilumála yfir landamæri, ákveðið var að koma á fót sérstökum EFTA-dómstóli en sameiginlegt dómssvald EB/EES kom hins vegar ekki til greina. Ákvæði um lausn deilumála fyrir sameiginlegu EES-nefndinni voru dregin upp og þann 10. apríl 1992 gaf dómstóll Evrópubandalagsins það álit að þau ákvæði væru í samræmi við grundvallarreglur EB, *svo lengi sem sú meginregla yrði staðfest á bindandi hátt milli samningsaðila að ákvarðanir sameiginlegu nefndarinnar hefðu engin áhrif á dómaframkvæmd dómstólsins*.<sup>106</sup> Meðal röksemda EB-dómstólsins fyrir álitinu sínu varðandi hinn sameiginlega dómstól var að EES-samningurinn væri milliríkjasamningur sem heimilaði ekki yfirfærslu fullveldis til yfirþjóðlegra stofnana á sama hátt og tíðkaðist innan EB. Þannig væri óvíst, sökum ólíkra markmiða milliríkjasamninga um EB og EES, að niðurstaða dóma yrði sú sama óháð samningsaðild ríkja.<sup>107</sup>

Þrátt fyrir að EFTA-dómstóllinn og dómstólar Evrópusambandsins séu nátengdir hefur því hvorugur lögsögu í máli sem upp kemur á mörkum réttarkerfanna tveggja, nema samþykki allra aðila liggi fyrir. Þar af leiðandi stendur Ísland uppi með skyldur sínar samkvæmt EES-samningnum, en hefur engin réttarúrræði sem ætluð eru til sanngjarnrar málsmeðferðar fyrir eiginlegu og hlutlausu dómssvaldi sem skorið gæti úr um túlkun þeirrar löggjafar er skuldbindingar landsins eru byggðar á. Var ríkinu þess vegna nauðugur sá kostur að hefja tvíhliða samningaviðræður í uppkominni milliríkjadeilu án aðkomu stofnana réttarkerfis þess er deiluefnið er sprottið af. Rétt er að minnast þess hér sem nefnt var í kafla 1.1., að á sínum tíma þótti það kostur að standa utan hinna yfirþjóðlegra stofnana ESB, enda sjálfsákvörðunarréttur ríkja talinn meiri innan EES.

---

<sup>106</sup>Björn Friðfinnsson: „Samningaviðræðurnar um Evrópska efnahagssvæðið“. Í ritinu *Lindæla: Sigurður Lindal sjötugur 2. júlí 2001*. 64-67.

<sup>107</sup>Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 50.

### 6.3 Fellur deilan innan Evrópuréttar?

Fram hafa komið vangaveltur um stöðu deilu sem þessarar innan ESB/EES-réttar og þess tvíþætta réttarkerfis sem myndar umgjörð hans. Meðal annars hafa komið fram sjónarmið þess efnis að hafi stofnanir EES og ESB ekki vald (e. competence) til að skera úr um deilumálið, þá geti ástæðan verið sú að raunverulegt efni deilunnar falli utan Evrópuréttar. Nái valdsvið þar til gerðra stofnana þannig ekki til þessarar sérstöku deilu falli hún einfaldlega undir valdsvið aðildarríkjanna sjálfra, þ.e. Íslands, Bretlands og Hollands. Sé úrlausn deilunnar á valdi aðildarríkjanna sjálfra veldur svo lögmætisreglan því að grundvallarreglur Evrópuréttar um bann við mismunun og bótaskyldu ríkja (e. state liability) eiga ekki við.<sup>108</sup> Um það hvernig grundvallarreglur þessar hafa verið taldar koma að málinu, þannig að íslenska ríkið beri mögulega ábyrgð á grundvelli þeirra, var fjallað í köflum 2 og 3 að framan.

Má í stuttu máli lýsa þessum sjónarmiðum þannig að bótaskylda íslenska ríkisins og mögulegt brot gegn grundvallarreglunni um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs snerti það vafasöm svæði Evrópuréttar í þessu sérstaka máli, að nauðsynlegt sé að Evrópudómstóllinn úrskurði um þau, eigi að halda nefndum grundvallarreglum Evrópuréttarins að íslenska ríkinu í málinu. Þannig sé löggjöfin, þ.e. tilskipun 94/19/EB, verulega óskýr um hlutverk ríkisins standi uppsett tryggingakerfi ekki undir skuldbindingum sínum, auk þess sem vafasamt er að tilskipuninni hafi verið ætlað að gilda þegar um efnahagslegt kerfishrun ríkis væri að ræða. Þá séu aðgerðir stjórnvalda sem taldar eru hafa falið í sér mismunun, þ.e. framsal tiltekinna eigna og skulda gömlu bankanna til nýrra féлага, innlendar björgunaraðgerðir (e. national rescue measures) sem varða ekki stofnanir Evrópuréttarins. Í ljósi sérstakra aðstæðna komust m.a. fjármálaráðherrar Evrópusambandsríkja að þeirri niðurstöðu þann 7. október 2008 að „opinber afskipti yrði að ákveða að landsrétti innan samræms ramma“. Eigi reglan um bann við mismunun að gilda verður vald í viðkomandi málaflokki að hafa verið framselt til stofnana EES og ESB<sup>109</sup>, en lögmætisreglan veldur því að valdsvið þeirra nær aðeins til þeirra málaflokka er aðildarríkin hafa framselt þeim með milliríkjasamningum. Þar sem það á ekki við um björgunaraðgerðir ríkja undir aðkallandi efnahagslegum kringumstæðum má halda því fram að aðgerðir

<sup>108</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

<sup>109</sup>Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 191.

stjórnvalda til þjóðnýtingar í brýnni neyð vegna efnahagslegs kerfishruns falli utan gildissviðs Evrópuréttar.<sup>110</sup>

Þjóði Evrópuréttur og réttarkerfi það sem myndar umgjörð hans þar að auki ekki upp á viðunandi meðferð mála sem þessara fyrir dómstólum, mála er varða ný vandamál á sviði Evrópuréttar, sem ekki er tekið á í löggjöf og snerta gríðarlega hagsmuni aðildarríkis, verður enn frekar að ætla að kjarni deilunnar, þ.e. neyðarráðstafanir íslenska ríkisins til bjargar efnahag landsins, falli utan Evrópuréttar og gangi þar af leiðandi framur reglunum um bótaskyldu ríkis og bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs. Einnig hefur verið bent á að leið sú sem farin hefur verið við meðferð málsins brjóti gegn grundvallar málsmeðferðarreglum Evrópuréttarins. Málsmeðferð innan stjórnslu og dómskerfis Evrópuréttar sé flókin og reglufest og þjóði tilhlýðilegt réttaröryggi fyrir málsaðila, en í máli Íslands sé hins vegar ekki í boði nein slík meðferð. Þar af leiðandi njóti aðildarríki ekki jafnræðis, enda aðgangur að réttlæti verulegum vandkvæðum bundinn varði deilan aðildarríki EES annars vegar og ESB og EES hins vegar. Þá eru kröfur um endurgreiðslu sem gerðar eru til Íslands mun hærri en sekt fyrir brot gegn réttarreglum Evrópuréttar yrði samkvæmt dómvenju Evrópudómstólsins, en við útreikning bóta lítur dómstóllinn til stærðar, mannfjölda og landsframleiðslu hins brotlega ríkis.<sup>111</sup> Í ljósi þessa er erfitt að taka undir það að „óhagstæð niðurstaða úr slíku [dóms]máli um skuldbindingu Íslands hefði alvarlegar afleiðingar fyrir ríkissjóð“<sup>112</sup>, en þessi rök hafa m.a. verið færð fyrir valinu á samningaleið í málinu.

Eru þetta athyglisverð sjónarmið, og tekið verður undir það hér að spurningamerki megi setja við það að bresk og hollensk stjórnvöld krefjast þess að íslenska ríkið sé skuldbundið af grundvallarreglum Evrópuréttar á sama tíma og ríkin tvö, með stuðningi Evrópusambandsríkjanna allra, meina Íslandi um aðgang að alþjóðlegum stofnunum til lausnar deilunni og geri þannig tvíhliða samningaviðræður ríkjanna að eina grundvelli úrlausnar sem íslenska ríkinu stendur til boða. Í þessu sambandi er hér álitid að pólitísk niðurstaða sameiginlegu EES-nefndarinnar teldist lítið annað en málamiðlun deilunnar sem ekki verður borin saman við úrlausn fyrir eiginlegu dómsvaldi. Hvað sem þessu líður stendur

---

<sup>110</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

<sup>111</sup>*Ibid.*

<sup>112</sup>Frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., þskj. 204, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/137/s/0204.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

eftir að regluverk EES gerir ekki ráð fyrir yfirþjóðlegu dómsvaldi sem hefur lögsögu í milliríkjadeilu milli EFTA-ríkis og ESB ríkis, þó bæði séu aðilar að EES. Hlýtur það að grafa verulega undan tilvist EES-samningsins í núverandi mynd, í ljósi þeirra afleiðinga sem vöntun á slíku dómsvaldi getur haft fyrir aðildarríki.

#### 6.4 EES-samningurinn sem hluti vandamálsins

Eins og fram hefur komið gerðist Ísland aðili að Evrópska efnahagssvæðinu á fyrri hluta 10. áratugarins og urðu í kjölfarið miklar breytingar á lagaumhverfi íslenskra fjármálafyrirtækja. Þrátt fyrir tilskipanir um samræmingu reglna á sviði fjármála er stöfuðu frá lagasetningarstofnunum Evrópusambandsins og felldar voru inn í EES-samninginn ein af annarri, gátu íslensk stjórnvöld sett strangari kröfur til starfsemi fjármálafyrirtækja hér á landi. Þannig fela gildandi tilskipanir á þessu sviði almennt aðeins í sér lágmarksreglur er gilda skulu fyrir starfsemi slíkra fyrirtækja. Íslensk stjórnvöld töldu hins vegar nauðsynlegt að greiða leið íslenskra fjármálafyrirtækja til samkeppnishæfrar stöðu á evrópskum markaði. Var því yfirlýst stefna að setja ekki strangari reglur hér en tilskipanir gáfu fyrirmæli um, af samkeppnisástæðum, en ekki tekin sérstök afstaða til mögulegrar áhættu vegna smæðar landsins og sérstöðu þess í efnahagslegu tilliti. Að þessu hefur þegar verið vikið í kafla 5.2 og 5.4 hér að framan.

Samkvæmt ofangreindu væri það einföldun að halda því fram að aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu hefði komið þjóðinni í þau vandræði sem hún stendur nú frammi fyrir. Íslensk stjórnvöld höfðu það í hendi sér að stýra vexti bankanna, fjárfestingastefnu þeirra og áhættutöku að því marki sem mögulegt var, þrátt fyrir aðildina, með strangara regluverki en gildi í öðrum aðildarríkjum. Vissulega hefðu íslensku bankarnir verið síður samkeppnishæfir á evrópskum markaði, í það minnsta á einhverjum sviðum, en hlutverk stjórnvalda er ekki einungis að greiða leið einkafyrirtækja í vexti heldur einnig að stýra efnahagskerfi landsins með ábyrgum hætti og gæta þar hagsmuna þjóðarinnar allrar. Þeirri spurningu hvort íslenskir bankar hafi átt erindi á svo stóra markaði erlendis verður ekki svarað hér, en íslenskum stjórnvöldum var það uppálagt að vernda efnahag þjóðarinnar við stefnumörkun sína hvað það varðaði, að teknu tilliti til stærðar þjóðar, efnahags og landsframleiðslu þeirrar er stóð að baki bönkunum.

Hins vegar er ljóst að sá annmarki EES-samningsins að gera ekki ráð fyrir meðferð mála sem þessara fyrir dómstólum hefur reynst dýrkeyptur fyrir íslenska ríkið. Óskiljanlegt er að ekki sé til staðar viðunandi vettvangur innan dómskerfis þess sem sett hefur verið upp á vegum Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins, sem mál er koma upp á mörkum

réttarkerfanna tveggja heyra undir, miðað við umfang þess samstarfs sem um er að ræða. Í nefndarálit meirihluta utanríkismálanefndar frá 5. desember 2008 um þingsályktunartillögu vegna Icesave samninganna var því haldið á lofti að ágreiningur um Icesave málið gæti valdið því að Evrópusambandsríkin gripu til aðgerða gagnvart Íslandi sem myndi aftur setja EES-samninginn að hluta eða heild í hættu.<sup>113</sup> Tekið var undir þessi sjónarmið í nefndarálit meirihluta fjárlaganefndar litlu síðar, en þar kom fram að tækist ekki að finna lausn á deilunni gæti það sett aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu í uppnám.<sup>114</sup> Verður þessu í sjálfu sér ekki mótmælt hér, en höfundur er þó þeirrar skoðunar að skortur á þeim möguleika að eiginlegt dómssvald geti tekið málið til viðeigandi meðferðar, sem og málsmeðferðin öll við lausn deilunnar, nægi til þess að setja tilvist samningsins í núverandi mynd í uppnám. Í það minnsta felst veruleg kaldhæðni í því að sættist aðildarríki ekki á gallaða meðferð deilumáls er varðar gríðarlega hagsmuni þess til lengri tíma lítið, muni það setja í uppnám milliríkjasamstarfið sem gallinn er af sprottinn, án þess að nokkur sjónarmið komi fram um eftirfarandi breytingar á samstarfinu til hins betra hvað aðgang að alþjóðastofnunum varðar. Sá aðgangur er afar mikilvægur ríkjum þeim sem aðild eiga að slíku samstarfi, ekki síst smáríkjum, og hlýtur að varða við grundvöll samstarfsins hvað varðar jafnvægi milli réttinda og skyldna aðildarríkja.

Væri Ísland aðili að Evrópusambandinu ætti ríkið þess kost að leggja fyrir Evrópudómstólinn túlkun reglunnar um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs í málinu sem og reglunnar um bótaskyldu ríkis, á grundvelli tilskipunar 94/19/EB. Evrópudómstóllinn hefði með öðrum orðum lögsögu í málinu, Ísland ætti aðild að honum og dómstólameðferð stæði þannig til boða til úrlausnar málsins.<sup>115</sup> Stæði Ísland alfarið utan Evrópusamstarfsins væri deila þessi vissulega ekki uppi, enda hefðu þá bankarnir að öllum líkindum ekki komist með þessum hætti inná Evrópumarkað né væru hér gildandi lög á grundvelli tilskipunar 94/19/EB. Því má þó ekki gleyma að aðild Íslands að EES hefur legið til grundvallar mikillar

---

<sup>113</sup>Nefndarálit um till. til þál. um samninga varðandi ábyrgð ríkissjóðs á innstæðutryggingum vegna innstæðna í útibúum íslenskra viðskiptabanka á Evrópska efnahagssvæðinu. Frá meiri hluta utanríkismálanefndar, þskj. 263, 177. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/136/s/0263.html> [Sótt á vefinn 15.1.2010]

<sup>114</sup>Nefndarálit um frv. til l. um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf. Frá meiri hluta fjárlaganefndar, þskj. 335, 136. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/137/s/0335.html> [Sótt á vefinn 10.10.2009]

<sup>115</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

framþróunar hér á landi síðustu tvo áratugi, og verður því ekki haldið fram hér að Ísland væri í betri stöðu án aðildar að Evrópusamstarfinu, enda er engin leið að segja til um slíkt.

Að framan var því hafnað að aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu hafi komið þjóðinni í þau vandræði sem hún stendur nú frammi fyrir. Á hinn bóginn verður því haldið fram að aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu, staða landsins mitt á milli hinna kostanna tveggja, valdi því að íslenska ríkinu standi ekki til boða réttlát úrræði til að fá úr því skorið í hverju vandræði þjóðarinnar nákvæmlega felast, þ.e. íslenska ríkinu gefst ekki kostur á réttlátri málsmeðferð fyrir eiginlegu dómssvaldi þar sem réttarstaða þess væri skýrð. Þess í stað er Íslandi gert að hlýta valinni túlkun tilskipunar 94/19/EB og grundvallarreglna Evrópuréttar, án möguleikans á því að reynt verði á þá túlkun fyrir dómstólum.

Vöntun á úrskurðarvaldi dómstóla er þó ekki eini annmarki EES/ESB réttar sem málið vekur athygli á. Vikið verður að því í kafla 7 hér á eftir, að því leyti sem tilefni er til.

## 7 Vangaveltur um ábyrgð ríkja á innlánatryggingakerfum

### 7.1 Tilvist innstæðutrygginga

Segja má að viðtaka innlána sé grundvöllur viðskiptabankastarfsemi í sinni einföldustu mynd. Söfnun innlána skapar möguleika á útlánastarfsemi, og vaxtamunur innláns- og útlánsvaxta tekur yfir rekstur bankans, afföll eða rýrnun og skilar tekjum. Af þessari mjög svo einfölduðu skýringu á starfsemi banka má sjá að innlán eru bönkum mjög mikilvæg. Bankar eru þannig háðir því að ákveðinn stöðugleiki sé í innlánnum, ekki síst þar sem til staðar er áhætta tilkomin vegna misræmis í binditíma innlána annars vegar, sem almennt eru til ótiltekens tíma, og útlána hins vegar, sem almennt eru útistandandi um ákveðinn og jafnvel til lengri tíma. Því er það mikilvægt afkomu banka að eigendur innlána telji þær í öruggri varðveislu, en dæmin hafa sýnt að í því efni dugar ekki að bankinn standi stakur að þeirri varðveislu; orðrómur einn getur valdið áhlaupi á banka eigi hann sér ekkert bakland í formi innlánatryggingakerfis. Við slíkar aðstæður getur skapast alvarlegur lausafjárvandi hjá banka þeim er verður fyrir áhlaupi, sem jafnvel getur orðið honum að falli. Þannig er innlánatryggingakerfum ætlað að auka traust almennings á innlánastofnanir og þar af leiðandi auka stöðugleika bankakerfa. Á hinn bóginn er innlánatryggingakerfum ekki ætlað að draga úr ábyrgri hegðun eigenda innlána, á þann hátt að þeir gæti ekki hagsmuna sinna og veiti viðskiptabönkum sínum aðhald. Er því talið að fyrirfram gefin ríkisábyrgð sé óheppileg, hún veiti of mikið öryggi og skapi þar af leiðandi svonefndan freistnivanda (e. moral hazard) að þessu leyti.<sup>116</sup>

### 7.2 Um réttmæti ríkisábyrgða á innlánnum gagnvart skattgreiðendum

Að teknu tilliti til mikilvægis innlánatryggingakerfa fyrir stöðugleika bankakerfa sem og afkomu einstakra banka, sem vissulega má ekki gleyma, né því að ríkisábyrgð er ekki hin almenna regla, er full ástæða til þess að fara nokkrum orðum um réttmæti þess gagnvart skattgreiðendum að ríkisábyrgð sé veitt á innlán. Verður hér ekki gerður sérstakur greinarmunur á því að slíkt sé gert í undantekningartilfellum eða öllum tilfellum, enda ætlunin að fjalla með almennum hætti um ríkisábyrgðir á innlánnum.

Að því gefnu að viðskiptabankar séu reknir sem fyrirtæki í einkaeigu hnýtur höfundur fyrst um þá tilhögun mála að þjóð sem deilir landi með einkareknum fyrirtækjum geti orðið ábyrg fyrir skuldbindingum þeirra við gjaldþrot, án þess að hafa átt nokkurt tilkall til hlutdeildar í hagnaði sömu fyrirtækja þegar sú var raunin í afkomu þeirra. Vissulega má halda

<sup>116</sup> *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Bindi 5, bls. 197-198.

Því fram að þjóð njóti góðs af þeim skatttekjum sem ríkið hefur af umsvifamiklum fjármálafyrirtækjum, en því má ekki gleyma að þjóðin nýtur einnig góðs af skatttekjum annarra fyrirtækja án þess þó að standa í sérstakri ábyrgð fyrir skuldbindingum þeirra. Þá hefur ríkið aðeins takmarkað svigrúm til afskipta af ráðstöfunum umræddra fyrirtækja, eigi á annað borð að veita þeim samkeppnishæfa stöðu á evrópskum markaði, og getur reynst erfitt að standa í vegi fyrir óhóflegri skuldsetningu þeirra.

Ofangreindu til viðbótar má velja upp hag þjóðarinnar allrar af því að til staðar sé öruggt innlánaþryggingakerfi, annars vegar eigi flestir innlán í einhverjum mæli og hins vegar séu innlán grundvöllur útlánastarfsemi banka. Þessi atriði mæla með ríkisábyrgð á innlánnum sem hinu allra öruggasta kerfi, væri það heimilt. Engu að síður ber að líta til þess að eignir einstaklinga í formi innlána eru afar mismunandi og kann að vera að einhverjir hefðu alls engan hag af því að innlán væru ríkistryggð. Þá felast eignir manna og fjárhagur í fjölmörgu öðru en peningalegri eign í bönkum, og verða þeir hinir sömu að meginstefnu til að standa sjálfir straum af tryggingu þeirra eigna í þeirri einskæru von að tryggingavernd verði raunverulega til staðar þegar á reynir. Eðli innlána, peninga, er vissulega allt annað en t.a.m. fasteigna, bíla, skepna og hlutabréfa, annars vegar að því leyti til að nefndar eignir þjóna ekki hagsmunum annarra í formi útlána og hins vegar því að innlán taka ekki verðbreytingum eftir markaðsaðstæðum. Þrátt fyrir það má velja því upp hvort eðlilegt sé að eigendur peninga geti verið fullkomlega tryggðir með verðmæti sínu meðan eigendur annars konar verðmæta verða ávallt að sættast á víska áhættu á því að eignir þeirra verði fyrir tjóni sem ekki fæst bætt.

Verður hér, að ofangreindu virtu, talið óeðlilegt að ríkisábyrgð sé höfð á innlánnum nema nauðsynlegt sé að veita hana skyndilega í ljósi þjóðfélagsþarfa, að sama skapi og nauðsynlegt gæti verið í ljósi þjóðfélagsþarfa að ríkið kæmi að málum færi tryggingafélag í þrot við umfangsmikið tjón sem á því lenti, væru tjónþolar margir og samfélagsleg áhrif mikil. Að öðru leyti þurfi ekki að gera innlánnum hærra undir höfði en öðrum eignum manna með fyrirfram gefinni ríkisábyrgð á peningalegum verðmætum. Nauðsynlegt er þó fyrir stöðugleika bankakerfisins að til staðar sé lögformlegt innlánaþryggingakerfi sem getur undir eðlilegum kringumstæðum staðið undir greiðslum vegna tapaðra innstæðna.



### 7.3 Vandamál tengd öryggi innlánatrygginga á Evrópska efnahagssvæðinu

Eins og fram hefur komið valda reglur Evrópuréttar um ríkisaðstoð og samkeppnisreglur því að gefin ríkisábyrgð á innlánum er óheimil, og er það tekið fram í tilskipun 94/19/EB. Einnig hefur komið fram að undir verulega aðkallandi kringumstæðum á fjármálamarkaði haustið 2008 var ríkjum talið heimilt að veita fjármálastofnunum aðstoð, meðal annars í formi ríkistryggingar innlána, en þar var um að ræða undanþágu frá hinu almenna banni við slíkri aðstoð. Þá hefur því verið fleygt að þær ráðstafanir sem ríki gera til nauðvarnar efnahag sínum og tilvist falli utan Evrópuréttar, enda hafi vald í þeim málaflokki ekki verið framselt til yfirþjóðlegra stofnana ESB/EES.

Sú staðreynd ein að ríki geti í vissum tilfellum veitt innlánum ábyrgð, hvort heldur sem er á grundvelli undanþágu frá hinu almenna banni eða til nauðvarnar efnahag sínum, getur hins vegar varla valdið því að ríki verði þvingað af öðrum ríkjum til þess að gangast við ábyrgð á innlánum. Óháð hinni flóknu stöðu Íslands, er hér átt við að heimildum til ríkisábyrgðar undir ákveðnum kringumstæðum verður ekki breytt í *de facto* ríkisábyrgð á innlánum þegar til þess kemur að innlánatryggingakerfi ríkis stendur ekki undir þeim kröfum sem á það falla og áhrifa þess gætir í öðru ríki á svæðinu, að því gefnu að innlánatryggingakerfið hafi verið sett upp með fullnægjandi hætti. Verður hér talið að slíku megi öldungis jafna við fyrirfram ákveðna ríkisábyrgð á innlánum, enda niðurstaðan að öllu leyti sú sama. Því hlýtur það að vera viðkomandi ríkis eins að ákvarða um hvort ríkisábyrgð verði veitt, séu skilyrði til þess fyrir hendi.

Að þessu leyti skapast togstreita milli þess annars vegar að skapað verði regluverk á svæðinu er skipar öruggu innlánatryggingakerfi og hins vegar þess að yfirlýstri stefnu um ríkisaðstoð og samkeppni verði haldið til haga. Ljóst er að hvoru tveggja verður ekki að fullu haldið til streitu þegar á innlánatryggingakerfin reynir í reynd. Verður því talið að regluverk um innlánatryggingakerfi á Evrópska efnahagssvæðinu geti að óbreyttu aðeins annað af tvennu; veitt innlánaeigendum falskt öryggi um takmarkalaus tryggingavernd sína eða gengið þvert á reglur um ríkisaðstoð og samkeppnisreglur sem annars teljast í fullu gildi. Yfirlýstrar ákvörðunar Evrópusambandsins og þar með skýringar á réttarstöðu einstaklinga, ríkja og fjármálafyrirtækja í þessu efni, um hvor hellan vegi þyngra, kann að verða lengi að bíða.

#### 7.4 Möguleikar og staða smárikja

Bent hefur verið á að séu reglur tilskipunar 94/19/EB túlkaðar þannig að greiða beri lögbundna lágmarkstryggingu innlána að fullu hvernig sem á stendur geti það skapað smárikjum gríðarlegar fjárhagslegar skuldbindingar sem sett gætu fullveldisrétt þeirra í hættu, en lítil ríki séu mun viðkvæmari fyrir því en stór að bankastofnanir haldi á erlendan markað og skuldsetji sig fyrir háu hlutfalli tekna viðkomandi ríkis. Hefur verið talið að slíkur ójöfnuður milli möguleika smárra ríkja og stærri ríkja til að takast á hendur áhættu vegna útrásar bankastofnana geti hvorki verið tilgangur tilskipunarinnar né leitt af henni.<sup>117</sup>

Auk þessa hefur verið nefnd sú ólíka samkeppnisstaða bankastofnana sem leiðir af slíku fyrirkomulagi, en án nokkurs vafa eru bankastofnanir þær er hafa sterkt bakland í formi stærðar ríkis og fjölda sterkra aðila að innlánatryggingakerfi samkeppnishæfari á alþjóðlegum mörkuðum en bankar lítilla ríkja með aðild að smáu innlánatryggingakerfi. Þannig myndu innlánaeigendur t.a.m. mun frekar hneigjast til banka er staðfestu hefðu í Þýskalandi en banka frá Íslandi eða Lúxemborg. Snýr þetta einmitt að ástæðu þess að ríkisábyrgð á innlánnum er óheimil á Evrópska efnahagssvæðinu, enda stenst slíkt hvorki reglur um ríkisaðstoð né samkeppnisreglur Evrópuréttar.<sup>118</sup> Sú túlkun tilskipunarinnar að ríki beri á endanum ábyrgð standi innlánatryggingakerfi þeirra ekki undir skuldbindingum sínum hlýtur að fara á sama hátt gegn nefndum reglum og valda ójafnri stöðu meðal bankastofnana eftir því hvers ríkis þær eru.

Verður hér gengið lengra í þessu efni, og því haldið fram að eina leiðin til að bankar smárikja geti staðist samkeppni við banka stærri ríkja, óháð því hvort innán eru ríkistryggð eða aðeins tryggð af einkareknum tryggingakerfum innan ríkjanna, er að settur verði á fót sameiginlegur evrópskur tryggingasjóður. Þannig myndi val innlánaeigenda á viðskiptabanka síður tengjast stærð þess ríkis er hann hefði staðfestu í, en ætla má að í framtíðinni muni ekki aðeins innlánsvextir heldur einnig stærð þess hagkerfis og fjöldi þeirra banka er standa að baki því innlánatryggingakerfi sem bankinn á aðild að hafa áhrif á valið og þar með samkeppnishæfi bankans. Auk þess myndi samevrópskur sjóður dreyfa áhættunni mun betur en ríkisbundnir sjóðir geta gert.

Ekki virðist þó vilji standa til þessa, sbr. umfjöllun „de Larosiere-skýrslunnar“ þar að lútandi, en í henni kemur fram að sameiginlegur tryggingarsjóður er samanstæði af sjóðum

---

<sup>117</sup>Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal: „Lagarök um Icesave.“, bls. 17.

<sup>118</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

aðildarríkjanna hafi ekki notið stuðnings meðal skýrsluhöfunda. Uppsetning og stjórnun slíks sjóðs myndi valda fjölmörgum pólitískum vandamálum, svo og vandamálum í framkvæmd, og hefði þar að auki lítið hagnýtt gildi umfram ríkisbundið innlánatryggingakerfi sem stýrt væri með vel samræmdum reglum.<sup>119</sup> Ekki er í skýrslunni vikið nánar að rökum fyrir þessari niðurstöðu.

Vera má að margvísleg rök mæli gegn því að sameiginlegur evrópskur sjóður verði settur á fót, en rök mæla einnig gegn því að regluverk Evrópuréttar á sviði fjármálamarkaðar sé á annan pólinn sniðið að sameiginlegum evrópskum markaði, þ.e. hvað varðar starfsheimildir og samkeppnisstöðu lánastofnana samkvæmt tilskipunum um starfsemi fjármálafyrirtækja, en á hinn pólinn sniðið að einstökum ríkjum, þ.e. hvað varðar ábyrgðir samkvæmt tilskipunum um innlánatryggingakerfi og bótakerfi fyrir fjárfesta. Regluverkið kann að setja litlum ríkjum sem Íslandi þá afarkosti að annaðhvort beita sér gegn samkeppnishæfi lánastofnana sinna á hinum sameiginlega markaði eða tryggja þeim samkeppnishæfa stöðu og setja um leið hagkerfi sitt í hættu. Þá er fyrirkomulag eftirlits með fjármálafyrirtækjum á höndum heimaríkja að meginstefnu einnig óheppilegt, en það tryggir ekki þá samræmingu í eftirliti sem mikilvægt hlýtur að vera að sé til staðar á svo stórum markaði.<sup>120</sup>

## 7.5 Núverandi skipan innlánatrygginga á Evrópska efnahagssvæðinu

Vorið 2009 gekk í gildi innan Evrópusambandsins tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2009/14/EB er breytti tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi. Var von að tilhögun innlánatrygginga á svæðinu yrði endurskoðuð í ljósi þeirra aðstæðna er upp komu á fjármálamörkuðum árið 2008 og tilheyrandi áfalla, m.a. vegna Icesave-deilunnar.

Athyglisvert er að í hinni nýju tilskipun kemur ekki fram með skýrum hætti hver ábyrgð aðildarríkja er gagnvart innstæðueigendum. Þannig er gildandi löggjöf Evrópusambandsins um innlánatryggingar ennþá þögul um þetta atriði, þrátt fyrir að mikið hafi verið deilt á óskýr ákvæði tilskipunarinnar hvað það varðar í tengslum við Icesave-deiluna. Hvorki er tekið fram um ríkisábyrgð né bótaskyldu aðildarríkja standi innlánatryggingakerfi þeirra ekki undir skuldbindingum sínum gagnvart eigendum innlána. Það sem kemst næst því í hinni nýju tilskipun að leggja aukna ábyrgð á herðar ríkja er 13. mgr. aðfaraorða hennar, en þar segir að aðildarríki skuli stefna að því að tryggja

<sup>119</sup>Report. The High Level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière. Brussels 2009. Slóðin er: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf)

<sup>120</sup>Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir. Bindi 7, bls. 283-284.

áframhaldandi þjónustu banka og aðgang þeirra að lausafé, sérstaklega á tímum fjárhagslegra þrenginga. Í því markmiði séu aðildarríkin hvött til að gera ráðstafanir hið fyrsta til að tryggja „neyðarútgreiðslur“ (e. emergency payouts) að viðeigandi upphæðum til innlánaeigenda er orðið hafa fyrir áhrifum. Að öðru leyti snýr tilskipunin helst að því annars vegar að hækka upphæð lágmarkstryggingar í 50.000 evrur, sbr. 1. mgr. 7. gr. hennar, og hins vegar að stytta greiðslufrest úr 3 mánuðum í 20 virka daga, sbr. 1. mgr. 10. gr. Þykir mótsagnakennt að íslenska ríkinu sé gert að lúta þeirri túlkun að ríki beri ábyrgð standi innlánatryggingakerfi ekki undir skuldbindingum sínum, þegar aðildarríki Evrópusambandsins geta ekki tekið skýra afstöðu til þessa grundvallaratriðis fyrir sitt leyti í hinni nýju tilskipun.<sup>121</sup>

Tilskipun 2009/14/EB var sett í því markmiði að endurheimta traust á fjármálageirann og réttan framgang hans og auka þannig stöðugleika fjármálamarkaðar. Var hækking upphæðar lágmarkstryggingaverndar talin nauðsynleg í því efni, og tekið fram að tilskipun 94/19/EB markaði þegar grundvallar umfang tryggingaverndar. Þannig var ekki gerð nein atlega að skilvirkni þeirrar tilskipunar, og núverandi mynd hennar að virðist áfram talin vænleg til árangurs. Í a-lið 1. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar, eins og henni var breytt, var gert ráð fyrir því að Framkvæmdastjórnin skilaði til Evrópuþingsins og Ráðsins fyrir 31. desember 2009 yfirgripsmiklum skýrslum, m.a. um samræmingu aðferða við fjármögnun innlánatryggingakerfa, kosti og galla samevrópsks innlánatryggingakerfis og tengsl milli innlánatryggingakerfa og annarra aðferða við endurgreiðslur til innstæðueigenda, s.s. neyðarútgreiðslukerfi. Þannig er ljóst að bankakreppan 2008, og ekki síst Icesave deilan, hefur valdið ýmiss konar endurskoðun á núverandi skipan innlánatrygginga í Evrópu, en sem stendur eru þó skyldur aðildarríkja í tengslum við þær ennþá á reiki.

Að öllu ofangreindu virtu er ekki skrítið að Evrópusambandið og aðildarríki þess forðist að viðurkenna að álitæfni geti verið uppi um áskilnað þann sem tilskipunin gerir um ábyrgðir á innlánatryggingakerfum, en forðist um leið að taka með beinum hætti afstöðu til ríkisábyrgða í regluverkinu sjálfu. Ljósir eru vankantar þess að ætla ríkistryggðu innlánatryggingakerfi, með beinum eða óbeinum hætti, að fara saman við samkeppnisreglur Evrópuréttar svo og reglur hans um ríkisaðstoð, en einnig eru gríðarlegir hagsmunir því tengdir að um innlánatryggingar ríki sátt og trausti á kerfin sé viðhaldið meðal almennings. Gæti jafnvel viðurkenning þess ein og sér, af hálfu stofnana Evrópusambandsins, að mögulegur vafi væri uppi um ábyrgð íslenska ríkisins í málinu, haft alvarlegar afleiðingar fyrir fjármálamarkað á Evrópska efnahagssvæðinu, t.a.m. fyrir tilstilli bankaáhlaupa, hvað þá

<sup>121</sup>M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law.*

dómsmál um túlkun ákvæða þeirra er áskilja meinta ábyrgð. Er því að vissu leyti skiljanlegt að horft sé til mögulegra áhrifa réttarágreinings sem þessa á Evrópska efnahagssvæðið í heild sinni þegar afstaða er tekin til túlkunar tilskipunarinnar þegar upp kemur að innlánatryggingakerfi er ófært um að greiða út bætur.

Verða þessi sjónarmið þó ekki talin réttlæta það að íslenska ríkinu sé gert að gangast við túlkun tilskipunarinnar sem er því afar óhagstæð, án aðgangs að réttlátri málsmeðferð fyrir eiginlegu dómsvaldi, í máli er varðar gríðarlega hagsmuni landsins og getur haft alvarleg áhrif á efnahag þess til lengri tíma litið. Verður það ennfremur ekki talið standast lögfræðilega röksemdafærslu, að öllu ofangreindu virtu, að íslenska ríkið sé ábyrgt fyrir innlánnum á grundvelli tilskipunarinnar eða ráðstafana þeirra er gerðar voru haustið 2008 í þeim tilgangi að verja tilvist ríkisins, þó slík niðurstaða kunni að standast pólitíska röksemdafærslu og vera nauðsynleg í ljósi pólitískra sjónarmiða. Má þá velta því fyrir sér hvernig íslenska ríkið á að geta uppfyllt skilyrði tilskipunarinnar í nánustu framtíð, um hina auknu tryggingavernd, eins og henni hefur verið breytt, þegar fyrirfram er gefið að íslenska innlánatryggingakerfið er ófært um að takast á við skuldbindingar sínar og íslenska ríkið sjálft að þroti komið. Á Alþingi liggur nú fyrir frumvarp til laga samkvæmt hinni nýju tilskipun nr. 2009/14/EB. Kemur eftirfarandi m.a. fram í athugasemdum við frumvarpið:

*Rétt er að nefna að ekki er gerð sérstök tillaga um að lántökur tryggingarsjóðs njóti ríkisábyrgðar eða að ríkissjóði sé skylt að veita sjóðnum lán þótt gera megi ráð fyrir því að lántaka sjóðsins verði erfiðleikum bundin án bakábyrgðar ríkissjóðs eða annarrar aðkomu hans að lántökunni.<sup>122</sup>*

(Skáletrun er leturbreyting höfundar.)

---

<sup>122</sup>Frumvarp til laga um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta, þskj. 291, 255. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/138/s/0291.html> [Sótt á vefinn 25.04.2010]

## 8 Niðurstöður

### 8.1 Innleiðing tilskipunar 94/19/EB og ábyrgð íslenska ríkisins á Icesave innlánnum

Hér hafa verið raktar helstu réttarreglur Evrópuréttar og landsréttar, er varða álitafni um tryggingar innlána á Evrópska efnahagsvæðinu. Af skoðun þeirra hefur verið talið leitt í ljós að innleiðing Íslands á tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 94/19/EB um innlánatryggingakerfi hafi staðist kröfur þar að lútandi, bæði að formi og efni til. Þá var trygging innlána samkvæmt tilskipuninni talin vera á ábyrgð Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta, en ekki væri gerður áskilnaður um ábyrgð ríkis í lögum nr. 98/1999 né tilskipun 94/19/EB gæti sjóðurinn ekki staðið við skuldbindingar sínar með fyrirbyggjandi sjóðseign einni sér. Túlkun ákvæða tilskipunarinnar, einkum 1. mgr. 7. gr. sbr. gagnályktun frá 24. mgr. aðfaraorða hennar, á þann veg að ríki beri ábyrgð gagnvart innstæðueigendum tryggi innlánatryggingakerfi ekki lágmarksbætur þegar á reynir, var talin fela í sér *de facto* ríkisábyrgð á innstæðum. Ríkisábyrgð á innstæðum er óheimil skv. 2. mgr. 3. gr., auk þess sem slíkt fyrirkomulag gengur gegn meginreglum Evrópuréttar um ríkisaðstoð og samkeppnisrétt, og var því reglan um bótaskyldu ríkis (e. state liability) ekki talin geta átt við um „brot“ sem fælist í vanhöldum á að tryggja nánast ótakmarkaða sjóðseign innlánatryggingakerfis til að mæta tryggingum innlána, nema þá sem dulbúin, *de facto*, óbein og óheimil ríkisábyrgð. Þá var auk þess talið ljóst að hlutverk tryggingakerfa samkvæmt tilskipuninni væri ekki að takast á við kerfislægt efnahagshrun ríkis.

Að því leyti sem ábyrgð íslenska ríkisins gæti grundvallast á sértækum aðgerðum íslenskra stjórnvalda undir aðsteðjandi efnahagshruni haustið 2008, var talið að flutningur hins innlenda hluta Landsbanka Íslands hf. kunnist að hafa falið í sér óbeina mismunun á grundvelli ríkisfangs, enda bitnaði ráðstöfunin í mun ríkari mæli á erlendum borgurum en innlendum. Hins vegar var talið að sú mismunun gæti verið réttlætunleg í ljósi *þjóðfélagsþarfa í almannapágu*, þ.e. að skilyrði undantekningar frá meginreglunni um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs teldust uppfyllt við knýjandi aðstæður undir yfirvofandi efnahagshruni. Þá voru yfirlýsingar stjórnvalda gagnvart almenningi um fullnaðartryggingar innlendra innstæðna ekki taldar fela í sér mismunun í reynd, enda var þeim aldrei fylgt eftir með lögum og öðluðust því ekki skuldbindandi gildi gagnvart viðtakendum. Innlendar innstæður eru því aðeins tryggðar samkvæmt lögum nr. 98/1999, af hálfu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda án þess að ríkið beri sjálfkrafa ábyrgð standi sjóðurinn ekki undir greiðslum vegna þeirra. Yfirlýsingar ráðherra og ríkisstjórnar gagnvart stjórnvöldum í Bretlandi og Hollandi voru ekki taldar geta bakað ríkinu þjóðréttarlegar skuldbindingar, enda mega

stjórnvöld annarra ríkja vita að íslenskir ráðherrar geta ekki skuldbundið ríkið með slíkum hætti nema samþykki Alþingis fylgi.

Með setningu laga nr. 96/2009 um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf., var því fyrst um að ræða lagalega ábyrgð íslenska ríkisins vegna innlána á Icesave reikningum í Bretlandi og Hollandi.

## 8.2 Fyrirbyggjandi aðgerðir stjórnvalda

Í ljósi samningsgerðar íslenska ríkisins við breska og hollenska ríkið um ábyrgð á lántöku Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta, þrátt fyrir óskýra lagalega skyldu til slíks, var gerð sérstök skoðun á þeim ráðstöfunum og aðgerðum sem íslenskum stjórnvöldum hefðu verið mögulegar til að takmarka eða koma í veg fyrir slíka ábyrgð. Lutu niðurstöður skoðunar þeirrar einkum að tvenns konar aðgerðum, annars vegar fjárhagslegri styrkingu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta og hins vegar beitingu sérstakra stjórnækja eða heimilda til að takmarka innlánasöfnun í útibúum íslenskra banka erlendis eða hvetja til söfnunar þeirra í erlend dótturfélög.

Að tillögum að fjárhagslegri styrkingu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta hefðu fjölmargir aðilar innan íslenska stjórnkerfisins getað komið, svosem Alþingi með breytingum á inngreiðslureglum laga nr. 98/1999; Fjármálaeftirlitið og Seðlabanki með samráði um greiningu á áhættu ríkisins vegna aukinna skuldbindinga sjóðsins; innlánagreiningu eftir staðsetningu útibúa og gjaldmiðlum og eftirfarandi útreikningum á skuldbindingum sjóðsins; viðskiptaráðherra með því að nýta eftirlits- og yfirstjórnunarheimildir og hafa frumkvæði að breytingum á lögum og reglum á málefnasviði sínu; og stjórn Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta með því að gera ráðherra reglulega grein fyrir afstöðu sinni til fjárhagsstöðu sjóðsins, auk þess að hafa frumkvæði að styrkingu hans, með tillögum til ráðherra um lagabreytingar eða með því að höfða til bankanna sjálfra þar um. Styrking Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta er þó ekki talin hafa verið til þess fallin að hafa afgerandi áhrif á þær upphæðir sem íslenska ríkið gekkst í ábyrgð fyrir vegna Icesave reikninganna, enda hefðu breyttar inngreiðslureglur ætlaðar til skyrkingar sjóðsins aldrei verið til þess fallnar að gera hann nægilega fjársterkan til að standa undir kröfum vegna þeirra.

Af mögulegum heimildum og stjórnækjum stjórnvalda til að sporna við innlánasöfnun var tvennt talið koma helst til greina. Annars vegar heimild Fjármálaeftirlitsins, skv. 2. ml. 2.

mgr. 84. gr. laga nr. 161/2002, til að gera kröfur um aukið eigið fé lánastofnana er tækju við innlánnum erlendis, en það hefði mögulega verið til þess fallið að draga úr söfnun innlána erlendis eða myndað hvata til flutnings slíkrar starfsemi í erlend dótturfélög. Hins vegar hefði komið til greina að Seðlabanki beitti aukinni bindiskyldu, jafnvel í erlendri mynt, á innlán í útibúum íslenskra banka erlendis, sem á samskonar hátt hefði getað valdið því að fýsilegra hefði verið talið af hálfu bankanna að safna innlánnum í erlend dótturfélög. Eru ráðstafanir samkvæmt þessum heimildum taldar hafa verið best til þess fallnar að takmarka afleiðingar Icesave reikninganna fyrir íslenska ríkið, sér í lagi hefðu þær komið til framkvæmda snemma eftir skipulagðri stefnumörkun viðeigandi stjórnvalda þar að lútandi.

Þá var velt upp möguleikum þess að banni Fjármálaeftirlits skv. 4. mgr. 36. gr. laga nr. 161/2002 hefði mátt beita að einhverju marki á árinu 2008 til þess að hemja frekari söfnun innlána erlendis. Sökum umfangs efnisins var þó ekki tekin afstaða til möguleika Fjármálaeftirlitsins á því að aðhafast samkvæmt nefndri grein. Að síðustu var talið að íslensk stjórnvöld hefðu ekki getað lagt almennt bann við stofnun útibúa erlendis. Ekki hefði heldur verið unnt að þvinga banka til innlánasöfnunar í erlend dótturfélög eða með höfuðstöðvar sínar úr landi, en þrýstingi um slíkt hefði hins vegar mátt beita á bankana.

Mögulegir annmarkar á eftirliti íslenskra stjórnvalda með fjármálafyrirtækjum, í samræmi við ofangreint, voru ekki taldir geta valdið ábyrgð íslenska ríkisins á töpuðum innstæðum. Staðfest hefur verið fyrir Evrópudómstólnum að ákvæði tilskipana um eftirlit með fjármálafyrirtækjum verði ekki túlkuð þannig að einstaklingar geti byggt á þeim rétt verði innlán ótíltæk, en innlánatryggingakerfum sé ætlað að tryggja bætur óháð því hverjar ástæður liggja að baki því að innlán verða ótíltæk. Sérstaka ábyrgð ríkisins var því ekki talið unnt að grundvalla á annmörkum á eftirliti, hafi fjármögnunarreglur og greiðslugeta innlánatryggingakerfisins verið viðunandi með tilliti til bankaáfalla sem með sanngirni mátti búast við að gætu átt sér stað, þ.e. hafi tilskipun 94/19/EB verið innleidd með réttum hætti.

### 8.3 Annmarkar á regluverki EES

Þar sem ríki bera vissulega skyldur að EES-rétti en hafa einnig réttindi var tekið til sérstakrar skoðunar hvaða möguleikar stóðu íslenska ríkinu til boða til úrlausnar deilu sinnar við breska og hollenska ríkið. Komist var að þeirri niðurstöðu að án samþykkis gagnaðila hafði íslenska ríkið engan aðgang að eiginlegu dómssvaldi er tekið gæti málið til efnislegrar úrlausnar og túlkað þær reglur EES-réttar er deilt var um. Íslenska ríkinu hafi þannig aðeins staðið til boða pólitísk úrlausn fyrir sameiginlegu EES-nefndinni, þar sem um væri að ræða einskona sáttamiðlun. Var slíkt ekki talið geta staðist samanburð við meðferð fyrir eiginlegu dómssvaldi.



Íslenska ríkið hafi því verið án réttarræða í málinu og verið nauðugur sá kostur að hefja tvíhliða samningaviðræður við gagnaðila sína, án marktækra afskipta alþjóðastofnana EES/ESB. Var annmarki þessi talinn geta varðað við grundvöll Evrópusamstarfsins hvað varðar jafnvægi milli réttinda og skyldna aðildarríkja, og sem slíkur talinn grafa undan tilvist EES-samningsins í núverandi mynd.

Þá var komist að þeirri niðurstöðu að innan regluverks EES toguðust á ósamrýmanleg sjónarmið, annars vegar sjónarmið með vísan til samkeppnisreglna og reglna um ríkisábyrgð og hins vegar sjónarmið um öryggi innlánatryggingakerfa. Meðan svo væri myndi réttarstaða einstaklinga, ríkja og fjármálafyrirtækja í tengslum við innlánatryggingar haldast jafn óskýr og hún er í dag.

Að síðustu var því haldið fram að eina leiðin til að bankar smáríkja gætu staðist samkeppni við banka stærri ríkja væri sú að settur yrði á fót sameiginlegur evrópskur tryggingarsjóður, enda hlyti bakland ríkis að hafa áhrif á möguleika fjármálafyrirtækja til samkeppni um innlán. Einnig var talið að innlánatryggingakerfi á herðum einstakra ríkja, í stað sameiginlegs innlánatryggingakerfis í samræmi við hinn sameiginlega evrópska markað, væru til þess fallin að setja smáum ríkjum afarkosti; annað hvort beittu þau sér gegn samkeppnishæfi lánastofnana sinna á hinum sameiginlega markaði eða tryggðu þeim samkeppnishæfa stöðu í lögum og settu um leið hagkerfi sín í hættu.

**Heimildaskrá:**

*Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir. 5.-7. bindi.*  
Rannsóknarnefnd Alþingis, Reykjavík 2010.

*Alþingistíðindi.*

„Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanefndar fyrir Glitni banka hf.“  
*Lögbirtingablað*, 8. október 2008, bls. 2145.

„Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanefndar fyrir Landsbanka Íslands hf.“  
*Lögbirtingablað*, 7. október 2008, bls. 2113.

„Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanefndar fyrir Kaupþing banka hf.“  
*Lögbirtingablað*, 10. október 2008, bls. 2177.

Álit aðallögsögumanns Stix Hackl frá 25. nóvember 2003 við *EBD mál C-222/02, ECR 2004*,  
bls. 1-09425. Peter Paul and others v Bundesrepublik Deutschland.

Baldur Thorhallsson og Hjalti Thor Vignisson. „A controversial step: membership of the EEA.“ Í ritinu *Iceland and European Integration. On the Edge*. Ritstj. Baldur Thorhallsson. Routledge, Oxon 2004, bls. 38-50.

Björn Friðfinnsson: „Samningaviðræðurnar um Evrópska efnahagssvæðið.“ Í ritinu *Lindæla. Sigurður Lindal sjötugur 2. júlí 2001*. Ritstj. Garðar Gíslason o.fl. Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2001, bls. 51-70.

Borgar Þór Einarsson: „Með lögum skal (nýtt) land byggja.“ *Lögmannaþingið*, 14. árg, 4/2008, bls. 8-11.

[Bréf Áslaugar Árnadóttur, f.h. viðskiptaráðuneytis, til fjármálaráðuneytis Bretlands], 20.08.2008. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/05.pdf> (sótt 4.3.2010).

Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*. Oxford University Press, Oxford 2004.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2006.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa, Háskólaútgáfan, Reykjavík 1999.

Hafliði Kristján Lárusson: „Réttarstaða íslenska ríkisins (1)“. Tölvupóstur sendur 20. 10. 2008. [Lögfræðialit Logos í Bretlandi.] Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/15.pdf> (sótt 15.1.2010).

*Handbók Stjórnarráðsins um EES*. Utanríkisráðuneytið, Reykjavík 2003.

„Hvað skal koma fram í skipulagsskrá fyrir sjóð eða sjálfseignarstofnun“. Dómsmála- og mannréttindaráðuneytið. Slóðin er:

<http://www.domsmalaraduneyti.is/raduneyti/starfssvid/skipulagsskrar/upplysingar//nr/1232> (sótt 4.2.2010).

*Investigating the efficiency of EU Deposit Guarantee Schemes*. European Commission. Joint Research Centre, Unit G09, Ispra (Italy) 2008. Slóðin er: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/bank/docs/guarantee/deposit/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/deposit/report_en.pdf) (sótt 5.4.2010).

Jakob R. Möller: „Minnisblað til utanríkisráðuneytis vegna samninganefndar Íslands í deilu við Stóra-Bretland og Holland um svokallaða Icesave reikninga“, 23. 06. 2009. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/23.pdf> (sótt 15.12.2009)

Jón Sigurðsson: „Erindi Jóns Sigurðssonar bankastjóra um verkefni seðlabankans" [á fundi Sambands ísl. samvinnufélaga], 02.12.2005. Slóðin er: <http://sedlabanki.is/?PageID=13&NewsID=1071> (sótt 14.4.2010).

Jón Steinsson: *Stjórnþæki peningamála og hagkvæmni fjármálakerfisins*. Harvard University, 19.05.2004. Slóðin er: <http://www.sedlabanki.is/uploads/files/Stjorntaeki-JS.pdf> (sótt 10.4.2010).

M. Elvira Méndez-Pinedo: *The Icesave agreements and other national measures in response of the financial crisis: Revisiting the principles of State liability, State aid and non-discrimination in European Law*. Skýrsla frá 1.febrúar 2010 birt á vefsíðu höfundar. Slóðin er: <http://elvira.blog.is/blog/elvira/entry/1013839/> (sótt 19.2.2010)

Michel Tison: „Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter Paul.“ *Working Paper Series*. WP 2005-02. Financial Law Institute, Universiteit Gent 2005, bls. 25.

P.S.R.F Mathijsen: „Legal Opinion“, 28.07.2009. Slóðin er: <http://www.island.is/media/eydublod/Forgangs-LegalOpinion - SuperPriority - PM.pdf> (sótt 21.4.2010).

Páll Gunnar Pálsson: „Ársfundur Fjármálaeftirlitsins. Ræða Páls Gunnars Pálssonar, forstjóra“, 3. nóvember 2004. Slóðin er: <http://www.fme.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=2777> (sótt 5.4.2010)

Peter Örebech og Ingólfur Arnarson: „Ríkisábyrgð á Icesave-innlánsreikningum er brot á EES-samningi“. *Morgunblaðið*, 3. mars 2010, bls. 17.

R.J.M. van den Tweel: „liability Republic of Iceland“. Bréf sent hollenska fjármálaráðuneytinu, 3.11.2008. [Álit hollenska ríkisins fyrir gerðardómi um skuldbindingar Íslands.] Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/27.pdf> (sótt 15.1.2010).

*Report*. The High Level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosiére. Brussels, 25. febrúar 2009. Slóðin er: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf) (sótt 22.4.2010).

„Samkomulag næst við Evrópusambandið fyrir hönd Hollendinga og Breta – Greiðir fyrir láni frá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum“. Forsætisráðuneyti, 16. 11.2008. Slóðin er: <http://www.island.is/media/frettir/10.pdf> (sótt 14.1.2010).

„Samkomulag stjórnvalda við Landsbanka Íslands um uppgjör“.Fjármálaráðuneyti, 12.10.2009. Slóðin er: <http://www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/> (sótt 5.3.2010)

*Staða Íslands í Evrópusamstarfi. Skýrsla Halldórs Ásgrímssonar utanríkisráðherra til Alþingis.* Utanríkisráðuneytið, Reykjavík 2000.

Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal. „Lagarök um Icesave. Um mismunun á grundvelli þjóðernis.“ *Morgunblaðið*, 13. janúar 2010, bls. 18.

Stefán Már Stefánsson og Lárus L. Blöndal. „Lagarök um Icesave.“ *Morgunblaðið*, 12. janúar 2010, bls. 17.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið.* Bókaútgáfa Orators, Reykjavík 2000.

Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir.* Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2003.

Trevor C. Hartley: *European Union Law in a Global Context. Text, Cases and Materials.* Cambridge University Press, Cambridge 2004.

„Yfirlýsing ríkisstjórnarinnar.“ Forsætisráðuneyti, 06. 10. 2008.“ Slóðin er: <http://www.forsaetisraduneyti.is/frettir/nr/3032> (sótt 2. 3. 2010).

Vefsíða Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta. Slóðin er: <http://www.tryggingarsjodur.is/> (sótt 13.2.2010).

**Skrá yfir réttarheimildir sem vísað er til:**

Lög

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

Lög um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002.

Lög um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl. nr. 125/2008.

Lög um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, til að ábyrgjast lán Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf. nr. 96/2009.

Lög um hlutafélög nr. 2/1995.

Lög um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 98/1999.

Lög um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi nr. 87/1998.

Lög um Seðlabanka Íslands nr. 36/2001.

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Reglur og reglugerðir

Reglugerð nr. 120/2000 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta.

Reglur nr. 530/2004 um viðmið við mat Fjármálaeftirlitsins á áhættu fjármálafyrirtækja og ákvörðun um eiginfjárhlutfall umfram lögbundið lágmark.

Reglur 373/2008 um bindiskyldu.

### Evrópulöggjöf

Samningur um Evrópska efnahagssvæðið. Treaty establishing the European Economic Community, 2. maí 1992.

Stofnsáttmáli Evrópubandalagsins. Treaty establishing the European Community, 25. mars 1957.

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 97/9//EB um bótakerfi fyrir fjárfesta.

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2009/14/EB [um breytingar á tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi að því er varðar fjárhæðir innstæðutrygginga og greiðslufresti].

Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 94/19/EB um innlánatryggingakerfi.

### Dómar

*EBD, mál C-222/02, ECR 2004, bls. I-09425. Peter Paul and others v Bundesrepublik Deutschland.*

*EFTAD, mál E-9/97 EFTACR 1998, bls. 95. Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland.*