

MINNISBLAÐ

Til: Almenni lífeyrissjóðurinn

Frá: Andra Árnasyni, hrl.

Dags.: 15. desember 2009

Varðar: Hæfi stjórnarmanna, rannsókn á fjárreiðum þeirra, o.fl.

Almennt:

1. Meðfylgjandi minnisblað er tekið saman að beiðni stjórnar Almenna lífeyrissjóðsins („AL“) í tengslum við umræðu á sjóðfélagafundi hinn 29. október 2009 um hugsanlega rannsókn á fjárreiðum og fjárhagsráðstöfunum tiltekinn stjórnarmanna AL, sem tilnefndir voru af Glitni banka hf. („Glitni“), í allt að 18 mánuði aftur í tímann miðað við október 2008 er bankakerfið hér á landi féll, svo og um hugsanlega hagsmunaárekstra tengda þátttöku umræddra stjórnarmanna í stjórn AL.

Reglur um hæfi stjórnarmanna í AL, o.fl.:

2. Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. verklagsreglna um verðbréfavíðskipti AL, stjórnar hans og starfsmanna, dags. 15. júní 2004, er stjórnarmaður AL „vanhæfur til að eiga aðild að ákvörðun um verðbréfavíðskipti sjóðsins ef hann hefur hagsmuna að gæta, sem kynnu að fara í bága við hagsmuni sjóðsins eða gagnaðilans í viðskiptunum“. Sama gildir ef um er að ræða „ákvarðanir sem tengjast fjölskyldu hans, venslamönnum eða fyrirtæki, þar sem hann kann að eiga umtalsverðra hagsmuna að gæta sem eigandi, stjórnarmaður eða starfsmaður“. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar skal stjórnarmaður eða starfsmaður sem veit um ástæður er kunna að valda vanhæfi hans án tafar vekja athygli á þeim. Í 4. gr. reglnanna er jafnframt kveðið á um svokallaða markaðshegðun sem felur meðal annars í sér að þeim sem reglurnar taka til er óheimilt að eiga viðskipti fyrir eigin reikning með því að nýta sér í eigin þágu viðskiptakjör sem AL kann að njóta hjá þriðja aðila. Þá er óheimilt að eiga viðskipti með einstök verðbréf á sama tíma og AL fyrir eigin reikning í nánustu framtíð þegar þeir sem reglurnar taka til hafa vitneskju um slík viðskipti vegna starfsins.

3. Í lögum nr. 129/1997 um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða er ekki að finna sambærilegt ákvæði. Hins vegar segir í 2. mgr. 31. gr. laganna að um hæfi stjórnarmanns lífeyrissjóðs til meðferðar máls fari eftir ákvæðum II. kafla stjórnarsýslulaga. Samkvæmt 5. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 er maður vanhæfur til meðferðar máls ef hann á sjálfur sérstakra og verulegra hagsmuna að gæta, venslamenn hans eða sjálfseignarstofnun eða fyrirtæki í einkaeigu sem hann er í fyrirsvari fyrir. Samkvæmt 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. skal maður jafnframt teljast vanhæfur „ef að öðru leyti eru fyrir hendi þær aðstæður sem eru fallnar til þess að draga óhlutdrægni hans í efa með réttu“. Samkvæmt 2. mgr. 3. gr. er þó ekki um vanhæfi að ræða ef hagsmunir þeir, sem málið snýst um, eru það smávægilegir, eðli málsins er með þeim hætti eða þáttur starfsmanns eða nefndarmanns í meðferð málsins er það lítilfjórlegur, að ekki er talin hætta á að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á ákvörðun.
4. Sambærilegra sjónarmiða gætir í lögum nr. 2/1995 um hlutafélög („**hlutafélagalög**“), sbr. meðal annars 72. gr. laganna um að stjórnarmaður eða framkvæmdastjóri mega ekki taka þátt í meðferð máls um samningsgerð milli félagsins og þriðja manns ef þeir hafa þar verulegra hagsmuna að gæta sem kunna að fara í bága við hagsmuni félagsins. Skyld er stjórnarmanni og framkvæmdastjóra að upplýsa um slík atvik, sbr. einnig efnislega sambærilegt ákvæði 48. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög.
5. Til viðbótar framangreindu verður að telja að sú skylda hvíli almennt á stjórnarmönnum lífeyrissjóða að hafa hagsmuni sjóðsins og sjóðfélaga að leiðarljósi, sbr. einnig meðal annars til hliðsjónar 1. mgr. 68. gr. og 76. gr. hlutafélagalaga, en samkvæmt síðastnefnda ákvæðinu mega félagsstjórn, framkvæmdastjóri og aðrir þeir er hafa heimild til að koma fram fyrir hönd hlutafélags ekki gera neinar þær ráðstafanir sem bersýnilega eru fallnar til þess að afla ákveðnum hluthöfum eða öðrum ótilhlýðilegra hagsmuna á kostnað annarra hluthafa eða félagsins. Ætla verður að viðlík sjónarmið gildi um stjórnendur lífeyrissjóða.

Frekari sjónarmið um hæfi:

6. Telja verður, sbr. meðal annars laga- og reglutilvísanir hér að framan, að að íslenskum rétti sé stjórnarmaður almennt *vanhæfur* til meðferðar máls sé hætta fyrir hendi á verulegum hagsmunaárekstrum og þar með sú hætta fyrir hendi að ómálefnaleg sjónarmið ráði ákvörðunartöku. Ástæða sé þannig með réttu til að draga óhlutdrægni stjórnarmanns í efa. Af framangreindu leiðir jafnframt að ef möguleiki á hagsmunaárekstrum er eingöngu *fjarlægur* þá felur þátttaka í slíkri ákvörðun ekki í sér hagsmunaárekstur nema því aðeins að sýnt sé fram á að ómálefnaleg og andstæð sjónarmið hafi í *reynd* ráðið för. Túlka verði áðurgreindar

verklagsreglur AL með þessum hætti enda þótt orðalag 6. gr. reglnanna um að stjórnarmaður sé „vanhæfur til að eiga aðild að ákvörðun um verðbréfiðskipti sjóðsins ef hann hefur hagsmuna að gæta, sem *kynnu að fara* í bága við hagsmuni sjóðsins eða gagnaðilans í viðskiptunum“ sé orðað nokkuð rúmt. Framangreind túlkun er í samræmi við erlenda túlkun á ákvæðum sambærilegum 72. gr. hlutafélagalaga svo og túlkun á hæfisreglum stjórnsýslulaga sem lög nr. 129/1997 um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða vísa til, sem fyrr greinir.¹

7. Í þessu sambandi er almennt rétt að taka fram að telja verður það almennt heldur langsótt að stjórnarseta í sjóði eða t.d. félagi standi ein og sér að lögum því í vegi að sami stjórnarmaður hafi aðkomu að öðrum fjárfestingum með beinum eða óbeinum hætti þar sem veðjað er á *aðra*, og eftir atvikum andstæða, hagsmuni. Slíkt sé a.m.k. reyndin ef málefnaleg sjónarmið verði talin hafa getað búið að baki hlutaðeigandi fjárfestingum. Hér má t.d. til hliðsjónar benda á að í breskum rétti hefur verið talið að sami aðili geti verði stjórnarmaður í félögum sem starfa á sama markaði (e. competing directorship).
8. Framangreint er hins vegar að sjálfsögðu háð því að stjórnarmaður hafi ekki haft *beina* aðkomu að viðskiptum, þar sem um mögulega öndverða hagsmuni er að tefla, *gagngert í eigin gróðaskyni* eða í gróðarskyni fyrir tengda aðila, sbr. meðal annars til hliðsjónar ákvæði XII. og XIII. kafla laga nr. 108/2007 um markaðsmisnotkun og innherjaviðskipti, sbr. og þá skyldu stjórnarmanna lífeyrissjóða að hafa heildarhagsmuni lífeyrissjóðs að leiðarljósi.

Um rannsókn á fjármálum og fjármálalegum ráðstöfunum tiltekinna stjórnarmanna og hæfi tiltekings stjórnarmanns:

9. Á sjóðfélagafundi hinn 29. október sl. kom fram hjá tilteknum sjóðfélaga að tiltekinn stjórnarmaður, tilnefndur af Glitni, hafi selt öll hlutabréf sín og tekið svokallaða skortstöðu vel fyrir hrun bankanna. Ítrekaði sjóðfélaginn ósk sína um að fá upplýsingar um fjármál þessa einstaklings í gegnum stjórn AL svo og tengsl umrædds einstaklings inn í stjórn AL. Var lögð fram á fundinum sérstök tillaga þar sem rakin voru sjónarmið sjóðfélagens varðandi fjárfestingar og aðrar ráðstafanir AL. Í því sambandi gerði sjóðfélaginn jafnframt þá tillögu að athugað yrði hvort þeir stjórnarmenn sem Glitnir tilnefndi í stjórn AL „hafi ráðstafað sínum eigin fjármunum á sambærilegan hátt við það sem Almenni gerði“. Þá var þess farið á leit að allar færslur þessara stjórnarmanna á bankainnstæðum, hlutabréfaeignum,

¹ Sjá t.d. til hliðsjónar Pál Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*, bls. 663 o.áfr. Sjá t.d. Andersen: *Aktie- og anpartsselskasbret*, bls. 312, sbr. einnig **U 1978, bls. 760**, sbr. einnig til hliðsjónar gr. 175(4)(a) í bresku hlutafélagalögnum (CA 2006) þar sem segir að ekki sé um hagsmunaárekstur að ræða „if the situation cannot *reasonably* be regarded as likely to give rise to a conflict of interest“.

skuldabréfum, gjaldeyrisskiptum, skortstöðusamningum og hvers konar ráðstöfun á eigin fjármunum og eignum yrðu kannaðar og bornar saman við ráðstafanir AL á sama tíma. Hið sama gildi varðandi öll félög og fyrirtæki í eigu þessara aðila eða þar sem þeir áttu sæti í stjórn eða veittu formlega ráðgjöf. Miðað var við að athuginin tæki til eins og hálfes árs, fyrir 8. október 2008.

10. Í bókun sjóðfélagans kemur fram að hann telji að stjórnarmenn undirriti þegar þeir taka sæti í stjórn AL yfirlýsingu um að AL geti farið fram á „að þeir geri fjármál sín opinber“. Er í því sambandi ugðlaust vísað til yfirlýsingar sem stjórnarmenn undirrita, sbr. 10. gr. verklagsreglna um verðbréfavíðskipti AL, um að þeir hafi kynnt sér efni reglnanna og heita því að virða þær reglur í hvívetna. Í 4. gr. reglnanna er, sbr. að framan, kveðið á um svokallaða markaðshegðun sem felur meðal annars í sér að þeim sem reglurnar taka til sé óheimilt að eiga víðskipti fyrir eigin reikning með því að nýta sér í eigin þágu víðskiptakjör sem AL kann að njóta hjá þriðja aðila. Þá er óheimilt að eiga víðskipti með einstök verðbréf á sama tíma og AL fyrir eigin reikning í nánustu framtíð þegar þeir sem reglurnar taka til hafa vitneskju um slík víðskipti vegna starfsins. Að því er varðar tilkynningarskyldu vegna víðskipta fyrir eigin reikning er tekið fram í 7. gr. reglnanna að stjórnarmenn séu undanþegnir tilkynningarskyldu samkvæmt 1. mgr. 7. gr. nema að til þess komi að ákvarðanir um einstök verðbréfavíðskipti séu teknar eða ræddar á stjórnarfundum. Í því tilviki verða þeir aðilar sem sitja þá stjórnarfundum að tilkynna um öll víðskipti með þau verðbréf sem ákvörðun er tekin um í 8 vikur frá þeim tíma sem ákvörðun er tekin. Hafi verið tekin ákvörðun um söfnun tiltekinna verðbréfa skal tilkynna um öll víðskipti með þau verðbréf meðan á söfnun þeirra stendur og í 8 vikur frá því að henni er lokið. Ekki verður ráðið að umræddar reglur samkvæmt framansögðu feli í sér að AL sé rétt að krefjast aðgangs að öllum persónulegum víðskiptum stjórnarmanna, svo sem vísað er til af hálfu sjóðfélagans.
11. Í reglunum er jafnframt kveðið á um það, sbr. 12. gr. þeirra, að brot á reglunum skuli tafarlaust tilkynna til stjórnar AL sem eftir atvikum skuli tilkynna það til Fjármálaeftirlitsins. Í þessu sambandi er jafnframt rétt að taka fram að lífeyrissjóðir lúta opinberu eftirliti Fjármálaeftirlitsins, sbr. lög nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármála starfsemi, sbr. og ákvæði 44. gr. laga nr. 129/1997. Meginreglan er sú að Fjármálaeftirlitið skal fylgjast með því að starfsemi 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 víðskiptahætti. Sjá og um eftirlit með verðbréfavíðskiptum, lög nr. 108/2007.
12. Almennt verður að líta svo á að rannsókn af þeim toga sem farið er fram á eigi ekki rétt á sér nema að rökstuddur grunur sé um *misferli eða misnotkun aðstöðu* í andstöðu við viðkomandi reglur. Jafnframt verður að líta svo á að rannsókn á persónulegum fjármálum einstakra stjórnarmanna verði ekki framkvæmd af öðrum

en opinberum rannsóknaraðilum, í þessu tilviki af hálfu Fjármálaeftirlitsins, sbr. einnig málsgr. 11 hér að ofan. Stjórn AL er skylt að vísa til rannsóknar hjá Fjármálaeftirlitinu meintum brotum á reglum um verðbréfavíðskipti AL, sbr. 12. gr. reglnanna, sbr. að ofan, en að sama skapi er stjórninni hvorki rétt né skylt að vísa til rannsóknar hjá opinberum eftirlitsaðila málefnum einstakra stjórnarmanna ef ekki er grunur um meint misferli eða brot á reglum. Hafa ber hér jafnframt í huga að það að málum sé vísað til rannsóknar hjá opinberum eftirlitsaðila er almennt íþyngjandi ráðstöfun gagnvart þeim sem kynni að sæta slíkri rannsókn, jafnvel þó svo að viðkomandi telji sig ekki hafa brotið gegn neinum reglum. Jafnframt ber að hafa í huga að tilefnislaus beiðni um opinbera rannsókn kann að fela í sér rangar sakargiftir í skilningi XV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

13. Á hitt ber þó að líta að ekkert er því til fyrirstöðu að einstakir stjórnarmenn með samkomulagi við stjórn AL samþykki sérstaklega að veita tilteknum aðila, t.d. sérstaklega tilkvöddum löggiltum endurskoðanda, aðgang að umræddum upplýsingum um persónuleg fjármál sín því til staðfestu að allar ráðstafanir viðkomandi hafi fallið að viðkomandi reglum á hverjum tíma með það að markmiði að viðkomandi geti staðfest á viðeigandi vettvangi að viðkiptum viðkomandi hafi verið háttað með slíkum hætti.
14. Að því er varðar sjónarmið um hæfi þess tiltekna stjórnarmanns, sem sérstaklega mun vera vikið að í athugasemdum sjóðfélagans, þá skal bent á að samkvæmt fyrirliggjandi upplýsingum frá stjórn AL mun stjórnarmaður sá aðeins hafa setið þrjá stjórnarfundir. Á þeim fundum mun hann ekki hafa flutt neinar tillögur um fjárfestingar eða breytingar á fjárfestingarstefnu sjóðsins. Á stjórnartímabili stjórnarmannsins mun hafa verið tekin ein ákvörðun af stjórn sjóðsins varðandi verðbréfavíðskipti, þ.e. fjárfesting í *Glacier Renewable Energy Fund*.² Ekki er vitað til þess að stjórnarmaðurinn hafi haft einhver sérstök hagsmunatengsl við þennan sjóð á tímamarki viðskiptanna eða hagsmuni af umræddri fjárfestingu eða eftir atvikum önnur þau hagsmunatengsl sem gætu flokkast til vanhæfis í skilningi framangreindrar umfjöllunar um vanhæfi stjórnarmanna, sbr. málsgr. 2-8 hér að framan.³

Niðurstöður:

15. Líta verður svo á að stjórn AL sé ekki heimilt að krefjast þess að stjórnarmenn í AL veiti upplýsingar um persónuleg fjármál sín með þeim hætti sem sjóðfélaginn gerir

² Sjóðurinn mun hafa verið hluthafi í Geysi Green Energy.

³ Hér er miðað við þær upplýsingar sem fyrir lágu við gerð minnisblaðs þessa.

kröfu um og ekki verður talið að slíkt verði leitt af verklagsreglum um verðbréfavíðskipti AL. Telja verður að slík rannsókn geti einungis farið fram af hálfu opinberra eftirlitsaðila hafi vaknað grunur um meint misferli, þ.e. misnotkun eða brot á viðeigandi reglum. Telja verður að stjórn AL sé ekki heimilt að óska eftir slíkri rannsókn nema að sérstakt tilefni sé til enda er slík rannsókn íþyngjandi fyrir þann sem hún kann að beinast að, jafnvel þó svo að viðkomandi telji sig ekki hafa á neinn hátt brotið gegn viðkomandi reglum.

16. Á hinn bóginn er ekkert því til fyrirstöðu, náist um slíkt samkomulag, að stjórn AL og einstakir stjórnarmenn feli óháðum 3ja aðila, t.d. löggiltum endurskoðanda, að yfirfara persónuleg fjármál stjórnarmanns með það að markmiði að eyða hugsanlegri tortryggni í garð viðkomandi stjórnarmanns, ef því væri til að dreifa.
17. Telja verður að að íslenskum rétti sé stjórnarmaður *vanhæfur* til meðferðar máls sé hætta fyrir hendi á verulegum hagsmunaárekstrum og þar með sú hætta fyrir hendi að ómálefnaleg sjónarmið ráði ákvörðunartöku. Ástæða sé þannig með réttu til að draga óhlutdrægni stjórnarmanns í efa.
18. Af framangreindu leiðir jafnframt að ef möguleiki á hagsmunaárekstrum er eingöngu fjarlægur þá felur þátttaka í slíkri ákvörðun ekki í sér hagsmunaárekstur nema því aðeins að sýnt sé fram á að ómálefnaleg og andstæð sjónarmið hafi í *reynd* ráðið för. Að sama skapi verður að telja það almennt heldur langsótt að stjórnarseta í sjóði eða t.d. félagi standi ein og sér að lögum því í vegi að sami stjórnarmaður hafi aðkomu að öðrum fjárfestingum með beinum eða óbeinum hætti þar sem veðjað er t.d. á aðra, og eftir atvikum andstæða, hagsmuni. Slíkt sé a.m.k. reyndin ef málefnaleg sjónarmið verði talin hafa getað búið að baki hlutaðeigandi fjárfestingum. Framangreint er hins vegar að sjálfsögðu háð því að hlutaðeigandi hafi ekki haft beina aðkomu að viðskiptum, þar sem um mögulega öndverða hagsmuni er að tefla, *gagngert í eigin gróðaskyni* eða í gróðarskyni fyrir tengda aðila. Að því er varðar sjónarmið um hæfi þess tiltekna stjórnarmanns, sem sérstaklega mun vera vikið að í athugasemdum sjóðfélagsans, þá er ekki vitað til þess, samkvæmt þeim upplýsingum sem liggja fyrir við gerð þessa minnisblaðs, að hagsmunaárekstrum hafi verið til að dreifa sem gætu flokkast til vanhæfis í skilningi framangreindrar umfjöllunar um vanhæfi stjórnarmanna.

...

Minnisblað þetta er sett fram með hefðbundnum fyrirvörum og tekur mið af þeim gögnum og upplýsingum, ásamt þeim tímarömmum, sem lágu til grundvallar samningu þess.

AÁ hrl.