



9. júlí 2009

## Minnisblað

*Viðtakandi:* Utanríkismálanefnd Alþingis

*Sendandi:* Lögfræðingar – SL og STh

*Efni:* Icesave samningar

Nú liggur fyrir Alþingi frumvarp til laga um heimild til handa fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkissjóðs, að taka ábyrð á láni Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og fjárfesta frá breska og hollenska ríkinu til að standa straum af greiðslum til innstæðueigenda hjá Landsbanka Íslands hf.

Utanríkismálanefnd Alþingis óskaði eftir að lögfræðingar Seðlabanka Íslands mættu á fund nefndarinnar 8. júlí. Á fundinn mættur þau Sigríður Logadóttir aðallögfræðingur og Sigurður Thoroddsen lögfræðingur á Alþjóða- og markaðssviði bankans. Nefndin óskaði eftir að lögfræðingar tækju saman minnisblað um þau lögfræðilegu efni sem spurt var um og rætt á fundinum

Samningarnir voru undirritaðir þ. 5. júní s.l. Ekki var leitað til lögfræðinga Seðlabankans við samningsgerðina og hafa þeir því ekki fyrr gefið álit sitt hvorki á ríkisábyrgðinni né hinum svokölluðu Icesave samningunum. Taka ber fram að vegna anna hafa lögfræðingar bankans ekki getað stúderað samninginn eða gert samanburðarrannsóknir eins og best hefði verið kosið.

### I. Samningarnir eru einkaréttarlegs eðlis

Gefnar hafa verið þær skýringar<sup>1</sup> að samningarnir séu í eðli sínu hefðbundnir lánsamningar sem lúta reglum einkaréttar. Ekki er vafi á því að samningurinn fellur undir einkarétt en sú skýring orkar hins vegar tvímælis hvort um venjulegan lánsamning sé að ræða þar sem þessir samningar eru ekki um efni sem samið er um í venjulegum lánsamningum eða viðskiptasamningum. Íslenska ríkið er að taka á sig ábyrgð fyrir Tryggingasjóð innstæðueigenda og fjárfesta sem lagaleg óvissa ríkir um á sviði ESB réttar. Ríkissjóður gengst í ótilgreinda ábyrgð sem sjálfskuldarábyrgðaraðili fyrir láni, ásamt vöxtum og kostnaði enda þarf að taka úr sambandi lög nr. 121/1997, um ríkisábyrgðir að undanskilinni 5. gr. þeirra laga<sup>2</sup> sbr. 2. gr. frumvarpsins.

<sup>1</sup> Sjá t.d. umfjöllun á vef [www.island.is](http://www.island.is) sem er upplýsingamiðstöð stjórnvalda

<sup>2</sup> 5. gr. laga 121/1997. Sú grein fjallar um afskriftarreikning ríkisábyrgðasjóðs vegna veittra ábyrgða. Afskriftarreikningnum skal á hverjum tíma gefa raunhæfa mynd af áætluðum afskriftum allra ábyrgða sjóðsins.

Sú spurning vaknar af hverju íslenska ríkið stóð ekki fastar í fæturna sem þjóðréttaraðili þegar samið var um ábyrgð ríkisins. Það að íslenska ríkið taki á sig ábyrgð á greiðslu Tryggingarsjóðs gagnvart innstæðueigendum hefði ekki átt að þurfa að leiða til þess að ríkið sé sett í stöðu einkaréttarlegs samningsaðila þar sem samningsákvæði tryggja stöðu lánveitanda fremur en lántaka.

Ekki verður séð að nein tilvísun sé í samningunum til hinna umsömdu Brussel viðmiða (e. agreed guidelines) frá 14. nóvember 2008. Í greinargerðinni sem fylgir frumvarpinu segir að tilgangur viðmiðanna sé að tryggja ákveðið jafnvægi milli deiluaðila. Þessi viðmið fela það í sér í fyrsta lagi að tilskipunin um innstæðutryggingar hafi verið felld inn í löggjöfina um Evrópska efnahagssvæðið í samræmi við samninginn um EES og gildi því á Íslandi með sama hætti og hún gildir í aðildarríkjum ESB. Í öðru lagi var lögð áhersla á að samningsaðilar mundu taka tillit til “hinna erfiðu og fordæmislausu aðstæðna sem Ísland er í og knýjandi nauðsynjar þess að ákveða ráðstafanir sem gera Íslandi kleift að endurreisa fjármála- og efnahagskerfi sitt”. Í þriðja lagi var lögð sérstök áhersla á að stofnanir ESB og EES tækju áframhaldandi þátt í samningaferlinu sem færi fram í samráði við þær. Þær væru því í hlutverki nokkurs konar milligönguadila ef á þyrfti að halda.

Þar sem samningarnar eru einkaréttarlegs eðlis og undir breskri lögsögu og breskum lögum fer það eftir þeim lögum hvort túlka megi samningana út frá þessum viðmiðunum. Undirrituð draga í efa að slík túlkun myndi komast að í breskum dómstól þar sem ekki er vísað til þeirra í sjálfum samningunum.

Þar sem samningarnir eru einkaréttarlegs eðlis mun ESB/alþjóðleg úrlausn þeirrar lagalegu óvissu sem ríkir vegna galla innstæðutryggingarkerfisins vera aðskilin frá efndum ríkisins á Icesave samningunum. Þjóðarréttur (International law) og einkamálaréttur eru aðskildir heimar og með því að færa úrlausn Icesave deilunnar í þann búning sem hún er nú komin í með lánasamningunum er búið að rjúfa tengslin þarna á milli.

Vilji íslenska ríkið freista þess að taka upp samningana kemur til kasta 13. gr. og 16. gr. (breski samningurinn)<sup>3</sup>. Samkvæmt 13. gr. verður samningnum ekki breytt, bætt við hann eða fallið frá honum nema með skriflegu samkomulagi milli samningsaðila. Heimild til endurupptöku er síðan að finna í 16. gr. sem fjallar um breyttar aðstæður. Þar segir: “Greinin á við sýni nýjasta IV. greinar úttekt AGS á stöðu Íslands að skuldaþoli þess hafi hrakað til muna miðað við slíkt mat AGS frá 19. nóvember 2008.”

Í 16.2. gr. segir:

---

<sup>3</sup> Í minnisblaðinu er vísað í samninginn við Bretland en samningurinn við Holland er svo að segja alveg samhljóða.

“Lánveitandi fellst á að, ef aðstæður samkvæmt þessari grein (16. gr.) koma upp og íslenska ríkið óskar eftir því, verði efnt til fundar og staðan rædd og íhugað hvort, og þá hvernig, breyta skuli samningi þessum til að hann endurspegli þá breytingu á aðstæðum sem um er að ræða.”

Íslenska ríkið virðist ekki eiga beinlínis rétt á því skv. 16. gr. að samningurinn skuli tekinn upp og endursamið. Í greinargerðinni með frumvarpinu segir hins vegar að íslensk stjórnvöld líti svo á að verði endurskoðunarákvæði samninganna virkt vegna verulegrar breytingar á skuldaboli Íslands séu Bretar og Hollendingar á grundvelli hinna umsömdu viðmiðanna sem samþykkt voru í Brussel í nóvember 2008 skuldbundnir til þess að taka fullt tillit til hinna erfiðu og fordæmislausu aðstæðna sem Ísland er í og knýjandi nauðsynjar þess að gera Íslandi kleift að endurreisa fjármála- og efnahagskerfi sitt. Eins og áður segir er engin tilvísun í samningunum til *hinna umsömdu viðmiða* og því alls óvíst hvort viðsemjendur muni taka undir þessa túlkun íslenskra stjórnvalda.

Vilji íslenska ríkið taka upp samninganna vegna hugsanlegrar úrlausnar innan ESB á lagalegum og/eða pólitískum ágreiningi um það hversu víðtæk ábyrgð ríkis er á innstæðutryggingarkerfi sem innleitt er á grundvelli tilskipunar ESB virðist slíkt ekki fært samkvæmt samningnum. Ísland yrði að leita sérstakra samninga um slíkt við Holland og Bretland.

## II. Nokkrar athugasemdir við samninginn

Í eftirfarandi umfjöllun er stiklað á stóru um nokkur ákvæði samningsins.

### 1. Vextir

Gildistaka laga nr. 44/2009<sup>4</sup> þ. 22. apríl 2009 jafngildir úrskurðardegi í skilningi laga um gjaldþrotaskipti. Þessi dagur skiptir máli varðandi vexti og kostnað, en vextir og kostnaður af kröfum sem til falla eftir 22. apríl 2009 verða eftirstæðar kröfur, þ.e. aftast í skuldaröð. Þessir vextir munu því falla á ríkissjóð þar sem hverfandi líkur eru á því að nokkuð komi upp í eftirstæðar kröfur.

### 2. Endurgreiðsla lánsfjárhæðarinnar

Í greinargerðinni kemur fram að gengið hafi verið út frá þeirri forsendu að íslenska ríkið geti staðið undir þeirri ábyrgð sem veitt er með samningunum. Komist dómstólar að þeirri niðurstöðu að forgangur sá sem innstæðum var veittur með neyðarlögnum<sup>5</sup> standist ekki gagnvart stjórnarskrá mundi það setja verulegt strik í reikninginn.

<sup>4</sup> Breyting á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki.

<sup>5</sup> Lög nr. 125/2008

Liggja mun fyrir álit ríkislögmanns um að neyðarlögin standist stjórnarskrá að þessu leyti og þá fyrir íslenskum dómstólum. Í þessu sambandi má velta fyrir sér hvað ákvæði 6.9. í samningnum þýðir og hver sé tilgangurinn með því.

#### **“Meðferð á kröfuhöfum Landsbankans**

Íslenska ríkið mun ekki grípa til neinna aðgerða sem gætu leitt til þess að kröfuhafar (eða einhver hópur þeirra) Landsbankans (þ.m.t., til að taka af allan vafa, kröfuhafar (eða einhver hópur þeirra) Landsbankans í London) hljóti meðferð sem andstæð er almennt viðurkenndum, alþjóðlegum eða evrópskum meginreglum um meðferð kröfuhafa í alþjóðlegri slitameðferð.”

Ákvæðið er rúmt og óskýrt. Ef á reynir mun það koma í hlut breskra dómstóla að túlka það vegna þeirra ákvæða 17. gr. samningsins að breskir dómstólar skeri úr ágreiningsefnum sem verða vegna samningsins “eða ágreiningsefnum tengdum honum” hvort sem er vegna samningsbundinna atriða eða atriða “utan samninga”. Taka má þó fram að samningurinn heimilar ekki að þriðju aðilar byggi rétt á honum og dregur það úr hættu ákvæðisins. Spurning vaknar hvort breska ríkið geti beitt fyrir sig ákvæðinu í málarekstri gegn skilanevnd/slitastjórn Landsbankans eða jafnvel í málsókn á hendur Íslandi fyrir breskum dómstólum. Var kannað hvaða afleiðingar ákvæðið getur haft, sérstaklega með hliðsjón af þeirri lausn sem íslenska samninganevndin hefur kynnt sem sína, að eignir Landsbankans muni ganga til þess að greiða skuld Tryggingarsjóðs við ríkissjóð Bretlands og Holland? Til hvaða *almennt viðurkenndra, alþjóðlegra eða evrópskra meginreglna um meðferð kröfuhafa í alþjóðlegri slitameðferð* er verið að vísa til?

### **3. Eignasafn Landsbankans**

Um eignasafn Landsbankans sem renna á upp í kröfur innstæðueigenda ríkir óvissa. Ekki bara tölulega séð heldur einnig lögfræðilega. Það er fyrirséð að kapphlaup verður milli kröfuhafa um að fá greiðslu úr búi Landsbankans. Ekki hefur heldur komið skýrt fram hversu veðsett eignasafn Landsbankans kann að vera en kröfur sem njóta veðréttar ganga frammar forgangskröfum.

### **4. Sjöundi árdagurinn / ábyrgð ríkisins**

Sjöundi ársdagur samningsins markar þau tímamót að Tryggingarsjóður innstæðueiganda skal þá byrja að endurgreiða það sem þá stendur eftir af heildarhöfuðstólnum í þrjátíu og tveimur afborgunum á ársfjórðungsfresti. Standi Tryggingarsjóðurinn ekki við greiðsluskyldu sína verður ábyrgð íslenska ríkisins skv. 6. gr. samningsins virk. Íslenska ríkið ábyrgist óafturkallanlega og skilyrðislaust gagnvart lánveitendum að Tryggingarsjóðurinn muni standa á tilhlýðilegan hátt og á réttum tíma við allar skuldbindingar

sí­nar. Íslenska ríkið ábyrgist skv. b. lið 6.2. gr. eins og það væri frumlántakandi (principal obligor), m.ö.o. þá er ábyrgðin sjálfskuldarábyrgð.

## 5. Sambærileg og jöfn meðferð

Í gr. 7.1. samningsins fjallað um sambærilega meðferð. Ákvæðið er svohljóðandi:

“Gerí Tryggingarsjóður innstæðueigenda eða íslenska ríkið einhvers konar samkomulag eða samning um fjármögnun (annan en lá­ssamninginn við Holland) við einhvers konar fjármögnunaraðila (þ.m.t., án takmarkana, ríki, alþjóðastofnunar eða einkaaðila) í þeim tilgangi að fjármagna kröfur innstæðueigenda hjá íslenskum banka og sá fjármögnunaraðili nýtur, samkvæmt viðkomandi samkomulagi eða samningi um fjármögnun (skoðað í heild sinni), almennt hagstæðari meðferðar en lánveitandinn samkvæmt þessum samningi eða nýtur einhvers konar tryggingar, skulu Tryggingarsjóður innstæðueigenda og íslenska ríkið láta lánveitandann njóta sömu hagstæðu meðferðar eða svipaðrar tryggingar (og skulu Tryggingarsjóðurinn og íslenska ríkið láta skjalfesta það á nauðsynlegan eða æskilegan hátt).” (leturbr. SL og STh)

Þegar ákvæðið er lesið og það túlkað samkvæmt orðanna hljóðan vaknar sú spurning hvort þarna sé glufa sem breytt geti kjörum lánasamninganna. Er með þessari grein verið að segja að taki ríkið eða Tryggingarsjóður lán í þeim tilgangi að fjármagna kröfur innstæðueigenda íslensks banka og sá lánveitandi nýtur betri kjara sér til handa (hærri vexti, knappari lánstíma eða aðrar tryggingar) þá skuli breska og hollenska ríkið samkvæmt Icesave lánasamningunum fá sömu kjör?

## 6. Gjaldfellingarheimildir

Fleiri ástæður en vanefnd á greiðslu lánsfjárhæðarinnar geta valdið því að samningurinn teljist vanefndur en um vanefndarástæður er fjallað í 12. gr. samningsins.

Í gr. 12.1.5 er kveðið á um að verði erlend skuldbinding ríkisins (hærri en 10 millj. sterlingspund) gjaldfellt vegna þess að ekki er greitt á gjalddaga, þá megi gjaldfella lánið. Skilgreining á erlendri skuldbindingu er í gr. 1.1 “*External Indebtedness means any present or future borrowing, debt or other obligation, whether actual or contingent.....*” Skilgreiningin virðist því geta náð til skuldbindinga sem ríkið er í ábyrgð fyrir. Ríkið er t.d. í einfaldri ábyrgð fyrir skuldbindingum. Landsvirkjunar og Byggðastofnunar. Kröfu verður því ekki komið á ríkið fyrr en reynt hefur verið til þrautar að fá greitt hjá þessum aðilum. En samkvæmt þessum samningi gæti þetta lán og þar með öll erlend lán ríkisins gjaldfallið ef fyrrnefnd ríkisfyrirtæki greiddu ekki á gjalddaga.

Í fyrri erlendum lánssamningum ríkisins hefur verið reynt að þrengja skilgreininguna á þeim skuldbindingum sem gætu valdið gjaldfellingu annarra lána ríkisins.

Samkvæmt gr. 12.1.8 er það tilefni gjaldfellingar ef greiðsluskuldbindingar ríkisins samkvæmt samningnum verða ekki lengur a.m.k. jafnrétt háar núverandi eða síðari erlendum lánaskuldbindingum ríkisins. Þetta nær til allra slíkra skuldbindinga, nema lög kveði á um annað við gildistöku þessa samnings.

Venja hefur verið í fyrri lánasamningum íslenska ríkisins að undanskilja veðkröfur og þau tilvik þegar keypt er eign með áhvilandi veðlánnum eða kaupverð fjármagnað með láni sem fær veðrétt í viðkomandi eign.

## 7. Gildandi lög

Í báðum samningnum er ákvæði um hvaða lög gildi við úrlausn ágreinings og hvaða lögsaga. Venja er í alþjóðlegum lánasamningum að um ágreining gildi annaðhvort lög þess ríkis sem veitir lánið eða bresk lög sem skýrist af stöðu London sem alþjóðlegrar fjármálamiðstöðvar. Athygli vekur að ákvæði 17.1. gr. kveður á um að ensk lög gilda ekki eingöngu um ágreiningsefni vegna samningsins heldur einnig um *“sérhvert það málefni, kröfu eða ágreiningsefni sem kemur upp vegna eða í tengslum við hann, hvort sem þau réttindi, sem þau byggjast á, eru innan eða utan samninga (e. contractual or non-contractual), og skulu túlkuð í samræmi við þau.”*

Það vekur athygli að gildandi lög ná líka til *“non-contractual”* atriða en venjulega er eftirfarandi orðalag látið nægja: *“This Agreement is governed by and shall be construed in accordance with, English law”*

## 8. Lögsaga

Í 17.2.1. gr. er kveðið á um að ágreiningsefni eins en þau eru skilgreind með jafnvíðtækum hætti og í 17.1. gr. skuli lúta lögsögu breskra dómstóla. Í 17.2.3. er ívilnandi ákvæði eingöngu í þágu lánveitanda. Samkvæmt því getur lánveitandi höfðað dómsmál vegna ágreiningsefna fyrir öðrum dómstólum sem lögsögu hafa. Þá vekur einnig sérstaka athygli síðasta málgreinin sem kveður á um: *“Að því marki sem lög heimila getur lánveitandi höfðað mál samtímis í mörgum lögsögum.”*

## 9. Afsal á friðhelgi

Það er meginregla í þjóðarrétti að ríki njóti friðhelgis frá lögsögu annarra ríkja. Reglan byggir á þeirri grunnhugsun að ríki séu formlega

jafnsettir þjóðréttaraðilar og að slíkir fullvalda jafningjar geti þar af leiðandi ekki átt lögsögu hver yfir öðrum.

Eins og getið er í upphafi minnisblaðsins falla samningarnir undir einkarétt og gildir því meginreglan að þjóðarrétti um friðhelgi ríkja ekki fullum fetum. Það er alvanalegt í lánasamningum ríkja að fallið sé frá friðhelgisréttindum enda væri án slíks afsals ekki hægt að stefna máli, né reka það fyrir umsömdum dómstóli. Í greinargerðinni sem fylgir frumvarpinu er tekið sem dæmi EMTN-lánarammi ríkissjóðs en síðustu ár hafa flest erlend lán ríkissjóðs verið tekin á grundvelli þess samnings. Orðalag ákvæðisins í EMTN lánarammanum er eftirfarandi:

“In respect of any proceedings, the Issuer irrevocably consents generally to the giving of any relief and the issue of any process in connection with such proceedings including, without limitation, the making, enforcement or execution against any assets whatsoever of any order or judgement made or given in any such proceedings with the exception of real property and buildings and the contents thereof owned by the Ministry of Foreign Affairs and situated outside Iceland and assets necessary for the proper functioning of the Republic of Iceland as a sovereign power.”

Athygli vekur að afsal friðhelgis í 18. gr. samningsins er mun víðtækara en ofangreint afsal og er það tekið hér upp á ensku til samanburðar:

“Each of the Guarantee Fund and Iceland consents generally to the issue of any process in connection with any Dispute and to the giving of any type of relief or remedy against it, including the making, enforcement or execution against any of its property or assets (regardless of its or their use or intended use) of any order or judgment. If either the Guarantee Fund or Iceland or any of their respective property or assets is or are entitled in any jurisdiction to any immunity from service of process or of other documents relating to any Dispute, or to any immunity from jurisdiction, suit, judgment, execution, attachment (whether before judgment, in aid of execution or otherwise) or other legal process, this is irrevocably waived to the fullest extent permitted by the law of that jurisdiction. Each of the Guarantee Fund and Iceland also irrevocably agree not to claim any such immunity for themselves or their respective property or assets. “

Samkvæmt síðasta málslið greinarinnar afsala Tryggingasjóður og íslenska ríkið sér einnig með óafturkræfum hætti rétti til að hafa uppi kröfu, þ.e. láta á það reyna hvort um friðhelgi sé að ræða hvort sem er sér til handa eða varðandi eigur sínar.

Reyni á afsal friðhelgis verður breskum lögum, *State Immunity Act 1978 (SIA)* beitt um slíkt úrlausnarefni. Samkvæmt þeim lögum getur ríki á mjög víðtækan hátt afsalað sér friðhelgi með skriflegu samþykki. Það er því ljóst að breskir dómstólar hafa alla lögsögu til að skera úr um ágreiningsefni eða greiðslufall vegna samningsins. Breskt réttarfar myndi einnig gilda um fullnustu eigna íslenska ríkisins í breskri lögsögu. Vakin er athygli á að Seðlabanki Íslands telst sjálfstæður lögaðili skv. SIA og nýtur hann sem slíkur og eignir hans friðhelgi. Á það skal þó bent að þrátt fyrir SIA beitti breska ríkið

hryðjuverkalögum á Seðlabankann og kyrrsetti eignur hans um stund í október 2008.

Gangi dómur mun fullnusta hans fara fram í þeirri lögsögu þar sem viðkomandi eigur er að finna. Möguleg fullnusta á grundvelli dómsniðurstöðu í eignum ríkisins hér á landi lýtur íslenskum réttarfarsreglum að öllu leyti. Í íslensku fullnusturéttarfari nýtur ríkið engrar sérstakrar friðhelgi umfram aðra dómþola. Það stendur því engin sérstök lagaleg hindrun í því að gera aðför í eignum ríkisins að undanskildu því að 40. gr. stjórnarskrárinnar getur staðið í vegi fyrir aðför í fasteignum og afnotarétti þeirra. Þar segir að ekki megi *“..með öðru móti láta af hendi neina af fasteignum landsins né afnotarétt þeirra nema samkvæmt lagaheimild”*. Taki samningurinn gildi getur breyting á íslenskum lögum, t.d. með því að undanskilja eigur ríkisins fullnustu verið túlkað sem vanefndatilvik sbr. 12.1.11. gr. en þar segir:

“Breyting sem verður á íslenskum lögum og hefur eða myndi hafa veruleg neikvæð áhrif á getu Tryggingarsjóðs innstæðueigenda eða íslenska ríkisins til að inna greiðslur sínar, hvors um sig, af hendi eða standa við aðrar skuldbindingar samkvæmt fjármálaskjölunum sem þau eru aðilar að.”

Lögfræðinga greinir á, með hversu viðtækum hætti ríki getur að þjóðarrétti afsalað sér friðhelgi hvað varðar fullnustu í eignum sínum. Ljóst er að ríki getur afsalað sér friðhelgi hvað varðar þær eignir sem sæta einkarétti og þeim sem jafna má til starfsemi einkaaðila (used for commercial purpose). Meiri vafi ríkir hins vegar í þjóðarrétti um rétt til fullnustu í þeim eignum sem nauðsynlegar eru til að halda uppi fullvalda ríki (assets necessary for the proper functioning of the state as a sovereign power). Í þessu sambandi má benda á, komi til þess að reyni á fullnustu eigna ríkisins í íslenskri lögsögu, hvort lögskýringar þjóðarréttar eða meginreglur hans myndu komast að þar sem íslenskt réttarkerfi byggir á sjónarmiðum um tvíeðli (dualism). Með því er átt við að réttarheimild samkvæmt þjóðarrétti er ekki stjórnskipulega bindandi fyrr en hún er orðin að íslenskum lögum.

Þá er ljóst að íslenska ríkið mun njóta friðhelgis samkvæmt Vínarsamningurinn frá 1961 um stjórnamálasamband. Diplómatar og eignir sem nauðsynlegar eru vegna sendiráða njóta verndar fyrir íhlutun eða aðför viðkomandi ríkis eða annarra. Vínarsamningurinn hefur verið fullgiltur um allan heim, þ.á.m. á Íslandi sbr. lög nr. 16/1971.