

ÞÝÐING Á ÞÝSKRI GREIN EFTIR TOBIAS FUCHS

334 EWS Heft 8/2011 Fuchs, Einlagensicherung-“Icesave”
(Innistæðutrygging-“Icesave”).

Tobias Fuchs, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

Er óvissa notuð sem aðferð við gerð réttarreglna á sviði innistæðutryggingar? – “Icesave”

Athugasemd við rökstutt álit Eftirlitsstofnunar EFTA frá 10.06.2011.

Ekki síðar en frá hausti 2008 hafa takmarkanir og ekki síst hugmyndafræðilegir ágallar evrópska innistæðutryggingakerfisins verið opinbert leyndarmál. Greinilega vill enginn taka á sig ábyrgðina á því að lýsa þessu yfir né svo mikið sem gefa í skyn samþykki sitt við þessu. Komi til greiðsluþurrðar innistæðutryggingakerfis, sem hefur eðlilega fjármögnun, er viðkomandi aðildarríki hvorki skv. Tilskipun 94/19/EB, né með hliðsjón af fyrirhugaðri endurskoðun, bakábyrgðarskuldbundið fyrir lágmarksinnistæðutryggingunni.

I. Inngangur

Fyrir rúmu ári tók Eftirlitsstofnun EFTA fyrsta skrefið að því að hefja samningsbrotamál gegn EES-aðildarríkinu Íslandi í hinu svonefnda Icesave-máli (1). Í áminningarbréfi sínu rökstuddi hún að brotið hefði verið gegn Tilskipun 94/19/EB um innistæðutryggingar, þar eð íslenska innistæðutryggingakerfið hefði ekki náð að fullnægja gr. 7 um lágmarkstryggingu uppá 20000 Evrur, skv. Tilskipuninni eins og hún var í gildi árið 2008 (2). Síðar eftir nákvæma greiningu á tilskipuninni kom í ljós að slík óskilyrt skuldbinding um lágmarkstryggingu fær aðeins lagalega staðist svo fremi að litið verði svo á að aðildarríkin væru nú þegar skv. afleiddum rétti skuldbundin til að fjármagna hugsanlegt greiðsluþrot viðkomandi tryggingakerfis með ríkis-bakábyrgð til tryggingar lágmarksupphæðinni (3). Engar vísbendingar eru um að í orðalagi tilskipunarinnar sé að finna rök fyrir slíkri ríkis-bakábyrgð að afleiddum rétti og einkum með hliðsjón af andstæðum túlkunum á lagasetningarferlinu (4) er enginn grundvöllur fyrir ásökunum á hendur Íslandi um að hafa gengið gegn tilskipuninni um innistæðutryggingar (5). Eftir að viðleitnin til að leysa deiluna með samkomulagi sigldi endanlega í strand í apríl 2011 var samningsbrotamálið aftur sett á dagskrá hjá Eftirlitsstofnun EFTA (6). Þann 10. júní 2011 opinberaði ESA rökstutt álit sem síðasta ákæruskref áður en samningabrotamál yrði höfðað gegn Íslandi fyrir EFTA-dómstólnum.

Það kemur líklega ekki mjög á óvart að Eftirlitsstofnun EFTA hefur í hinu „rökstudda álit“ ekki endurskoðað þann skilning á réttarstöðunni sem kom fram í formlega

áminningarbréfinu, einkum með tilliti til þess að stofnunin byggir þá afstöðu að skilyrðislaus ríkisábyrgð á lágmarksinnistæðutryggingu sé fyrir hendi á ríkjandi túlkun yfirmanna lögfræðipjónustu Framkvæmdastjórnar og Ráðherraráðs ESB sem og bankastjóra Seðlabanka Evrópu (7). Þess var varla að vænta að Eftirlitsstofnun EFTA endurskoðaði afstöðu sína þar sem með því hefði stofnunin sagt skilið við þennan sameiginlega skilning ESB-stofnananna; ekki sízt með tilliti til þess að slíkt hefði jafngilt fyrstu opinberlega yfirlýstu viðurkenningunni á innbyggðum takmörkunum hins evrópska innistæðutryggingakerfis. Einnig vegna grundvallarþýðingar vandamálsins innan Evrópusambandsins, sérstaklega þegar horft er til fyrirhugaðrar endurskoðunar á innistæðutryggingar-tilskipuninni (8) verður hér á eftir lagt gagnrýnið mat á rökstuðning ESA eins og hann birtist í rökstuddu álitu þess.

II. Ríkisábyrgðartrygging aðildarlandanna til tryggingar lágmarksinnistæðu?

Meingagnrýnin á hina lagalegu röksemdafærslu í álitinu beinist að því að ófullnægjandi tillit hafi verið tekið til þess sem lagt var til grundvallar þegar innistæðutryggingar-tilskipunin var sett á sínum tíma. Það er óumdeilt að grundvallarinntak tilskipunarinnar er að fjármálasfyrirtækin fjármagni sjálf tryggingarsjóðina, sem þýðir að sjóðurinn er þá aðeins fær um að bæta mjög lítil bótaskyld tjón (9). Áhættan á samtíma hruni, annað hvort meirihluta innlánsstofnana eða aðeins nokkurra stofnana, sem þó geyma meirihluta tryggðra innlána aðildarríkis, eru ekki tryggingabær fyrir sanngjarnt tryggingariðgjald. Þess vegna hefði tilskipunarsmiðurinn einvörðungu með því að kveða á um bakábyrgð aðildarríkjanna að afleiddum rétti náð fram óskilyrtri lágmarkstryggingu.

Það er mikilvægt að gera sér grein fyrir að hér er ekki um að ræða spurninguna um (frumréttarlega) ríkisábyrgð sbr. Francovich-dóm Dómstóls ESB (10). Reyndar yrði í þessu samhengi sömuleiðis fyrst að rökstyðja að fyrir liggi brot gegn innistæðutryggingar-tilskipuninni. Með hliðsjón af óvissunni um upprunalegt markmið tilskipunarmarkinnar, hvað snertir umfang hinnar fjárhagslegu árbyrgðar viðkomandi tryggingakerfis, myndi ríkisábyrgðarkrafa raunar í öllu falli stranda á skilyrðinu um fullnægjandi hæfi (kvalifikasjón) brotsins (11). Aftur á móti myndi bein bakábyrgð aðildarríkis að afleiddum rétti til að ábyrgjast lágmarksinnistæðutryggingu ekki falla undir neina þess konar takmörkun.

1. Málfræði- og söguleg útlekking innistæðutryggingartilskipunarinnar.

Af þessari ástæðu beinist hin lögfræðilega umræða í Icesave-málinu með réttu að umfangi beinnar skuldbindingar EES-aðildarríkjanna svk. tilskipuninni. Til skýringar er rétt að minna á að út frá orðalagi tilskipunarinnar (eins og hún var árið 2008 (12)) er bakábyrgð aðildarríkis þar ekki að finna:

3. gr. , 1. málsg.

Sérhvert aðildarríki skal tryggja að á yfirráðasvæði þess sé komið á einu eða fleiri innlánatryggingakerfum sem eru viðurkennd af stjórnvöldum. Að undanskildum þeim tilvikum sem segir í annarri undirgrein og í 4. mgr. má engin lánastofnun með leyfi í viðkomandi aðildarríki samkvæmt 3. gr. tilskipunar 77/780/EBE taka við innlánum nema hún sé aðili að slíku kerfi.

7. gr. , 1. málsg.

Innlánatryggingakerfin tryggja að samanlögð innlán hvers innstæðueiganda séu tryggð upp að 20 000 ECU ef innlánin verða ótiltæk.

Hvort hægt sé að lesa á milli lína í þessum lagafyrirmælum að af þeim megi leiða bakábyrgð aðildarríkjanna á innistæðum, þótt ekki sé kveðið á um slíkt berum orðum, fer eftir því hvort slíkt samræmist því sem lagt var til grundvallar þegar tilskipunin var sett á sínum tíma og eftir því hvort hægt sé að sýna fram á að slíkur hafi verið upprunalegur tilgangur tilskipunargjafans.

Í útgangspunktinum kemst maður ekki fram hjá þeirri staðreynd að í byrjun 10. áratugarins hafi Evrópusambandið sem löggjafi verið vel meðvitað um takmarkanir fyrirhugaðs innistæðutryggingakerfis síns, og þar með að virk trygging fyrir greiðslu lágmarksupphæðar væri háð tilveru bakábyrgðar aðildarríkjanna að afleiddum rétti. Í upphaflegu tilskipunardrögum frá 1992 hafði framkvæmdastjórn ESB skilmerkilega varpað fram þeirri spurningu, hvort sá möguleiki skyldi vera fyrir hendi að hið opinbera styddi tryggingakerfin fjárhagslega í algerum neyðartilfellum og í þeim tilfellum að möguleikar kerfanna væru þá þegar þrotinir (13)“. En í þessu samhengi var eingöngu rætt um það hvort aðildarríkin, í ljósi banns við ríkisaðstoð, ættu yfir höfuð að fá lagalegan möguleika til slíks inngrips eða hvort það væri ekki betur við hæfi að kveða á um skýlaust bann við ríkisafskiptum (14). Í þessu ljósi kemur það verulega á óvart að það skyldi ekki vera í tilskipuninni minnst á skyldu eða rétt ríkisins til inngripa (eða að láta slík inngrip vera) þegar hinn fyrirséði vandi kæmi upp og reyndi á útgreiðslur úr innistæðutryggingasjóði. Að ekki skuli vera á þetta minnst í tilskipuninni segir manni, þegar hún er samlesin við tilskipunardrögin, að það hafi verið meðvitað ákvörðun tilskipunargjafans að kveða ekki á um bann við ríkisinngrípum til að tryggja útgreiðslur úr innistæðutryggingasjóðum; að sama skapi er heldur ekki kveðið á um skyldu til ríkisinngripa.

a) Þrátt fyrir réttaróvissu.....

Reglugerðargjafinn skuldar skýringar á því hvers vegna hann kys að kveða ekki skýrar að orði en þetta. Það hefur örugglega ekki verið í alla staði óþægilegt að setja takmörk tryggingakerfanna algerlega út fyrir sviga því það hefur sparað þingi og Ráðherraráði ESB það vandasama verkefni að semja skýrar og ótvíræðar réttarreglur um vandann sem við var að etja: Með því að kveða í texta tilskipunarinnar skýrt á um bakábyrgð aðildarríkjanna að afleiddum rétti – að ekki sé minnst á spurninguna um það hvort það væri yfirleitt á valdi ESB að setja slíkar reglur með tilheyrandi áhættu fyrir ríkissjóði aðildarríkjanna – þá hefði vafalaust verið tvísýnt um meirihlutastuðning við tilskipunina í Evrópuþinginu og Ráðherraráðinu. Ef á hinn

bóginn hefði verið kveðið skýrt á um útilokun bakábyrgðar aðildarríkjanna – m.ö.o. ef viðurkenning á takmörkum hins evrópska innistæðutryggingakerfis hefði verið færð í lög – hefði það beinlínis stuðlað að því að veikja traust innistæðueigenda á kerfinu. Væntingar um að áhættan af ónógri fjármögnunargetu innistæðutryggingakerfisins myndi ekki koma í ljós, kann þess vegna hafa stuðlað að vissri ró, eða jafnvel þó svo á það reyndi að þá myndu aðildarríkin, í ljósi pólitískrar ábyrgðar þeirra á stöðugleika fjármálakerfisins, sjálfviljug ákveða að bæta hlutaðeigandi innistæðuhöfum tjónið úr sjóðum skattgreiðenda. Það er hægt að sýna því vissan skilning að ESB-löggjafinn hafi á sínum tíma sýnt þessa ákvarðanafælni, en frá lögfræðilegu sjónarhorni gildir það eitt, að spurningunni um bakábyrgð að afleiddum rétti var ekki svarað. Samsvarandi skuldbinding aðildarríkjanna varð þar með ekki hluti af tilskipuninni.

Í þessu ljósi er óheppilegt að tilskipunin skuli innihalda nokkur misvísandi fyrirmæli, sem einangrað skoðað gefa í skyn skilyrðislausu skuldbindingu til tryggingar lágmarksinnistæðu. Þar ber sérstaklega að nefna 10. gr. Tilskipunar 94/19/EB, en þar er viðurkennt að í tilfalli “óvenjulegra aðstæðna” eigi tryggingakerfin (eingöngu) möguleika á framlengingu á fresti til greiðslu á innistæðutryggingabótum. Eftirlitsstofnun EFTA byggir á þessu alla sína röksemdafærslu fyrir bakábyrgð aðildarríkja að afleiddum rétti (15)

Sannfæringarkraftur þessarar túlkunar tilskipunarinnar dofnað þó með hliðsjón af því sem hér á undan er rakið um það hvernig tilskipunin varð til á sínum tíma. Að sama skapi virkar hið rökstudda álit, sem er grundvallað á því að innistæðutryggingarhugsunin sé algild, formlegt og slitið úr samhengi (16).

Reglugerðin kveði á um *obligation of result* (17) til að tryggja greiðslu lágmarksinnistæðu en ekki einvörðungu *obligation of transformation*:

„But as a consequence of the obligation on the states to achieve the result envisaged by the Directive and to take all the appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of that obligation, it does mean that, should all else fail, the state will ultimately be responsible for the compensation of depositors up to the amount provided for in Article 7, in order to discharge its duties under Directive 94/19/EC “ (18).

b) ... er ekkert svigrúm fyrir þeirri túlkun að aðildarríkin séu bakábyrg

Almennt er hægt að slá föstu í þessu samhengi að það er á ábyrgð löggjafans að stýra regluumgjörð á sýnilega þýðingarmiklum álitamálum á nægilega skýran hátt. Uppfylli hann ekki þetta hlutverk sem skyldi í einstökum tilvikum er með tilliti til stofnanalegs jafnvægis í hæsta máta vafasamt að reyna að bæta úr hinu upp komna reglutómarúmi með því að gefa skilvirknisjónarmiðum vísvitandi yfirvægi við túlkun hins óskýra regluverks. Vert er að minna á, að meðan á löggjafarferli reglugerðarinnar stóð var sá skilningur ríkjandi, að þau innistæðutryggingakerfi sem voru í gildi í einstökum aðildarríkjum fyrir gildistöku Evróputilskipunarinnar (og voru mjög illa fjármögnuð) stæðust kröfur tilskipunarinnar óbreytt (19) og að ekki stæði til að innleiða ríkistryggt innistæðutryggingakerfi sem almennt viðmið (20). Það er augsýnilega litið framhá samhengi tilurðar tilskipunarinnar þegar reynt er í dag að fullyrða – með tilvísun í skilvirka vernd innistæðna – að til hafi staðið snemma á títunda áratugnum að festa í

lög samræmda skuldbindingu til innistæðutryggingar með á að giska þúsundfalda greiðslugetu á við það sem gildi á þeim tíma í eigin lögum aðildarríkjanna (21)

Talsmenn þeirrar kenningar að fulltrúar aðildarríkjanna í Ráðherraráðinu hefðu víst ætlað að koma sér saman um bakábyrgð með þeim skuldbindingum sem hún hefði í för með sér fyrir skattgreiðendur, verða að svara því hvers vegna það var þá ekki skrifað inn í texta tilskipunarinnar með ótvíráðum hætti. Slíkt hefði aðeins verið til þess fallið að auka traust. Sú túlkun innistæðutryggingatilskipunarinnar sem leiðir þennan bakgrunn alveg hjá sér, getur þegar upp er staðið ekki verið sannfærandi.

2. Túlkun innistæðutryggingatilskipunarinnar á grunni frumréttar

Við notkun réttarreglna að afleiddum rétti verður líka að gefa því gaum að tiltekin túlkunarniðurstaða má ekki stangast á við þær frumréttarreglur sem til grundvallar liggja.

a) Áhættumismunur milli aðildarríkjanna

Löggjafinn stendur reglulega frammi fyrir því að þurfa að láta bestu mögulegu framkvæmd á markmiðum löggjafar sinnar vega salt við þá nauðsynlegu takmörkun á samfélagslegum kostnaði sem af framkvæmdinni hlýst. Til að leggja mat á samfélagslegan kostnað innistæðuverndarinnar liggur fyrir að skv. Tilskipun 94/19/EB stofnsetja aðildarríkin hvert sitt eigið (oftast iðgjaldafjármagnað) tryggingakerfi, sem innlánastofnanir í viðkomandi aðildarríki gerast aðilar að. Með samræmdu fjármögnunarhlutfalli (t.d. 2,5% bótábærra innistæðna, eins og gert er ráð fyrir í endurskoðaðri innistæðutryggingatilskipun (22)) verður til hlutfallslega jafnhár kostnaður í hverju aðildarríki. Ef bakábyrgð ríkissjóðs að afleiddum rétti er bætt við skuldbindinguna til að koma upp innistæðutryggingakerfi í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar kemur til kosnaðarmismunarvanda. Því áhættan sem fylgir slíkri bakábyrgð að afleiddum rétti stendur í beinu samhengi við heildarstærð hins tryggða fjármálakerfis í viðkomandi ríki. Innistæðutryggingakerfi með of fáar innlánsstofnanir sem greiða iðgjöld inn í kerfið getur ekki uppfyllt skilyrði virkrar áhættudreifingar (23).

Þegar litið er á hvernig háttar til á Íslandi verður vandamálið sérlega greinilegt. Sem stendur geyma þrjár stærstu bankar Íslands u.þ.b. 33%, 29% og 22% heildarinnistæðna(24). Jafnvel tryggingasjóður, sem ræður yfir greiðslugetu uppá 2,5% bótahæfra innistæðna, er greinilega undir of miklu álagi. Gjaldþrot einnrar stofnunar myndi með stærðfræðilegri vissu leiða til greiðsluþrots tryggingasjóðsins. Framkvæmdastjórnin tekur líka aukið tillit til þessa vanda með tillögu sinni um viðbótarfjármögnun með gagnkvæmum lánasamningum milli tryggingasjóða aðildarríkjanna (25).

b) Jafnræðishamlandi mismunur gagnvart minni aðildarríkjum með bakábyrgð aðildarríkis að afleiddum rétti

Það er því hægt að slá föstu að innleiðing ríkisbakabyrgðar að afleiddum rétti felur í sér mikla mismunum gagnvart litlum aðildarríkjum, þar sem í þeim er miklu meiri hætta á að virkja þurfi ríkisbakabyrgðina og þannig leiði hún af sér ólíkt meiri byrðar fyrir skattgreiðandann heldur en hjá stærri aðildarríkjunum. Með fullri virðingu fyrir því hver verndarverður réttur innistæðueigenda er, þá valda jafnræðissjónarmið því að tilskipunargjafinn hefur ekki rétt til að horfa algerlega fram hjá þess háttar mismun á virkni tilskipunarinnar á aðildarríkin og þegna þeirra eftir stærð. Samkvæmt dómahefð Dómstóls ESB bannar jafnræðisboð Evrópuréttarins ekki aðeins að jafnar málsástæður séu meðhöndlaðar ójafnt heldur einnig að ójafnar málsástæður séu meðhöndlaðar jafnt (26). Að svo miklu leyti sýnir þetta ekki óverulegan áhættumismun milli aðildarríkja eftir stærð hvað varðar beitingu ríkisbakabyrgðar að afleiddum rétti, sem felur í sér brot á jafnræði – jafnvel þótt sú beiting hitti aðildarríkin jafnt fyrir samkvæmt bókstaf laganna. Til að grundvalla lögmæti jafnrar beitingar slíkrar bakabyrgðar er í sjálfu sér hægt að tefla fram jafnhárrí innistæðutryggingu sem hlutlægum mælikvarða, en það er jafnljóst að slíka beitingu hennar er einvörðungu hægt að réttlæta innan marka meðalhófsreglunnar.

Í hinu rökstudda álitni ESA er ekki einu sinni minnsta tilraun gerð til að taka afstöðu til þess álitamáls hvort viðurkenning á áhættumismun aðildarríkja eftir stærð standi þá raunverulega í *hæfilegu hlutfalli* við hina þar með unnu samræmingu lágmarksinnistæðutryggingarinnar. EFTA-dómstóllinn mun í úrskurði sínum verða að taka tillit til grundvallarreglunnar um jafnræði aðildarríkjanna. Hér verður að vísu aðeins byggt á þeirri útgáfu tilskipunarinnar sem var í gildi á árinu 2008, sem kveður á um 20.000 evra lágmarkstryggingu á hvern innistæðureikning. Á það skal hins vegar bent að með breytingartilskipuninni 2009/14/EB um fyrirhugaða hækkun lágmarkstryggingarþaksins upp í 100.000 evrur er allt annað en dregið úr vanda ójafnrar bakabyrgðaráhættu aðildarríkjanna eftir stærð (27).

III. Niðurstaða

Komi til greiðsluþrots innistæðutryggingakerfis sem er fjármagnað í samræmi við ákvæði innistæðutryggingatilskipunarinnar, skuldbindur það ekki viðkomandi aðildarríki til bakabyrgðar á útgreiðslu lágmarksinnistæðutryggingarinnar. Bætur úr ríkissjóði sem reiddar eru fram að frjálsum vali stjórnvalda mega nema lægri upphæð en sem nemur lágmarkstryggðri upphæð innistæðutryggingarinnar að afleiddum rétti. Ef stjórnvöld í viðkomandi aðildarríki ákveða að grípa inn í eru þau að sjálfsögðu bundin af almennum ákvæðum EES-/Evrópuréttar, svo sem hvað varðar bann við ríkisaðstoð og bann við mismunum á grundvelli þjóðernis. Að þessu leyti mun EFTA-dómstóllinn einnig þurfa að taka afstöðu til hugsanlegrar mismununar í þeirri leið sem íslensk stjórnvöld völdu til endurreisnar bankakerfis landsins (28).

IV. Yfirlit

Ekki síðar en frá hausti 2008 hafa takmörk og kerfislægir gallar hins evrópska innistæðutryggingakerfis verið opinbert leyndarmál. Greinilega vill enginn taka

ábyrgðina á því að gera þetta opinbert, reyndar ekki svo mikið sem gefa í skyn viðurkenningu á þessu ástandi. Eins og þegar kemur fram í breytingartilskipun 2009/14/EB (29) þá endurómar fyrirhuguð endurgerð innistæðutryggingartilskipunarinnar af sérkennilegri viðleitni til tvíræðni (30). Hið samræmda kerfi til fjármögnunar innistæðutryggingasjóða aðildarríkjanna sem þar er lagt til, gerir berlega ráð fyrir að við fyrstu þrjú fjármögnunarþrepin sé fjármögnunargetan 2,5 % af bótabærum innistæðum og þar með er með ótvíræðum hætti viðurkennt að skuldbindingarumfang ríkisábyrgðar að afleiddum rétti nær ekki lengra en til þess að þannig fjármagnað innistæðutryggingakerfi (með iðgjöldum fjármáalstofnananna) sé komið á fót (31).

Hið þar með unna réttaröryggi, sem grundvallast ekki á bakábyrgð aðildarríkjanna að afleiddum rétti, er síðan snúið á hvolf með fjórða fjármögnunarstiginu, þar sem aðildarríkin eru gerð ábyrg fyrir skammtíma-gjaldfærni innistæðutryggingasjóðanna með svonefndri „annars konar fjármögnun“ (32). Og nú á helst hver að trúa því sem hann vill: Innistæðueigandi á algert öryggi innistæðu sinnar og aðildarríkin á að innistæðutryggingasjóðirnir sem komið hefur verið á fót standi sjálfir að fullu undir fjármögnun innistæðuverndarinnar.

Þýðandi Daníel Sigurðsson