

Fjármálaráðuneytið

Minnisblað

Viðtakandi: **Fjárlaganefnd Alþingis**
Sendandi: **Indriði H. Þorláksson**
Dagsetning: **30.07.2009**
Málsnúmer: **FJR09020124**
Bréfalykill: **032**

Efni: Um forgangsrétt innstæðutryggingasjóða í þrotabúi LÍ

Greinargerð þessi er tekin saman vegna umræðna um að í Icesave samningunum hafi Bretum og Hollendingum verið veittur forgangsréttur við úthlutun úr þrotabúi LÍ til jafns við íslenska tryggingasjóðinn, sem þeir hafi ekki haft samkvæmt íslenskum lögum. Umræða þessi tengist svokölluðu “pari passu” ákvæði sem er að finna í gr. 3.1.2. (b) í hollenska samningnum og í gr. 4.3. (b) í uppgjörssamningi TIF og FSCS í Bretlandi. Í því er kveðið á um að gagnvart því sem greitt verður úr þrotabúi Landsbanka Íslands njóti kröfur innstæðutryggingakerfa landanna sem eiga rót sína að rekja til sömu innstæðna sömu stöðu.

Forsaga.

Þegar við upphaf samningaviðræðna í október á síðasta ári lá fyrir að ein af grundvallarforsendum Breta og Hollendinga var að jafnræði ríkti í uppgjöri á milli kröfuhafa innstæðna í gamla Landsbankann og var forgangsstöðun innstæðueigenda umræðuefni á fundum samningsaðila í október og í byrjun desember 2008. Ekki er að sjá í aðgengilegum gögnum að ágreiningur hafi verið um þau atriði enda munu þau hafa verið í samræmi við þann skilning allra aðila á gildandi rétti að allir innstæðueigendur nytu sama forgangs.

Í viðræðum aðila á vormánuðum var málefni þetta enn til umfjöllunar enda skipti það þá jafnvel enn meira máli vegna aukinnar áherslu á þátt eigna úr þrotabúi LÍ við samningagerðina. Ekki var ágreiningur um það, enda var afstaða samningsaðila og skilningur þeirra á gildandi rétti óbreyttur, en meiri áhersla var af hálfu viðsemjenda Íslands lögð á formlegan frágang þessa ákvæðis þar sem væntanleg úthlutun úr þrotabúinu var mikilvæg forsenda sem hefði afgerandi áhrif á útkomu úr samningunum. Ennfremur hafði áhrif að einhverjar raddir höfðu heyrst um að e.t.v. væri til staðar einhvers konar sérforfangur TIF, þ.e. að sá sjóður ætti rétt til úthlutunar úr þrotabúi fjármálafyrirtækis áður en kæmi að öðrum handhöfum innstæðukrafna. Þá var hinum erlendu samningsaðilum ofarlega í huga sú staðreynd að íslensk stjórnvöld höfðu þá nýverið breytt lagaákvæðum um forgangsrétt krafna í þrotabú fjármálafyrirtækja og töldu þeir tilefni til að tryggja að lagabreytingar í framtíðinni breyttu ekki þessum forsendum samningsins. Í endanlegri gerð samninganna er síðan gengið frá þessu með þeim hætti að sjóðunum er tryggt innbyrðis fjárhagslegt jafnræði eins og þeir hefðu haft samkvæmt sameiginlegum skilningi samningsaðila á gildandi rétti í þessu efni, sbr. hér síðar.

Íslenskur réttur.

Þær innlendu réttarheimildir um úthlutun úr þrotabúi LÍ, sem samningsaðilar byggðu afstöðu sína á voru a) lög nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti, einkum 112. gr. þeirra laga, b) svokölluð neyðarlög nr. 125/2008 og c) lög nr. 44/2009 um breytingu á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Samkvæmt þessum lagaákvæðum þykir ljóst að innstæður í föllnu fjármálafyrirtæki séu forgangskröfur í þrotabú

slíks fyrirtækis og að þær njóti allar sama forgangs hvort sem þær eru háar eða lágar og eins þótt þær hafi verið framseldar að hluta eða í heild ef ekki hefur verið samið um annað við upphaflegan kröfuhafa. Um þetta vísast nánar til meðfylgjandi minnisblaðs hæstaréttarlögmanna Eiríks Elís Þorlákssonar og Helga Jóhannessonar, sem og greinar Ástráðs Haraldssonar og Ásu Ólafsdóttur hæstaréttarlögmanna og kennara í fullnusturétti við Háskóla Íslands og Háskólann í Bifröst. Ástráður og Ása eru auk þess bæði reyndir skiptastjórar.

Fram hefur komið sú skoðun að líta beri svo á að TIF hafi forgang umfram aðra handhafa innstæðuréttinda til úthlutunar úr þrotabúi, allt að þeirri lágmarksfjárhæð (20.887 evrur) sem sjóðurinn greiðir innstæðueigendum við þrot fjármálafyrirtækis. Hefur sú skoðun einkum verið studd þeim rökum að við úthlutun til Ábyrgðarsjóðs launa hafi í sumum tilvikum verið beitt hliðstæðri reglu án þess að við það hafi verið gerðar athugasemdir. Meirihluti skiptastjóra mun hins vegar hafa litið svo á að allir forgangskröfuhafar þ.m.t. Ábyrgðarsjóðurinn hefðu sama rétt við úthlutun úr þrotabúinu.

Í þessu efni er rétt að benda á að ákvæði laga um Ábyrgðarsjóð launa eru ekki sambærileg ákvæðum um tryggingakerfi fyrir innstæðueigendur og fjárfesta og því gilda ekki sömu reglur um skyldur og ábyrgð Tryggingarsjóðs innstæðueigenda og Ábyrgðarsjóðs launa. Ábyrgðarsjóður launa tryggir skjólstæðingum sínum ákveðna hámarksfjárhæð vangoldinna launa, að teknu tilliti til þeirra greiðslna sem vinnuveitandi hefur innt af hendi upp í það hámark. Tryggingasjóði innstæðueigenda ber hins vegar að greiða innstæðuhafa alla innstæðuna án hámarks hafi hann eignir til þess. Ef ekki skal hann greiða tiltekna lágmarksfjárhæð (20.887 evrur) og greiðir til viðbótar í hlutfalli við innstæður svo langt sem eigur sjóðsins nægja. Þá er óhjákvæmilegt að benda á að ekki hefur verið vísað til lagaheimilda fyrir því að veita Ábyrgðarsjóði launa forgang með kröfur sínar þrátt fyrir ákvæði 17. gr. laga um sjóðinn nr. 88/2003, sem kveður á um að krafa hans njóti sömu stöðu í skuldaröð í búinu og hún hefði ella notið. Samningarnir hafa í för með sér að innstæðueigandinn er eins settur og hann hefði verið ef tryggingarsjóðurinn hefði leyst til sína alla kröfuna á þrotabúið og gert upp við innstæðueigandann samkvæmt þeirri reglu sem lögin kveða á um. Ábyrgðarsjóður launa hefur allt aðra stöðu en Tryggingasjóður innstæðueigenda. Hann er félagslegur sjóður sem hefur það hlutverk að tryggja lágmarksréttindi launamanns þegar fyrirtæki verður gjaldþrota þannig að launamaðurinn fái að minnsta kosti hluta sinna launa strax til að framfleyta sér og sínum. Honum ber ekki eins og Tryggingasjóðnum að bæta allt tjónið eða tiltekið hlutfall þess eftir því sem eignir sjóðsins leyfa.

Í viðræðum samningsaðila var lagaleg staða í þessum efnum til umfjöllunar. Hinir erlendu aðilar höfðu kynnt sér lagaákvæði á Íslandi um þetta efni og notið til þess aðstoðar innlendra ráðgjafa. Töldu þeir ljóst að engin ákvæði hinna íslensku laga gerðu ráð fyrir mismunandi forgangi á kröfum vegna innstæðna. og í samningaviðræðunum lá það fyrir af hálfu stjórnvalda og Tryggingasjóðs innstæðueigenda að jafnræði myndi ríkja í úthlutun til allra forgangskröfuhafa óháð því hvort þeir hefðu fengið kröfu framselda til sín í heild eða hluta til Sjónarmið hinna erlendu aðila koma fram í meðfylgjandi tölvupósti frá Gary Roberts, formanni bresku samninganefndarinnar, en tölvupósturinn kom sem svar við fyrirspurn sem beint var til þeirra. Í því kemur einnig fram að slíkan forgang sé hvorki að finna í enskri né hollenskri löggjöf og að slík ákvæði myndu vera í andstöðu við tilskipanir ESB á þessu sviði en um það er einnig fjallað í meðfylgjandi skeyti (í þýðingu) frá Jan Marten von Dijk, lögfræðingi hjá De Brauw sem aðstoðaði hollensku samninganefndina, til Páls Þórhallssonar lögfræðings í forsætisráðuneytinu.

Aðrar réttarheimildir, jafnræðissjónarmið og bann við mismunun

Eins og fram er komið þarf við túlkun íslensku laganna um gjaldþrotaskipti í þessu samhengi einnig að líta til skuldbindinga íslenska ríkisins skv. EES-samningnum og annarra skuldbindinga sem þetta snerta og íslensk stjórnvöld hafa undirgengist.

Evrópuréttur

Ein af grundvallarreglum EES-samningsins er bann við mismunun á grundvelli þjóðernis, en almenna reglu þess efnis er að finna í 4. gr. samningsins. Reglan bannar ekki einungis aðgerðir sem fela í sér beina mismunun, heldur einnig allt það sem leiðir í framkvæmd til þess að útlendingar reynist verr settir en innlendir aðilar. Reglan er ítrekuð í afleiddri löggjöf á mörgum sviðum, þ. á m. frjálsum fjármagnsflutningum.

Í tilskipun 94/19/EB um innstæðutryggingakerfi er í 11. gr. kveðið á um að innstæðutryggingakerfin skuli hafa rétt til að yfirtaka réttindi innstæðueigenda við gjaldþrotameðferð í samræmi við þá fjárhæð sem þau greiða út. Ekki er gert ráð fyrir að þessi réttur sé frábrugðinn þeim rétti sem eftir kann að standa hjá innstæðueiganda. Af þessari tilskipun og breytingu á henni með tilskipun 2009/14/EC um innstæðutryggingar hvað varðar ábyrgðir og greiðslutafir leiðir að allir innstæðueigendur, þ.m.t. í útibúum í öðru aðildaríki, skuli tryggðir með sama tryggingarkerfinu.

Áhersla á sömu meðferð allra kröfuhafa kemur einnig fram í tilskipun 2001/24/EC um endurskipulagningu og gjaldþrotaskipti lánafyrirtækja. Í 16. gr. tilskipunarinnar segir:

„All claims of creditors whose domiciles, normal place of residence or head office are in a Member state other than the home Member state shall be treated in the same way and accorded the same ranking as the claims of an equivalent nature which may be lodged by creditors having the domiciles, normal place of residence, or head office in the home Member state.“

Með hliðsjón af mikilvægi Evrópuréttar í þessu efni var óskað eftir lögfræðilegri álitsgerð um það frá Dr. Pierre Mathijsen, prófessor við Vrije Universiteit Brussel hvort það að veita Tryggingasjóði innstæðueigenda sérstakan forgang umfram aðra innstæðueigendur og kröfuhafa í eigu LÍ við gjaldþrotaskipti búisins samrýmdist EES rétti. Hin lagalega álitsgerð hans fylgir hér með.

Í álitsgerðinni rekur prófessor Mathijsen gildandi EES rétt sem reyna myndi á ef Tryggingasjóði innstæðueigenda væri veittur meiri forgangur en öðrum innstæðueigendum við skipti á þrotabúi LÍ, sérstaklega reglur um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis. Rekur hann þau ákvæði EES sáttmálans og ýmsa dóma Evrópudómstólsins sem um þetta fjalla. Meðal þess sem kemur fram er að ekki sé nægilegt að líta á formið eitt heldur þurfi að meta hvort “de facto” mismunun sé fyrir hendi.

Í álitsgerðinni fjallar Mathijsen einnig um að hugsanlegt sé að réttlæta mismunun með sérstökum almannahagsmunum (imperative requirements in general interests) enda séu þær byggðar á lögætum markmiðum, þjóni þeim og séu hóflegar. Slíkar ráðstafanir sé ekki unnt að ákveða einhliða og án eftirlits af hálfu sambandsins.

Mathijsen fjallar einnig um setningu neyðarlaganna þegar eignir voru fluttar í nýju bankana til fullrar tryggingar á innstæðum á Íslandi og bendir á að þær spurningar hafi vaknað hvort í þessu felist mismunun. Hann reynir ekki að svara þeirri spurningu en bendir á að með lögunum hafi öllum innstæðum, íslenskum sem erlendum, verið veittur forgangur gagnvart öðrum kröfum. Í framhaldi af því bendir Mathijsen á að staða erlendra innstæðueigenda myndi versna verulega samanborið við innlenda kröfuhafa ef þeir nytu ekki fulls forgangs í þrotabúi LÍ. Á sama hátt sé ljóst að Tryggingasjóðurinn og þar með íslenska ríkið myndi hagnast mikið ef sá sjóður nyti ofurforgangs. Það myndi leiða til þess að verðmæti þeirra eigna sem kæmu til skipta milli annarra innstæðuréttshafa, fyrst og fremst Breta og Hollendinga rýrnar að sama skapu.

Til að svara þeirri spurningu hvort slík mismunun geti verið réttlætunleg bendir Mathijsen á að ekki sé líklegt að hana megi styðja með efnahagslegum rökum svo sem að jafnræði leiddi til hærri skatta eða niðurskurðar annarra útgjalda. Þetta virtist þó vera einu ástæðurnar sem hægt væri að tilgreina því að endurheimtu eigna úr þrotabúi. Forgangsröðun kröfuhafa sé ekki hægt að líta á sem hluta af neyðarráðstöfununum sem teknar voru sl. haust til að tryggja almannahag. Því sé það að gefa

Tryggingasjóðnum ofurforgang í bú Lí brot á banni við mismunun skv. EES samningnum sem ekki væri hægt að réttlæta með lögmætu markmiði.

Niðurstaða prófessors P. Mathijsen er afdráttarlaus sú að túlkun íslenskra laga á þann veg að fengi Tryggingasjóður innstæðueigenda sérstakan forgang miðað við aðra innstæðueigendur og kröfuhafa í eignir þrotabús Lí væri það mismunun sem ekki samrýmdist skuldbindingum Íslands samkvæmt EES samningunum. Slíka mismunun væri ekki hægt að réttlæta með tilvísun til lögmætra markmiða.

Ekki verður séð hvernig sá skilningur á ákvæðum íslensku laganna um gjaldþrotaskipti að gera eigi greinarmun á forgangsstöðu innstæðueigenda eða þeirra, þ.e. tryggingasjóðanna sem yfirtekið hafa kröfur þeirra, geti samrýmt framangreindu.

Viljayfirlýsing í tengslum við aðstoð Alþjóðagjaldeyrissjóðsins

Í þessu samhengi skipta og miklu máli þær sérstöku skuldbindingar, sem Ísland hefur undirgengist og varða stöðu kröfuhafa í þrotabú Lí. Í viljayfirlýsingu um áform íslenskra stjórnvalda vegna fjárhagslegrar fyrirgreiðslu hjá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum, frá 3. nóvember 2008, sem lá til grundvallar tillögu til þingsályktunar um fjárhagslega fyrirgreiðslu hjá Alþjóðagjaldeyrissjóðnum, segir í 9. gr.:

„Við höfum einsett okkur að koma á traustu og gagnsæju ferli í samskiptum við innlánshafa og lánveitendur hinna yfirteknu banka. Unnið er skipulega að sambærilegu samkomulagi við alla þá erlendu aðila sem hagsmuna eiga að geta gagnvart Tryggingasjóði innstæðueigenda og fjárfesta hér á landi í samræmi við lagaramma EES. Ísland hefur heitið því að virða skuldbindingar á grundvelli innstæðutryggingakerfisins gagnvart öllum tryggðum innlánshöfum. Þetta byggist á þeim skilningi að unnt verði að forfjármagna þessar kröfur fyrir tilstyrk viðkomandi erlendra ríkja og að jafnt Ísland sem þessi ríki séu staðráðin í að efna til viðræðna á næstu dögum með það að markmiði að ná samkomulagi um nánari skilmála vegna þessarar forfjármögnunar. Enn fremur viðurkennum við að það sé lykilateki í réttlátri meðferð gagnvart innstæðueigendum og kröfuhöfum á hendur yfirteknu bönkunum að nýju bankarnir greiði sannvirði fyrir þær eignir sem fluttar voru frá gömlu bönkunum. Við höfum komið upp gagnsæju ferli þar sem tvö teymi sjálfstæðra endurskoðenda sjá um að meta sannvirði eigna. Almenn munum við tryggja að meðferð á innstæðueigendum og lánardrottnum sé sanngjörn, jöfn og án mismununar og í samræmi við gildandi lög.“

Rétt er að geta þess að þessum lið viljayfirlýsingarinnar var breytt 15. nóvember 2008 (m.a. bætt við orðunum „án mismununar“ í lokamálsgreininni) til að greiða fyrir afgreiðslu stjórnar sjóðsins, eftir samkomulag náðist um, svokölluð Brussel viðmið, sem leystu Icesave málið úr þeim hnúti sem þá var á það kominn.

Þegar litið er á þau ákvæði Evrópuréttar, sem tilgreind eru hér að framan er ljóst hve þungvæg krafa um jafnræði milli kröfuhafa, þ.m.t. innstæðueigenda, gagnvart þrotabúi Lí er. Ekki er síður augljóst að sú sérstaka skuldbinding sem lýst er yfir af hálfu Íslands í umsókn um stuðning Alþjóðagjaldeyrissjóðsins útilokar það að mismuna innlendu og erlendu tryggingasjóðunum, sem hafa yfirtekið kröfur innstæðueigenda að hluta eða að öllu leyti. Enda myndi slík mismunun brjóta gegn bæði evrópsku jafnræðisreglunum og hinni sérstöku yfirlýsingu Íslands í samkomulaginu við Alþjóðagjaldeyrissjóðinn.

Jafnræði með sjóðunum – engum mismunad.

Í samningum íslenska tryggingasjóðsins við tryggingasjóði hinna erlendu ríkja er í samræmi við framangreinda afstöðu samið um að það fé sem rennur úr þrotabúi Lí skiptist á milli sjóðanna í hlutfalli við þær kröfur sem þeir hafa leyst til sín frá innstæðueigendum. Með því er verið að tryggja

að jafnræði sé með sjóðunum í þessu efni og að engum þeirra sé mismunað.

Einhverjir hafa orðið til þess að túlka samningsákvæðin svo að þau komi í veg fyrir að leitað verði til dómstóla með ágreiningum um það hver sé forgangsréttarstaða krafna í þrotabú LÍ. Svo er ekki. Eðli máls samkvæmt geta aðilar að þessum samningi, þ. e. tryggingasjóðirnir hvorki bundið hendur annarra kröfuhafa né geta ákvæði samningsins verið bindandi fyrir dómstóla. Ákvæði samninganna kveða eingöngu á um fjárhagslegt jafnræði milli sjóðanna m.t.t. úthlutunar úr þrotabú LÍ.

Niðurstaða

Það var samdóma álit samningsaðila að samkvæmt ákvæðum íslenskra laga stæðu kröfur tryggingasjóða landanna jafnar hvað varðar forgang í þrotabú LÍ. Sú afstaða byggist á skoðun og framkvæmd sem er almenn meðal lögfræðinga með reynslu í skiptarétti og leitað hefur verið til. Önnur sjónarmið, einkum byggð á takmarkaðri framkvæmd laga um Ábyrgðasjóð, eru til staðar en hafa ekki verið studd fullnægjandi lagarökum hvað Tryggingasjóð innstæðueigenda varðar.

Tilskipanir Evrópusambandsins sem þetta varða mæla fyrir um að kröfuhöfum í þrotabú sé ekki mismunað. Ákæði laga um forgangsröðun krafna innan innstæðueigendahópsins gagnvart úthlutun úr þrotabú myndu vera ósamrýmanleg þessum tilskipunum.

Mismunun á milli tryggingasjóðanna við úthlutun úr þrotabú væri mismunun sem ekki samrýmdist skuldbindingum Íslands í EES samningunum. Slíka mismunun væri ekki hægt að réttlæta með tilvísun til lögmætra markmiða.

Mismunun sjóðanna hefði farið í bága við viljayfirlýsingu íslenskra stjórnvalda sem gefin var vegna aðstoðarsamkomulags við Alþjóðagjaldeyrissjóðinn.

Ákvæði samninganna fjalla ekki um rétt til að leita til dómstóla með ágreiningsefni sem varðar forgang í þrotabú LÍ né binda þeir hendur dómstóla. Þau kveða einungis á um fjárhagslegt jafnræði tryggingasjóðanna gagnvart því sem til þeirra kemur úr þrotabúinu. Með þeim hætti tryggja þau þær fjárhagslegu forsendur sem gengið var út frá við gerð samningsins og eru forsendur hans og uppfylla kröfur um jafnræði og bann við mismunun.

Sú túlkun gjaldþrotaskiptalaganna að köfur íslenska tryggingasjóðsins njóti forgangs umfram kröfur hinna erlendu tryggingarsjóða kynni þegar hún er skoðuð í tengslum við neyðarlögin, sem gerðu innstæður að forgangskröfum, leiða til þeirrar niðurstöðu að þau lög feli í reynd í sér meiri mismunun milli innlendra og erlendra innstæðueigenda en talið hefur verið og gæti því veikt stöðu þeirra.

Fylgiskjöl:

- Minnisblað Eiríks Þorlákssonar og Helga Jóhannessonar
- Grein Ástráðs Haraldssonar og Ásu Ólafsdóttur
- Tölvupóstur: Gary Roberts
- Skeyti Jan Marten von Dijk
- Greinargerð P. Mathijsen, prófessors við Vrije University Brussel

Reiknað á röngum forsendum

Þeir Ragnar H. Hall, lögmaður og Eiríkur Tómasson lagaprófessor hafa á opinberum vettvangi haldið því fram að skuldbindingar vegna innstæðutrygginganna í lcesave málinu hafi verið rangt reiknaðar.

Takmarkaður rökstuðningur hefur fylgt fullyrðingum þeirra en þó verður helst skilið að þeir telji að réttur lagaskilningur leiði til þess að krafa ábyrgðarsjóðs innstæðutrygginga eigi að njóta einhvers konar aukins forgangs fram yfir aðrar forgangskröfur við úthlutun úr þrotabúi Landsbanka. Í því sambandi er vísað til þeirra reglna sem beitt hafi verið við úthlutun til Ábyrgðasjóðs launa eftir að hann hefur leyst til sín hluta af forgangskröfu launamanns.

Þessi skilningur á gildandi framkvæmd um úthlutun til Ábyrgðasjóðs launa er okkur framandi. Þó höfum við bæði fengist mikið við gjaldþrotarétt, bæði sem skiptastjórar og sem kennarar í fullnusturéttarfari. Þvert á móti teljum við að gildandi framkvæmd sé eindregið þannig að Ábyrgðasjóður launa eignist einungis hliðsetta stöðu við launamanninn sem hann keypti hluta kröfu af þegar kemur að úthlutun úr þrotabúi en alls ekki neina frekari forgangsstöðu.

Þetta teljum við að hafi verið óumdeild framkvæmd við gjaldþrotaskipti hérlendis um árabíl. Á þetta hefur þó ekki reynt fyrir dómstólum svo okkur sé kunnugt.

Rétt er að taka fram að neyðarlögin svokölluðu koma þessu máli ekki við að öðru leyti en því að þau áskildu að innstæður skyldu taldar meðal forgangskrafna. Í 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl., eru innstæður ekki taldar upp meðal þeirra krafna sem njóta forgangs við gjaldþrotaskipti.

Forgangur innstæðna helgast hins vegar af ákvæðum neyðarlaganna og síðar laga nr. 44/2009 um breytingu á lögum um fjármálafyrirtæki. Í þeim er tekið fram að við slitameðferð fjármálafyrirtækis skuli: „kröfur um innstæður samkvæmt lögum um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta jafnframt teljast til krafna sem njóta rétt hæðar skv. 1. og 2. mgr. 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl.“

Í 115. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. er tekið fram að „Við framsal eða önnur aðilaskipti að kröfu fylgja réttindi á hendur þrotabúi skv. 109.-114. gr.“ Í þessu felst árétting á þeirri almennu reglu, sem ævinlega hefur verið talin gilda, að gjaldþrotaskiptarétti og raunar hvarvetna í kröfurétti einnig, að framsalshafi kröfu eignist þann rétt sem framseljandi átti en ekki betri rétt einsog Ragnar og Eiríkur virðast álíta.

Í 3. mgr. 10. gr. laga um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta segir: „Komi til greiðslu úr sjóðnum yfirtekur hann kröfu kröfuhafa á hendur hlutaðeigandi aðildarfyrirtæki eða þrotabúi. Krafa sjóðsins nýtur rétt hæðar í samræmi við 1. mgr. 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl.“

Tryggingasjóðurinn yfirtekur því hluta kröfu innstæðueiganda, að því marki sem sjóðurinn hefur greitt innstæðueiganda innstæðu sína. Þá verður í raun um að ræða tvær kröfur sem lýst verður í bú fjármálafyrirtækis vegna einnar innstæðu. Krafa Tryggingarsjóðs annars vegar og krafa innstæðueiganda vegna þeirrar fjárhæðar, sem hann hefur ekki fengið bætta, hins vegar.

Það er því ljóst ef ákvæði laganna eru lesin að allar kröfur um innstæður samkvæmt lögum um innstæðutryggingar teljast forgangskröfur á grundvelli 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. Ekki verður séð að neins staðar í þessum eða öðrum lagaákvæðum sé mælt fyrir um mismunandi rétt hæð þeira eftir því hver kröfuhafinn er.

Í 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. segir: „Næstar kröfum skv. 109.-111. gr. ganga að rétttri tiltölu við fjárhæð hvernar kröfu.“ Er því síðan lýst hvaða kröfur flokkist þar undir. Ekki er gerður neinn

greinarmunur á tegund krafna innbyrðis, eins og er t.d. gert í 110. gr. laganna.

Þá er hvorki í lögum um innstæðutryggingar að finna ákvæði sem kveður á um að kröfur Tryggingasjóðsins skuli vera réttthærri en aðrar forgangskröfur, né heldur er fjallað um það í lögum um fjármálafyrirtæki.

Þau lagaákvæði sem veita Tryggingasjóðnum og almennum innstæðuhöfum forgangsrétt við úthlutun, vísa einungis til 112. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. Þar er ekki gert ráð fyrir innbyrðis forgangi þessara krafna heldur þvert á móti tekið fram að greiðast skuli upp í kröfurnar samkvæmt tiltölu.

Til að unnt væri að líta svo á að sumar forgangskröfur gengju framar öðrum þyrfti að vera til þess lagastoð eða sérstaklega um það samið milli upphaflegs forgangskröfuhafa og þess sem eignast hluta kröfu hans að sá síðarnefndi skuli njóta forgangs við úthlutunina.

Ása Ólafsdóttir og Ástráður Haraldsson
Höfundar eru hæstaréttarlögmenn.

Frá: "Roberts, Gary" <Gary.Roberts@hm-treasury.x.gsi.gov.uk>
Dags: 22.07.2009 18:31:56
Til: <Indridi.h.thorlaksson@fjr.stjr.is>
Afrit: "Peters, A (Anouk) (FM/FS)" <a.peters@minfln.nl>, "Stassen, Yvonne" <yvonne.stassen@minbuza.nl>, "Barnard, JC (Johan) (FM/AL_FM)" <j.c.barnard@minfln.nl>, "Gurga, Hannah" <Hannah.Gurga@hm-treasury.x.gsi.gov.uk>
Efni: RE: Clarification on waiver of sovereign immunity

Dear Indriði

Thank you for your email. I have discussed this email response with Johan.

I think that you are referring to the "pari passu" provision in 3.1.2(b) of the Dutch Loan Agreement, and its equivalent in the UK document.

The background to this provision is that shortly before the loan agreements were signed the same lawyers (to whom you refer in your email) started to circulate this theory of a so-called "superpriority" in favour of DIGF. My legal advice is that no such super-priority exists under Icelandic law. This is also the position of DIGF - Aslaug confirmed that there was no super-priority during the negotiations. If there were a superpriority for DIGF, this would result in an unequal treatment of the Landsbanki creditors, which would conflict with the principle of equal treatment of creditors. For that reason, there is no superpriority under Dutch law or under English law; Jan Marten van Dijk of De Brauw confirmed this to Pall Thorlasson last week. The effect of superpriority would be that the burden of the deposit guarantee system would be placed on the other creditors of the bankrupt bank. Jan-Marten summarised to Pall last week in an email the ways in which such a superpriority would also conflict with the applicable European directives and with the principles underlying them.

It was against this background that the "pari passu" provisions were inserted into the loan agreements - we agreed with you and with DIGF that no such superpriority right exists in favour of DIGF. It follows from this that both Johan and I think that the answer to your two questions is "no" in both cases. We agreed in the loan agreements that if such a right were to be asserted (as certain lawyers in Iceland now seem to be doing) that would be contrary both to Dutch and English law and to applicable European directives. For that reason, and to try to pre-empt exactly the sort of unfounded arguments which are currently being raised, the contractual provisions were agreed upon.

I hope that this provides a helpful explanation for you in addressing this point.

If there are any other points you would welcome clarification on it would be helpful to know this week as summer is upon us. Johan is currently on leave. On Monday I go to China for a 9-day business trip and Hannah will also be on leave. As such contact with us will be more difficult.

Gary

-----Original Message-----

From: indridi.h.thorlaksson@fjr.stjr.is [mailto:indridi.h.thorlaksson@fjr.stjr.is]

Sent: 21 July 2009 17:28

To: Barnard, JC (Johan) (FM/AL_FM); Roberts, Gary

Cc: Peters, A (Anouk) (FM/FS); Stassen, Yvonne

Subject: Re: Clarification on waiver of sovereign immunity

Kæri Páll,

Eins og fram kemur í tölvupósti mínum hér fyrir neðan skoðaði ég viðkomandi evrópskar tilskipanir.

Af inngangsorðum í tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi (Stjtfð. EB L-135, 31/5/1994, bls. 5-14) og tilskipun 2009/14/EB um breytingu á fyrri tilskipun, að því er varðar tryggingarstig og töf á greiðslu (Stjtfð. ESB L-68, 13/3/2009, bls. 3-7), leiðir að allir innstæðueigendur skulu njóta verndar **sama innlánatryggingakerfis**:

„Í því tilviki að gjaldþrota lánastofnun er lokað skulu innstæðueigendur í hverju því útibúi, sem staðsett er í aðildarríki öðru en því sem lánastofnunin hefur aðalskrifstofu sína, njóta verndar sama tryggingakerfis og aðrir innstæðueigendur stofnunarinnar.“

„4) Sams konar trygging skal gilda um alla innstæðueigendur án tillits til þess hvort gjaldmiðill aðildarríkis er evrur eða ekki.“

Markmiðið með þessum tilskipunum er að bæta eðlilega virkni innri markaðarins. Meginreglan um jafna meðferð sem hefur verið lögfest í 12. gr. Rómarsáttmálans gegnir afar mikilvægu hlutverki að því er framkvæmd innri markaðarins varðar.

Mikilvægi meginreglunnar um jafna meðferð leiðir einnig af inngangsorðum tilskipunar 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana (Stjtfð. EB L-125, 5/5/2001, bls. 15–23):

„12) Meginreglan um jafna meðferð lánardrottna að því er varðar möguleika þeirra á að grípa til aðgerða krefst þess að stjórnvöld og dómsmálayfirvöld heimaaðildarríkis samþykki þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að lánardrottinnar í gístiaðildarríkinu geti neytt réttinda sinna og gripið til aðgerða innan þeirra tímamarka sem mælt er fyrir um.“

„16) Jöfn meðferð allra lánardrottna krefst þess að lánastofnun sé slitið í samræmi við meginreglurnar um einingu (principle of unity) og algildi (principle of universality), en þess er krafist samkvæmt þeim að stjórnvöld eða dómsmálayfirvöld heimaaðildarríkis hafi einkalögsögu og að ákvarðanir þeirra séu virtar og geti haft þau áhrif sem þeim er ætlað að hafa samkvæmt lögum heimaaðildarríkis, án formsatriða nema kveðið sé á um annað í þessari tilskipun.“

Þetta ætti að fara fram án mismununar gagnvart lánardrottnum með lögheimili í aðildarríki öðru en heimaaðildarríkinu, eftir því hvar þeir hafa búsetu eða hvers eðlis kröfur þeirra eru. Lánardrottnum skulu reglulega, og á viðeigandi hátt, gefnar upplýsingar á meðan á slitameðferð stendur.

Á þessum grundvelli skulu allir lánardrottinnar (innstæðueigendur) hljóta jafna meðferð. Jafnstöðuákvæðið í b-lið 3.1.2 í lánssamningnum við Holland sýnir þetta.

Kæri Páll,

Ástæða jafnstöðuákvæðisins í b-lið 3.1.2 í lánssamningnum við Holland er sú að ef Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta hefði yfirforgangsrétt mundi það leiða til ójafnrar meðferðar lánardrottna Landsbankans, sem er ekki í samræmi við meginregluna um jafna meðferð lánardrottna. Af þeim sökum er engin yfirforgangsréttur samkvæmt hollenskum lögum (eða samkvæmt enskum lögum, ég talaði við Andrew McClean). Áhrif yfirforgangsréttar yrðu þau að kostnaðurinn af innlánatryggingakerfinu mundi færast yfir á aðra lánardrottna gjaldþrota bankans. Ég get gert mér í hugarlund árekstrana við viðkomandi evrópskar tilskipanir eða að minnsta kosti við meginreglurnar sem liggja þeim til grundvallar. Ég ætla að rannsaka þetta nánar og hef svo aftur samband við þig.

P. Mathijsen, Professor
Vrije Universiteit Brussels
Advocaat

Blijde Inkomstlaan, 1
1040 Bruxelles/Brussels
Tel. 02 230 46 69
Fax 02 231 00 35
Email: mathijsen@eu-law.be

LEGAL OPINION

This legal opinion deals with the question whether or not it is contrary to EEA law to grant the Icelandic Deposit Guarantee Fund (*IDGF*) “super” priority over all other depositors and creditors, in relation to the assets of Landsbanki in the insolvency proceedings of that bank.

The opinion will focus on European law, mainly the primary law provision prohibiting discrimination on grounds of nationality¹, also referred to as the basic principle of “equal treatment”. No stand will be taken on the interpretation of the relevant Icelandic legislation apart from the conclusions drawn from a European law point of view.

Introduction

Among the various EC Directives concerning credit institutions, such as Directive 77/780,² Directive 89/299³ and Directive 2002/8,⁴ Directive 94/19/EC⁵ on Deposit Guarantee Schemes is particularly important for formulating answer to the above question. Indeed, it provides that all States must establish a deposit guarantee scheme that ensures that each bank deposit is covered, up to at least 20,000 Euros, in case of bank failure. According to Article 11 of this Directive the Deposit Guarantee Scheme has the right of subrogation for what it pays out. However, the Directive does not in any way deal with the repartition of the estate of the failed financial institution. The question of priority order amongst deposit holders and other creditors is therefore governed by relevant national laws and regulations, based on the applicable EU directives and in accordance with the European Treaties.

When all the major Icelandic banks collapsed in October 2008, the situation of depositors in foreign branches of Landsbanki became uncertain, to say the least. Indeed, the Icelandic Government contested its obligation to guarantee payments in case these exceeded the existing funds of the Deposit Guarantee Fund *i.a.* with reference to the systemic failure of the banking system. Nonetheless, Iceland has given a guarantee to a loan of the *IDGF* from the UK and the Netherlands, pending the approval of Althingi, in order for the fund to meet its obligations of the minimum payment under Directive 94/19. The State guarantee becomes valid on 5 June 2016 and recoveries made from Landsbanki’s liquidation will reduce the amount of the quarterly repayment instalments.

¹ EC Article 12,1.

² [1977] O.J. L322/30.

³ [1989] O.J. L124/16.

⁴ [1999] O.J. L26/4.

⁵ [1994] O.J. L135/5. See in this respect Case C-233/94, Germany v European Parliament and Council : [1997] E.C.R. I-2405 concerning the obligations imposed on all credit institutions and Case C- 22/03: Peter Paul et Alia v Bundesrepublik Deutschland: [2004] E.C.R. I-9425: liability of the supervisory authorities resulting from defective supervision..

It is thus of vital importance for Iceland to make the most of the assets of Landsbanki, in order to ensure that the assets will cover the majority of Landsbanki's debts towards all its depositors. In that regard, the distribution of the assets between the creditors in the insolvency proceedings is essential. It has been argued – both for and against – that the *IDGF* should have priority over other depositors and creditors in the distribution of Landsbanki's assets. This difference of opinion arises from dissimilar interpretation of the Icelandic insolvency legislation. As I am told, Icelandic law provides that during insolvency proceedings of a financial institution, deposits are considered priority claims, cf. the Emergency Act No. 125/2008 and amendment Act to the Act on Financial Institutions No. 44/2009. Similar amendments were made to Article 10 of the Act on the Deposit Guarantee and Compensation Scheme No. 98/1999, establishing that claims made by the *IDGF* are also priority claims according to Article 112 of the Insolvency Act No. 21/1991. Icelandic lawyers seem to differ on whether the *IDGF* can be given a “super” priority status under the current legal regime. In my view, as reasoned below, such an interpretation of Icelandic law would be in contradiction with the obligations of the Icelandic State under the EEA Agreement.

EEA Law

Arguments to the effect that the *IDGF* could be given a greater priority than other depositors in the insolvency proceedings of Landsbanki trigger some issues relating to EEA law, especially the principle of non-discrimination on grounds of nationality or equal treatment.

The purpose of the Deposit Guarantee Scheme was to prevent runs on banks in Europe. That is, to ensure that depositors would trust banks – both domestic and foreign ones – to hold and secure their money, even in the time of crisis. As a result, depositors would put their trust in the Deposit Guarantee Scheme, knowing that they would always be able to recover up to at least 20,000 Euros of their deposits. Although, the Deposit Guarantee Scheme provides a minimum set of security for depositors, the scheme alone is not able to fully prevent runs on banks. To boost depositor's faith in the financial system some Member States have increased the level of protection with their domestic banks. Other Member States have not; this means that the level of protection varies from Member State to Member State. That fact alone can deter depositors from doing business with foreign banks. Furthermore, if national legislation in some Member States is formulated in a manner which makes it more difficult for foreign depositors to recover their deposits in the event of banking failure – leaving domestic depositors unharmed – that could be extremely harmful for the internal market. It is indeed vital for the functioning of the internal market that each Member State respects the rules laid down in the marketplace. Therefore, Member States have to renounce any concession and/or protectionism – of their own companies and citizens – for the greater good of the internal market. As provided for in the EC Treaty and, even more explicitly in the case law of the European courts, a ban on discrimination on grounds of nationality constitutes a basic prerequisite for the functioning of the internal market.

The principle of non-discrimination or equal treatment

The principle of non-discrimination or equal treatment is a fundamental rule in European law and applies to all the fundamental freedoms and other activities of the Community. It is laid down in Article 4 of the EEA Agreement and reads as follows:⁶

“Within the scope of application of this Agreement, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.”

It is a general principle and therefore binding on both the Community and the Member States within the scope of application of EEA law. Moreover, it is mentioned in a number of distinct contexts in the EEA Agreement. The general provision in Article 4 EEA is the underlying principle for all other provisions. It comes into consideration as such when the EEA Agreement does not lay down any specific rules, as is the case with the situation at hand.⁷ The principle is set out to ensure that any discrimination (on grounds of nationality) is eliminated. As the EC Court of Justice put it:

“By prohibiting “any discrimination on grounds of nationality” Article 7 [now Article 12] of the Treaty requires that persons in a situation governed by Community law be placed on a completely equal footing with nationals of the Member State. In so far as this principle is applicable it therefore precludes a Member State from making the grant of a right to such a person subject to the condition that he reside on the territory of that State - that condition is not imposed on the State’s own nationals.”⁸

This includes not only overt discrimination but also indirect discrimination, which can occur when a national rule is “de facto” discriminatory even though the discriminatory purpose of the rule is not obvious. In such cases it is necessary to examine the rule in question to see if the application of the rule has any discriminatory effects on foreign nationals. This includes all forms of discrimination which, by the application of other distinguishing criteria, lead to the same result. According to the Court of Justice:

“It is settled case law of the ECJ that the rules of equal treatment prohibit not only overt discrimination based on nationality but also all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, achieve in practice the same result, see, e.g., the judgments of the ECJ in C-350/96, Clean Car Autoservice: [1998] ECR I-2521 (hereinafter “Clean Car Autoservice”), at paragraph 27, and Case C-266/95, Merino García v Bundesanstalt für Arbeit: [1997] ECR I-3279, at paragraph 33.”⁹

Discriminatory measures may, eventually, be justified by “imperative requirements in the general interest”. In order for this to be acceptable the measures must fulfil three criteria: be based upon a legitimate aim, be suitable to achieve the legitimate aim and, thirdly, they may not go beyond what is necessary to achieve the aim pursued:

“It is settled case-law that the principle of non-discrimination, which has its basis in Articles 12 EC and 43 EC, requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way. Such treatment may be justified only if it is based on objective considerations independent of the nationality of the persons concerned and is proportionate to the objective being legitimately pursued (see, to that effect, Case C-164/07 Wood [2008] ECR I-0000, paragraph 13 and the case-law cited)”¹⁰

⁶ See also Article 12 EC. Resulting from the principle of homogeneity the interpretation and application of Article 12 EC and Article 4 of the EEA Agreement is analogous.

⁷ EFTA Court Case E-5/98 Fagún, para 42.

⁸ Case 186/87, Cowan [1989] ECR 195, para 10.

⁹ EFTA Court Case E-3/98 Herbert Rainford-Towning, para 27.

¹⁰ Case C-524/06 Heinz Huber, para 75.

The above mentioned three grounds must, in the Community context, be interpreted strictly, so that their scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the Community institutions.¹¹ Thus, public policy and public security may be relied upon only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society.¹² Moreover, those derogations must not be misapplied so as, in fact, to serve purely economic ends.¹³

Is there a violation of Article 4 of the EEA Agreement?

In this particular case, it is clear that if Icelandic law provides that the *IDGF* enjoys a greater priority than other depositors in the insolvency proceedings, Landsbanki's debt with the Fund will be paid first and later the outstandings will be divided between the other creditors. That means that the total asset value divided between the other creditors – after the Fund has taken its share – is consequently lower than if the Fund would be placed on equal footing with other creditors.

A part of the measures taken by the Icelandic Government when three of Iceland's major banks collapsed in October was the split up of Landsbanki in two entities, respectively New and Old Landsbanki (here referred to as Landsbanki). All deposits in branches of Landsbanki in Iceland itself were moved to the new entity and statements were made that these deposits would be fully guaranteed by the Icelandic State. This has been explained by the Icelandic Government as having been necessary to maintain a functioning banking system in Iceland and prevent a run on the banks with dramatic and unforeseen consequences. Deposits in foreign branches were however left in the old bank. Given that most Icelanders hold deposits in Iceland and most foreigners hold deposits abroad it is clear that foreign depositors were put in a disadvantaged position, since it is not certain how the assets of the insolvent Landsbanki will be distributed. Questions have been raised whether this constitutes discriminatory behaviour of the Icelandic authorities. Apparently, the Icelandic Government has justified these measures *i.a.* by referring to the fact that the State was not in a credible way able to cover all deposits (with the size of the three major banks being close to 12 times the nation's GDP). However, all deposits, both Icelandic and foreign, were given priority over other claims with the Emergency Act No. 125/2008, according to the Government's statements.

In my view, it is apparent that the foreign depositors' situation would be worsened dramatically, compared to national depositors, if they would not benefit from the priority in Landsbanki's estate as stipulated above. It is clear that the *IDGF* – and consequently the Icelandic State – would benefit vastly if it were given "super" priority over the assets of Landsbanki in the insolvency proceedings. That would lower the value of the assets left for other depositors – being mainly Her Majesty's Treasury (HMT) and the Dutch National Bank (DNB) in subrogation of the majority of deposit holders in those respective Member States: the UK and the Netherlands. If the Emergency Act would not be considered to put all depositors in an equal position of priority claims, the foreign depositors would most likely only receive the minimum of 20,000 Euros of their deposits, if that, while according to statements of the Icelandic Government in October 2008 all depositors in Iceland are fully covered. This would in my view clearly constitute a discriminatory treatment in violation with Iceland's obligations under the EEA Agreement.

¹¹ Case 36/75 Rutili v Minister for the Interior, paras 26 and 27.

¹² Case 36/75 Rutili v Minister for the Interior, para 28, and Case C-348/96 Calfa, para 21.

¹³ Case 36/75 Rutili v Minister for the Interior, para 30.

Then the question arises whether such discrimination can be plausibly justified? It is hard to see that EEA law would accept a justification of economic considerations: for the sole reason that equal treatment would only be achieved at high costs, *i.a.* major increase in taxes or less governmental spending in other fields. This, however, seems to be the only reason to be invoked, since the realization of assets and the order of claimants in the bankruptcy estate cannot be considered to be part of the emergency measures taken in October to secure public order and public security. It is therefore my opinion that giving the *IDGF* “super” priority in Landsbanki’s estate would constitute a breach of the principle of non-discrimination under the EEA Agreement, which cannot be justified with legitimate aims.

Since the aim would not be considered legitimate, it is not necessary to evaluate whether the measures would be suitable and necessary to achieve the aims pursued, but nevertheless it seems quite clear that fulfilling the proportionality test would be very far-fetched.

Conclusion

With reference to the aforesaid it is my conclusion that an interpretation of Icelandic law according to which *IDGF* would have “super” priority over other depositors and creditors in relation to the assets of Landsbanki in its insolvency proceedings would clearly constitute a discriminatory treatment in contradiction with Iceland’s obligations under the EEA Agreement. Such discrimination could not be justified with reference to legitimate aims, since economic considerations are not accepted as a justification for illegitimate action.

Prof. Mr. Dr. P.S.R.F Mathijsen
Brussels, 28.07.09