



Skuldajöfnuður við fall fjármálafyrirtækja

Innleiðing tilskipunar 2001/24/EB og
dómur Hæstaréttar nr. 723/2012

BA-ritgerð í lögfræði

Andri Valur Ívarsson

Lagadeild
Félagsvísindasvið
Umsjónarkennari: Heiðar Ásberg Atlason
Júní 2013



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Andri Valur Ívarsson

Skuldajöfnuður við fall fjármálafyrirtækja

**Innleiðing tilskipunar 2001/24/EB og
dómur Hæstaréttar nr. 723/2012**

BA-ritgerð í lögfræði

Umsjónarkennari: Heiðar Ásberg Atlason

Lagadeild

Félagsvísindasvið Háskóla Íslands

Júní 2013

EFNISYFIRLIT

1. Inngangur	2
2. Almennt um skuldajöfnuð	2
2.1 Hugtök og skilgreiningar	2
2.2 Röksemdir að baki skuldajöfnuði	3
2.3 Skilyrði skuldajafnaðar	3
2.4 Takmarkanir á skuldajafnaðarrétti	5
2.5 Víðtækari réttur til skuldajafnaðar	6
3. Skuldajöfnuður við slit fjármálafyrirtækja	6
3.1 Almennt	6
3.2 Meginregla 100. gr. gjaldþrotalaga um skuldajöfnuð	7
3.3 Sérreglur	7
3.4 Innleiðing tilskipunar 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana í íslenskan rétt	7
3.4.1 Meginregla 10. gr. tilskipunarinnar um að lög heimaríkis gilda um slitameðferð fjármálafyrirtækis	7
3.4.2 Undantekning í 25. gr. tilskipunarinnar um greiðslujöfnunarsamninga	8
4. Dómur Hæstaréttar nr. 723/2012 (Commerzbank AB gegn Kaupþingi)	10
4.1 Reifun málsatvika	10
4.2 Niðurstaða Hæstaréttar	11
4.3 Hvað má lesa úr niðurstöðu Hæstaréttar?	12
5. Lokaorð	13
HEIMILDASKRÁ	16

1. Inngangur

Í þessari ritgerð verður fjallað um skuldajöfnuð og hvernig kröfu verður lokið með skuldajöfnuði en ekki eiginlegri greiðslu. Fjallað verður um helstu skilyrði þess að heimilt sé að ljúka kröfu með skuldajöfnuði og hvaða takmarkanir geta verið á þeirri heimild. Þá verða skoðaðar sérstaklega þær reglur sem gilda um skuldajöfnuð við slit fjármálafyrirtækja. Eru þær reglur meðal annars byggðar á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/24/EB. Verður sú tilskipun og innleiðing hennar skoðuð og fjallað um hvernig orðalag tilskipunarinnar er annað en lagareglunnar sem henni var ætlað að innleiða.

Dómur Hæstaréttar í kærumáli Commerzbank AB gegn Kaupþingi, þar sem deilt er um heimild til skuldajafnaðar, verður skoðaður sérstaklega. Fjallað verður um niðurstöðu Hæstaréttar í málinu og forsendur dómsins skoðaðar með tilliti til gildandi réttar.

Ritgerðin er þannig uppbyggð að í öðrum kafla er fjallað á almennan hátt um skuldajöfnuð, skilyrði skuldajafnaðar, takmarkanir hans og hvaða aðstæður veita víðtækari rétt til skuldajafnaðar. Í þriðja kafla er fjallað um þær reglur sem gilda um skuldajöfnuð við slit fjármálafyrirtækja og áhrif innleiðingar tilskipunar Evrópuþingsins um endurskipulagningu og slit fjármálafyrirtækja. Í fjórða kafla er fyrrnefndur dómur Hæstaréttar reifaður ásamt niðurstöðunni og fjallað um hvað megi lesa úr niðurstöðu dómsins um gildandi rétt.

2. Almennt um skuldajöfnuð

2.1 Hugtök og skilgreiningar

Krafa er skilgreind sem svo að um er að ræða lögvarða heimild tiltekins aðila til þess að krefjast þess af öðrum aðila að hann geri eitthvað eða láti eitthvað ógert.¹ Eru til ýmsar leiðir til að ljúka kröfu. Algengast er að henni ljúki með greiðslu. Önnur leið til að ljúka kröfu, svo hún falli niður, er með skuldajöfnuði. Í því felst að ein krafa jafnast gegn annarri án þess að eiginleg greiðsla eigi sér stað. Séu kröfurnar ekki sömu fjárhæðar kemur eingöngu til greiðslu á eftirstöðvum eða mismun krafanna. Að skuldajöfnuði loknum hafa báðir aðilar skuldarasambands fengið fullnustu kröfu sinnar í heild eða að hluta og losna jafnframt undan skuld sinni í heild eða að hluta. Niðurstaða skuldajafnaðar er því samkvæmt þessu sú sama og ef báðar kröfur hefðu verið greiddar, eins langt og skuldajöfnuður nær.²

¹ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason, Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I – Efnidir kröfu*, bls. 18.

² Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 351.

Skuldajöfnuður getur bæði verið umsaminn eða framkvæmdur einhliða. Getur þannig verið um það samið milli aðila skuldarasambands að skuldajöfnuður á milli viðkomandi krafna sé heimill þar sem hann yrði að öðrum kosti ekki talinn heimill eða öfugt, að skuldajöfnuður sé óheimill milli krafna þar sem hann annars yrði talinn heimill. Þá getur aðili skuldarasambands knúið fram einhliða skuldajöfnuð.³ Um skilyrði einhliða skuldajafnaðar er fjallað í kafla 2.3.

Til að skuldajöfnuður verði virkur þarf annar aðili skuldarasambands að lýsa yfir skuldajöfnuði. Í íslenskum rétti gildir reglan um *ex nunc* um svonefndar ósamrættar kröfur, þ.e. að yfirlýsing um skuldajöfnuð verður virk til framtíðar. Þegar um samrættar⁴ kröfur er að ræða hefur skuldajafnaðaryfirlýsing aftur á móti *ex tunc* áhrif eða afturvirk áhrif. Telst skuldajöfnuður því hafa orðið virkur frá þeirri stundu er kröfurnar voru hæfar til að mætast.⁵

Sá aðili sem lýsir yfir skuldajöfnuði er jafnan nefndur gagnkröfuhafi en sá sem yfirlýsingu er beint að er nefndur aðalkröfuhafi. Því nefnist krafa gagnkröfuhafa gagnkrafa og krafa aðalkröfuhafa nefnist aðalkrafa.

2.2 Röksemdir að baki skuldajöfnuði

Rök að baki skuldajöfnuði byggja ekki síst á hagræði og hagkvæmni. Um er að ræða einfalda aðgerð til að efna kröfu og fá kröfu efnda og getur í því falist nokkuð hagræði og sparnaður á tíma og fjármunum. Að auki felst ákveðið réttaröryggi í heimild til skuldajafnaðar, til dæmis þegar aðalkröfuhafi hefur ekki vilja eða getu til að greiða gagnkröfu. Má sem dæmi nefna að við gjaldþrot aðalkröfuhafa er heimild í 100. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991⁶ til að skuldajafna kröfu þrotabús við kröfu gagnkröfuhafa í þrotabú, að tilteknum skilyrðum uppfylltum.⁷ Nánar verður fjallað um 100. gr. gpl. í kafla 3.2.

2.3 Skilyrði skuldajafnaðar

Til að annar aðili skuldarasambands geti krafist skuldajafnaðar einhliða þurfa ýmis skilyrði að vera uppfyllt. Í fyrsta lagi þurfa kröfurnar að vera gagnkvæmar. Eðli máls samkvæmt er ekki hægt að beita skuldajöfnuði nema kröfur séu gagnkvæmar.

Í öðru lagi þurfa kröfur að vera sambærilegar. Leiðir þetta af því að við skuldajöfnuð heldur aðalkröfuhafi eftir þeirri greiðslu sem gagnkröfuhafi átti kröfu um. Oftast er þó um að

³ Ólafur Lárusson: *Kaflar úr kröfurétti*, bls. 65. Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 352. (ATH)

⁴ Með samrættum kröfum er átt við kröfur sem eru runnar af sömu rót, þ.e.a.s. sprotnar af sama atviki, aðstöðu eða löggerningi sbr. 1. mgr. 27. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

⁵ Gunnlaugur Garðarsson: „Um skuldajöfnuð við gjaldþrotaskipti“, bls. 16.

⁶ Hér eftir verður vísað til gjaldþrotalaga eða þau skammstöfuð gpl.

⁷ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 354.

ræða peningakröfur og er skilyrðinu þá sjálfkrafa fullnægt. Í því sambandi er rétt að geta þess að það hindrar ekki skuldajöfnuð þótt greiðslur séu í mismunandi gjaldeyri né kemur það í veg fyrir skuldajöfnuð að kröfur séu ekki að sömu fjárhæð. Ef ekki er um að ræða peningakröfu telst skilyrðið um sambærileika almennt uppfyllt ef krafa gengur út á greiðslu sömu tegundar eða ef gagnkrafa samkvæmt samningi er undirtegund aðalgreiðslunnar. Sem dæmi má nefna að gagnkröfu um afhendingu á meri mætti skuldajafna við kröfu um afhendingu hests.⁸ Í 100. gr. gpl. er undantekning frá meginreglunni um sambærileika krafna. Um það verður fjallað nánar í kafla 3.2.

Í þriðja lagi þurfa kröfur að vera hæfar til að mætast hvað tíma varðar. Í þessu felst að til þess að gagnkröfuhafi geti lýst yfir skuldajöfnuði verður gjalddagi gagnkröfu að vera kominn fram, þ.e. sá tími að krefjast megi greiðslu gagnkröfunnar. Þá verður lausnardagur aðalkröfu að vera kominn en með lausnardegi er átt við það tímamark er neitun kröfuhafa á viðtöku greiðslu telst viðtökudráttur af hans hálfu. Algengt er að lausnardagur og gjalddagi séu á sama tíma en það er þó ekki algilt. Undantekningu frá skilyrðinu um að kröfur séu hæfar til að mætast má finna í 1. mgr. 99. gr. gpl. þar sem kveðið er á um að kröfur á hendur búi falli sjálfkrafa á gjalddaga þegar kveðinn er upp úrskurður um gjaldþrotaskipti búsins, óháð því hvort áður hafi verið samið um aðra gjalddaga.⁹

Í fjórða lagi er það skilyrði skuldajafnaðar að gagnkrafa sé gild krafa, þ.e.a.s. krafa sem aðalkröfuhafi er skyldur að lögum til þess að efna. Af þessu leiðir að ekki er til dæmis hægt að nota fyrnda kröfu til skuldajafnaðar. Þó ber að hafa í huga að gagnkröfuhafi getur notað gilda gagnkröfu til skuldajafnaðar við fyrnda aðalkröfu, kjósi hann svo.¹⁰ Sé um að ræða samrættar kröfur er það ekki skilyrði að gagnkrafa sé gild heldur nægir að skilyrði skuldajafnaðar hafi á einhverjum tímamarki verið uppfyllt sbr. 26. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda en þar segir:¹¹

Fyrning kröfu felur ekki í sér að kröfuhafi missi rétt til skuldajafnaðar ef samið hefur verið um þann rétt eða kröfurnar eru af sömu rót runnar og aðalkrafan hefur stofnast áður en gagnkrafan fyrntist.

Í fimmta lagi er að nefna kröfuna um að gagnkrafa sé skýr og ótvíræð. Þetta skilyrði er ekki fortakslaust í íslenskum rétti sem almenn regla enda er ljóst að erfitt er að setja slíka reglu um hvað telst skýrt og ótvírætt þó þörf sé til staðar fyrir slíka reglu. Væri þannig ekki

⁸ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 360 - 361.

⁹ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 361 - 362.

¹⁰ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 362.

¹¹ Gunnlaugur Garðarsson: „Um skuldajöfnuð við gjaldþrotaskipti“, bls. 16.

hægt að byggja slíka reglu eingöngu á því hvort kröfu er mótmælt enda myndi það jafnan leiða til þess að aðalkröfuhafar féllu í þá freistni að mótmæla tilvist gagnkröfunnar, með því að bera brögður á réttmæti hennar.¹² Það gefur auga leið að skuldajafnaðarréttur yrði með því verulega skertur. Ákveðnar kröfur um skýrleika gagnkröfu eru þó fyrir hendi, komi til þess að aðalkröfuhafi mótmæli tilvist gagnkröfunnar. Er þá lágmarks krafa um skýrleika að gagnkröfuhafi geti sýnt fram á tilvist kröfunnar og hverrar fjárhæðar hún er.¹³

2.4 Takmarkanir á skuldajafnaðarrétti

Hagræði gagnkröfuhafa af skuldajöfnuði getur haft í för með sér óhagræði fyrir aðalkröfuhafa. Skuldajöfnuður leiðir þannig til þess að aðalkröfuhafi kann að vera þvingaður til að nota aðalkröfuna með öðrum hætti en til stóð af hans hálfu. Þessir hagsmunir aðalkröfuhafa eru almennt ekki varðir sérstaklega. Í ákveðnum tilvikum geta hagsmunir aðalkröfuhafa til að fá kröfuna til eigin afnota þó talist þess eðlis að þeir ganga frammar hagsmunum gagnkröfuhafa til skuldajafnaðar. Að sama skapi geta það verið hagsmunir einstaklinga tengdum aðalkröfuhafa að réttur til skuldajafnaðar sé óheimill. Má þar nefna sem dæmi heimilisfólk aðalkröfuhafa, sem hefur hagsmuni af kröfu sem ætla má að verði notuð til framfærslu heimilisins. Þá geta aðilar skuldarasambands samið sín á milli um að skuldajöfnuður sé ekki heimill eða að hann sé takmarkaður. Sé um slíkt samið verður gagnkröfuhafi að greiða aðalkröfuna og innheimta gagnkröfuna eftir venjulegum leiðum.¹⁴

Eins og að ofan greinir geta aðilar samið sig frá rétti til skuldajafnaðar. Oft er um það að ræða í samningum um leigu, farmgjald og afborganir ýmiskonar að slíkt verði ekki greitt með skuldajöfnuði heldur í reiðufé. Slíkt ákvæði er almennt skuldbindandi fyrir aðila og einnig þá sem kunna að koma í þeirra stað, eins og þegar þrotabú tekur við réttindum og skyldum þrotamanns eða þegar dánarbú tekur við réttindum og skyldum hins látna. Verða slík samningsákvæði um takmarkanir skuldajafnaðarréttar að vera skýr og ótvíræð og mega ekki fara í bága við óundanþæg lagaákvæði.¹⁵

Kröfur sem eru að lögum undanþegnar aðför eru yfirleitt þess eðlis að ætla má að þær séu kröfuhafa nauðsynlegar til að sjá sér og sínum til framfærslu. Sem dæmi um slík lagaákvæði má nefna 45. - 47. gr. laga nr. 90/1989 um aðför þar sem kveðið er á um að ekki sé heimilt að gera fjárnám í nánar tilgreindum kröfum. Er þar m.a. um að ræða kröfur vegna launa, bótakröfu vegna örorku og ýmsan annan framfærslueyri. Tilteknar kröfur eru þó aðfararhæfar

¹² Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 364.

¹³ Viðar Már Matthíasson: Endurheimt verðmæta við gjaldþrot, bls. 53.

¹⁴ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 378.

¹⁵ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 378 - 379.

skv. fyrrgreindum reglum, sé einn mánuður liðinn frá því þær urðu gjaldkræfar. Þar sem þessar kröfur snúa allar beint og óbeint að framfærslueyri og öðru fé sem ætla má að notað sé til framfærslu má telja að sömu rök eigi almennt við um skuldajöfnuð. Er því eðlilegt að útiloka hann eða takmarka með sama hætti, ella kæmi það í veg fyrir að aðalkröfuhafi fengi peninga til ráðstöfunar. Er það því meginreglan að kröfur sem undanþegnar eru aðför verða ekki efndar með skuldajöfnuði. Undantekning þar á getur verið að því er varðar samrættar kröfur. Slík krafa gæti til dæmis verið vegna fyrirframgreiddra launa. Er þetta háð mati hverju sinni. Að sama skapi geta almenn sjónarmið leitt til þess að óheimilt er að ljúka kröfu með skuldajöfnuði þótt hún sé ekki undanþegin fjárnámi.¹⁶

2.5 Víðtækari réttur til skuldajafnaðar

Í sumum tilvikum getur réttur til skuldajafnaðar verið víðtækari en þær almennu reglur gera ráð fyrir sem minnst er á í kafla 2.3. Sem dæmi um þetta má nefna þegar kröfur eru samrættar, skuldajöfnuð við gjaldþrotaskipti eða nauðasamninga eða þegar samið er sérstaklega um rýmri rétt til skuldajafnaðar. Fjallað er um skuldajöfnuð við slit fjármálafyrirtækja í kafla 3.

Almennt er ekkert því til fyrirstöðu að aðilar semji um víðtækari rétt til skuldajafnaðar sín á milli, eins og að aðilar geta samið sig frá rétti til skuldajafnaðar, en mismunandi er hvaða áhrif slíkur samningur hefur. Veltur það á innihaldi og túlkun samnings. Með slíkum samningi má víkja frá þeim almennu reglum sem um skuldajöfnuð gilda.¹⁷ Álitamál er hins vegar um gildi slíks samkomulags þegar annar samningsaðila fer í þrot.

3. Skuldajöfnuður við slit fjármálafyrirtækja

3.1 Almenn

Um innlend fjármálafyrirtæki gilda lög nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki¹⁸ sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Fjármálafyrirtæki eru þau fyrirtæki sem fengið hafa starfsleyfi skv. 6. gr. sbr. 4. gr. laganna. Verður í þessum kafla fjallað um þær almennu reglur sem gilda um skuldajöfnuð við gjaldþrotaskipti og þær sérreglur sem gilda við slit fjármálafyrirtækja. Þá verður fjallað um tilkomu sérreglnanna um slit fjármálafyrirtækja, með innleiðingu tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2001/24/EB.

¹⁶ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 379 - 380.

¹⁷ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 390.

¹⁸ Hér eftir skammstöfuð fmf.

3.2 Meginregla 100. gr. gjaldprotalaga um skuldajöfnuð

Um gjaldprotaskipti á Íslandi gilda lög nr. 21/1991 um gjaldprotaskipti o.fl. Í 100. gr. laganna er kveðið á um að aðila, sem á kröfu á hendur þrotabúi, sé heimilt að skuldajafna kröfum sínum við búið að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Skilyrðin eru, að gagnkrafa hafi stofnast áður en þrjú mánuðir voru til frestdags og aðalkrafa hafi stofnast fyrir frestdag, gagnkröfuhafi hafi ekki vitað eða mátt vita af slæmri fjárhagslegri stöðu aðalkröfuhafa og að gagnkröfuhafi hafi ekki fengið kröfuna í þeim tilgangi að skuldajafna henni við aðalkröfu. Þá felst í 100. gr. gþl. undantekning frá skilyrðinu um sambærileika krafna sem fjallað var um í kafla 2.3 en í ákvæðinu segir: „...*hvernig sem skuld og gagnkröfu er varið...*“.¹⁹ Er 100. gr. gþl. sú meginregla sem gildir um skuldajöfnuð við gjaldprot og eru skilyrði hennar ófrávíkjanleg, þ.e. ekki er hægt að semja sig frá skilyrðunum.

3.3 Sérreglur

Í 102. gr. fmf. er kveðið á um að við slit fjármálafyrirtækis gildi sömu reglur og við gjaldprotaskipti, um gagnkvæma samninga þess og kröfur á hendur því, með þeim undantekningum sem koma fram í greininni og skipta ekki máli í því samhengi sem hér er til skoðunar. Af þessu leiðir m.a. að íslenskir dómstólar hafa lögsögu yfir fjármálafyrirtækjum sem heyra undir gildissvið 5. gr. gþl.²⁰

Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit fjármálafyrirtækja var innleidd í íslenskan rétt á ýmsum stöðum, með breytingalögum nr. 130/2004.

3.4 Innleiðing tilskipunar 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana í íslenskan rétt

3.4.1 Meginregla 10. gr. tilskipunarinnar um að lög heimaríkis gilda um slitameðferð fjármálafyrirtækis

Í 1. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar segir að lánastofnun skuli slitið í samræmi við lög, reglur og málsmeðferð sem í gildi eru í heimaaðildarríkinu, nema kveðið sé á um annað í tilskipuninni. Er þarna um að ræða meginreglu sem á eru gerðar undantekningar í nokkrum ákvæðum tilskipunarinnar. Það sem hér kemur helst til skoðunar er undanþáguákvæðið í 25. gr. tilskipunarinnar sem fjallað verður um í kafla 3.4.2.

¹⁹ Þorgeir Örlygsson: „Skuldajöfnuður“, bls. 360. Stefán Már Stefánsson: *Íslenskur gjaldprotaréttur*, bls. 119.

²⁰ Gunnlaugur Garðarsson: „Um skuldajöfnuð við gjaldprotaskipti“, bls. 96.

Ákvæði 10. gr. tilskipunarinnar var innleitt í lög um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 sbr. 104. gr. laganna. Þar sem segir, um „slit á lánastofnunum með höfuðstöðvar á Íslandi og útibú í öðru EES-ríki“, að hafi dómstóll tekið ákvörðun um slit lánastofnunar með staðfestu og starfsleyfi hér á landi skuli um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd ákvörðunarinnar fara eftir íslenskum lögum, með þeim takmörkunum sem greinir í 2. mgr. 99. gr. fmf. Í þeirri grein er fyrrnefnd undantekning í 25. gr. tilskipunarinnar innleidd.

3.4.2 Undantekning í 25. gr. tilskipunarinnar um greiðslujöfnunarsamninga

Í 25. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um að greiðslujöfnunarsamningar skuli falla einvörðungu undir lög sem gilda um slíka samninga. Er þarna um að ræða undantekningu frá meginreglunni um að íslensk lög gildi. Hafi slíkur samningur verið gerður í erlendu ríki gilda heimalög þess ríkis við slitameðferð fjármálafyrirtækisins hér á landi. Var þetta ákvæði innleitt í 99. gr. fmf. um „fjárhagslega endurskipulagningu lánastofnunar með höfuðstöðvar á Íslandi og útibú í öðru EES-ríki.“ Er í 2. mgr. 99. gr. kveðið á um að um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd ákvörðunar skuli fara að íslenskum lögum með frávikum sem talin eru upp í staflidum a- til n-.

Í j-lið 2. mgr. 99. gr. segir: „Samningur um skuldajöfnuð fer eftir lögum þess ríkis sem um samninginn gilda.“ Er þarna um að ræða undantekningu frá meginreglunni í 104. gr. fmf. sem, eins og fyrr segir, kveður á um að um við slit fjármálafyrirtækja skuli fara að íslenskum lögum. Þá er vert að vekja sérstaka athygli á breyttu orðalagi j-liðar þar sem kveðið er á um *skuldajöfnuð* og texta 25. gr. tilskipunarinnar þar sem orðið *greiðslujöfnunarsamningur* er notað. Er um að ræða nokkuð víðtækara orðalag í lagaákvæðinu en í tilskipuninni.

Af lögskýringargögnum verður ekki séð hvað veldur þessu breytta orðalagi. Þann 19. október 2004 lagði þáverandi viðskiptaráðherra fram stjórnarfrumvarp sem var meðal annars ætlað að innleiða að hluta í íslenskan rétt fyrrgreinda tilskipun 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana. Í þessu frumvarpi var ekki að finna nein ákvæði sem var ætlað að innleiða reglur um skuldajöfnuð eða greiðslujöfnuð. Að lokinni fyrstu umræðu Alþingis var málinu vísað til efnahags- og viðskiptanefndar til umræðu. Óskaði nefndin eftir umsögnum hagsmunaaðila um frumvarpið. Frá Seðlabanka Íslands barst umsögn þar sem meðal annars sagði:

Í IV. kafla tilskipunar 2001/24/EB er kveðið á um frávík frá þeirri meginreglu að um endurskipulagningu fjárhags og slit skuli fara að lögum þess ríkis þar sem viðkomandi lánastofnun hefur skráðar höfuðstöðvar (heimaríki). Afar mikilvægt er að nákvæmlega sé staðið að innleiðingu þessara ákvæða.

Seðlabankinn telur nauðsynlegt að tryggt sé að ákvæði 23. gr. tilskipunarinnar um skuldajöfnuð (e. set-off), ákvæði 24. gr. um Lex rei sitae, ákvæði 25. gr. um samninga um skuldajöfnun (e. netting arrangements), ákvæði 26. gr. um endurkaupasamninga (e. repurchase agreements) og ákvæði 27. gr. um skipulagða verðbréfamarkaði verði innleidd með fullnægjandi hætti.²¹

Efnahags- og viðskiptanefnd tók þessar athugasemdir Seðlabankans til greina og lagði í kjölfarið til eftirfarandi breytingar á frumvarpinu:

Á eftir h-lið 2. mgr. b-liðar 9. gr. (99. gr.) bætist við fimm nýir liðir sem kveða á um frávík frá meginreglunni í 1. mgr. um lögsögu heimaríkis. Fyrstu fjórir liðirnir innleiða ákvæði 24.–27. gr. tilskipunar 2001/24/EB, þ.e. um lagaskilaregluna lex rei sitae, samninga um skuldajöfnun, endurkaupasamninga og viðskipti á skipulögðum markaði.^{22 23}

Þarna virðast mistök hafa orðið hjá nefndinni í ljósi þess að ákvæði tilskipunarinnar um skuldajöfnuð kemur fram í 23. gr. tilskipunarinnar, eins og Seðlabankinn kemur inn á í umsögn sinni. Það ákvæði er þó ekki talið upp hjá nefndinni, sem eitt af þeim ákvæðum sem ætlunin er að innleiða. Hins vegar tekur nefndin fram að með þessu sé ætlunin að innleiða ákvæði um samninga um skuldajöfnun.

Breytingatillagan var samþykkt og var frumvarp til breytinga á lögum nr. 161/2010 um fjármálafyrirtæki samþykkt af Alþingi án frekari umræðu. Telja má ótvírætt að það hafi ekki verið ætlan löggjafans að breyta orðalagi 25. gr. tilskipunarinnar, eins og raunin varð heldur hafi þarna orðið mistök við lagasetningu. Erfitt er að átta sig á því hvort það hafi verið með vilja gert að innleiða ekki sérstaklega 23. gr. tilskipunarinnar, eins og Seðlabankinn benti á í umsögn sinni að nauðsynlegt væri að gera með fullnægjandi hætti eða hvort það hafi einfaldlega verið vanþekking á efni ákvæðisins sem olli því. Um þetta kemur ekkert fram í nefndarálitinu. Mikilvægt er að hafa í huga að í 23. gr. tilskipunarinnar er hvergi fjallað um samninga um skuldajöfnuð heldur um rétt lánardrottna til að krefjast skuldajöfnunar krafna sinna gegn kröfum lánastofnunar þegar slík skuldajöfnun er heimiluð í lögum sem gilda um kröfu lánastofnunarinnar.²⁴

Sé ákvæði j-liðar túlkað samkvæmt orðanna hljóðan leiðir það óhjákvæmilega til þess að ójafnræði getur ríkt á milli kröfuhafa við slit íslensks fjármálafyrirtækis. Myndi slík túlkun leiða til þess að samningur um skuldajöfnuð, gerður í ríki þar sem lög kveða á um að samningur um skuldajöfnuð haldi gildi sínu gagnvart gjaldþrotaskiptalögum, viki 100. gr. gþl. til hliðar. Því væru kröfuhafar fallins fjármálafyrirtækis misjafnlega vel settir eftir því hvar

²¹ Umsagnarbeiðni Efnahags- og viðskiptanefndar nr. 4972, 131. lögb. 2004-05, erindi nr. 213. bls. 4.

²² Alpt. 2004-05, A-deild, bls. 2184.

²³ Fimmti liðurinn innleiddi ákvæði um greiðslu- og uppgjörsfyrirmæli sem skiptir ekki máli í því samhengi sem er hér til umfjöllunar.

²⁴ Gunnlaugur Garðarsson: „Skuldajöfnuður við gjaldþrotaskipti“, bls. 100.

samningar um skuldajöfnuð voru gerðir. Ljóst er að slík framkvæmd myndi stríða gegn grunnreglu gjaldþrotaskiptalaga um jafnfræði kröfuhafa.²⁵

4. Dómur Hæstaréttar nr. 723/2012 (Commerzbank AB gegn Kaupþingi)

4.1 Reifun málsatvika

Í kjölfar setningar laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl. tók Fjármálaeftirlitið yfir vald hluthafafundar Kaupþings banka hf., vék stjórn félagsins frá störfum og skipaði bankanum skilanefnd þann 9. október 2008.

Commerzbank AB (C) og Kaupþing hf. (K) gerðu í byrjun árs 2003 með sér rammasamning um afleiðuviðskipti með viðauka sem hafði að geyma nánari útfærslu á framkvæmd viðskiptanna. Samningnum lauk við fall bankans, sama dag og bankanum var skipuð skilanefnd. Þegar samningurinn var gerður upp við slit var niðurstaðan sú að K átti kröfu á hendur C að upphæð ríflega 86 milljónum evra. Rúmlega mánuði eftir að K var skipuð skilanefnd fékk C framselda kröfu á hendur K að upphæð 20.000.000 bandaríkjadala, frá dótturfélagi sínu Erste Europäische Pfandbrief- und Kommunalkreditbank AG (E) í Lúxemborg. Hafði K gefið þá skuldarviðurkenningu út til E á vordögum 2004. Krafðist C þess í kjölfarið að krafan sem bankinn hafði fengið framselda frá E yrði skuldajöfnuð við kröfu K á hendur sér. Því hafnaði slitastjórn K og sagði skilyrðum 100. gr. gpl. ekki fullnægt þar sem C hafði ekki eignast kröfu sína á hendur K áður en þrjú mánuðir voru til frestdags.

Efnislegur ágreiningur K og C snýst um það eitt hvort C sé heimilt að skuldajafna kröfu sinni, sem byggir á skuldaviðurkenningu K, við kröfu K vegna afleiðuviðskiptanna. Byggir C kröfu sína á 5. gr. viðauka rammasamningsins þar sem fram kemur að samningurinn skuli „ráðast af og vera túlkaður í samræmi við lög Englands“. C vísar einnig til j-liðar 2. mgr. 99. gr. fmf., sem fjallað er um í kafla 3.4.2, en þar segir að um samning um skuldajöfnuð skuli fara að lögum þess ríkis sem um samninginn gilda, í þessu tilviki lög Englands um gjaldþrotaskipti. Meginreglur enskra laga heimila skuldajöfnuð þrátt fyrir að gagnkröfuhafi hafi eignast kröfu sína eftir að slitameðferð aðalkröfuhafa er hafin. K hafnar því að til staðar sé réttur C til skuldajafnaðar og byggir það fyrst og fremst á því ófrávíkjanlega skilyrði 100. gr. gpl., sem fjallað var um í kafla 2.3, að gagnkröfuhafi hafi eignast kröfu sína meira en þremur mánuðum fyrir frestdag. Aðilum tókst ekki að jafna þennan ágreining sinn og leituðu í kjölfarið til dómstóla til úrlausnar deilunnar.

²⁵ Gunnlaugur Garðarsson: „Skuldajöfnuður við gjaldþrotaskipti“, bls. 98 - 99.

Dómur Hæstaréttar sem hér er til skoðunar er kærumál, þar sem kærður er úrskurður héraðsdóms þar sem synjað var kröfu C um að dómkvaddur yrði „hæfur, óvilhallur og sérfróður lögfræðingur til að rannsaka, meta og svara“ nánar tilgreindum spurningum. Lutu spurningarnar að því annars vegar hvort um skuldajafnaðarkröfu C færi að enskum lögum og hins vegar hvort ensk lög heimili slíkan skuldajöfnuð eins og málsatvik eru. Þessa kröfu sína byggir C meðal annars á grundvelli 2. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (eml.) þar sem kveðið er á um að sá sem ber fyrir sig erlenda réttarreglu verður að leiða tilvist og efni hennar í ljós.

Áður hafði C lagt fram álitserðir tveggja erlendra sérfræðinga um ensk og þýsk lög og krafist þess í kjölfarið að sérfræðingarnir yrðu leiddir fyrir dóm sem vitni, í því skyni að staðfesta álitserðir sínar og svara spurningum lögmanna málsaðila og dómara. Héraðsdómur féllst á þessa kröfu C en Hæstiréttur hafnaði henni í *Hrd. 16. ágúst 2012 (410/2012)* með þeim rökstuðningi að sönnun um efni og tilvist erlendrar réttarreglu yrði ekki fullnægt með því að afla álits hjá erlendum málflytjendum eða öðrum sjálfstætt starfandi sérfræðingum. Þá benti Hæstiréttur á að umræddur sérfræðingur²⁶ teldist ekki vitni í skilningi laga um einkamál. Felldi Hæstiréttur því úrskurð héraðsdóms úr gildi og synjaði kröfu C. Í kjölfar niðurstöðu Hæstaréttar gerði C þá kröfu að dómkvaddur yrði matsmaður.

Kröfu C, um að dómkvaddur yrði matsmaður til að svara fyrrgreindum spurningum, var hafnað af héraðsdómi m.a. á þeim grundvelli að C hafði áður lýst því yfir að gagnaöflun í málinu væri lokið af sinni hálfu. Það var ekki fyrr en kröfu C um að kalla fyrir dóm sérfræðinga þá, er unnu greinargerðir fyrir bankann, var synjað, að sinnaskipti urðu á málaflutningi C. Sagði héraðsdómur að umbeðin dómkvaðning yrði ekki réttlætt á þeim grunni að ekki hafi áður verið unnt að afla matsgerðar um tilvist og efni þeirra erlendu réttarreglna sem C byggir málalíbúnað sinn á. C skaut niðurstöðu héraðsdóms til Hæstaréttar og krafðist þess að dóminum yrði hrundið og lagt fyrir héraðsdómara að dómkveðja lögfræðing til að svara fyrrgreindum spurningum.

4.2 Niðurstaða Hæstaréttar

Hæstiréttur kvað upp úrskurð í kærumálinu með dómi *Hrd. 19. desember 2012 (723/2012)*. Í rökstuðningi sínum fjallar Hæstiréttur um 104. gr. fmf. þar sem fram kemur að taki dómstóll hér á landi ákvörðun um slit lánastofnunar, sem hefur staðfestu og starfsleyfi hér á landi, nái sú heimild sjálfkrafa til allra útibúa sem lánastofnunin starfrækir í öðrum aðildarríkjum EES-

²⁶ Fyrir Hæstarétti féll C frá kröfu sinni um að leiða báða sérfræðingana fyrir dóm.

samningsins. Um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd ákvörðunarinnar fer að íslenskum lögum með þeim takmörkunum er greinir í 2. mgr. 99. gr. fmf. Í j-lið 2. mgr. segir að um samninga um skuldajöfnuð skuli fara að lögum þess ríkis sem um samningana gilda. Hins vegar segir í 1. mgr. 102. gr. fmf. að við slit fjármálafyrirtækis gilda sömu reglur og við gjaldþrotaskipti um gagnkvæma samninga fyrirtækis og kröfur á hendur því. Því næst segir í rökstuðningi Hæstaréttar:

Samningsákvæði það um skuldajöfnuð sem [C] vísar til fjallar almennt um efnisleg skilyrði skuldajafnaðar í lögskiptum aðila og getur ekki haft áhrif á þær réttarreglur sem gilda um skuldajafnaðarrétt við slit fjármálafyrirtækis sem fram fara hér á landi. Af þessu leiðir að um rétt [C] við slit [K] til að lýsa gagnkröfu til skuldajafnaðar við kröfu [K] á hendur [C] gilda ákvæði laga nr. 21/1991 en ekki ensk lög.

Að þessu sögðu segir Hæstiréttur í rökstuðningi sínum að beiðni C um dómkvaðningu matsmanns sé því „...bersýnilega um atriði sem ekki skiptir máli við úrlausn á ágreiningi aðila og því tilgangslaus til sönnunar í málinu...“ og staðfestir niðurstöðu héraðsdóms.

Hafa ber í huga að í dómi Hæstaréttar er einungis leyst úr því hvort dómkveðja skuli matsmann til að gefa sitt álit á þrætuefni málsaðila. Efnislega leysir dómurinn því ekki úr aðalþrætuefninu um hvort ensk eða íslensk lög skuli gilda um skuldajafnaðarkröfu C á hendur K. Þó er ljóst að í rökstuðningi Hæstaréttar kemur fram sterk vísbending um hver endanleg niðurstaða málsins verður, komi til þess að Hæstarétti verði falið að leysa úr þessum ágreiningi.

Hæstiréttur segir í dóminum að samningsákvæði það sem C vísar til í 5. gr. viðauka rammamanns um afleiðuviðskipti, sem kveður á um að samningurinn skuli ráðast af og vera túlkaður í samræmi við lög Englands, fjalli almennt um efnisleg skilyrði skuldajafnaðar og geti því ekki haft áhrif á þær réttarreglur sem gilda um skuldajafnaðarrétt við slit fjármálafyrirtækis hér á landi. Með þessu er Hæstiréttur væntanlega að vísa til þeirrar meginreglu sem finna má í 1. mgr. 102. gr. laga um fjármálafyrirtæki að við slit fjármálafyrirtækis gilda sömu reglur og við gjaldþrotaskipti, um gagnkvæma samninga þess og kröfur á hendur því. Af þeirri reglu leiðir að við slit fjármálafyrirtækis gildir meginreglan í 1. mgr. 100. gr. gpl. um skuldajöfnuð, þar sem m.a. er kveðið á um að gagnkrafa þurfi að hafa stofnast meira en þremur mánuðum fyrir frestdag til að heimilt sé að skuldajafna henni við kröfu þrotabús.

4.3 Hvað má lesa úr niðurstöðu Hæstaréttar?

Af niðurstöðu Hæstaréttar í ofangreindu máli má draga þá ályktun að dómurinn telur að ákvæði í viðauka við samning málsaðila um að erlendur réttur gildi um samninginn haldi ekki

gildi sínu gagnvart meginreglum íslensks gjaldþrotaréttar. Í rökstuðningi sínum kemur dómurinn lítillega inn á undanþáguákvæði j-liðar 2. mgr. 99. gr. fmf. og segir svo að á hinn bóginn komi fram í 1. mgr. 102. gr. fmf. að íslenskur réttur gildi um slit fjármálafyrirtækis. Varla er hægt að draga aðra ályktun en þá að með þessu sé Hæstiréttur að segja að þegar kemur að skuldajöfnuði sé ekki sé hægt að semja sig frá íslenskum gjaldþrotarétti.

Dómurinn rökstyður ekki sérstaklega í forsendum sínum af hverju hann telur undanþáguákvæði j-liðar 2. mgr. 99. gr. fmf. ekki eiga við í málinu. Í forsendum dómsins segir að samningsákvæði viðaukans „...[geti] ekki haft áhrif á þær réttarreglur sem gilda um skuldajafnaðarrétt við slit fjármálafyrirtækis sem fram fara hér á landi.“ Þrátt fyrir að í næstu málsgrein á undan komi fram að samkvæmt j-liðnum skuli „...samningar um skuldajöfnuð fara að lögum þess ríkis sem um samningana gilda.“. Þarna lýstur saman tveimur réttarreglum. Annars vegar undanþáguákvæði j-liðar 1. mgr. 99. gr. fmf. og hins vegar 100. gr. gþl. Þá er óumdeilt að regla j-liðar er sérregla gagnvart gjaldþrotalögum.²⁷

Þegar tveimur réttarreglum lýstur saman getur verið nauðsynlegt að horfa til viðmiðunarreglna sem fræðimenn hafa kallað forgangsreglur.²⁸ Ein þessara forgangsreglna er *lex specialis* reglan sem byggir á því að sérreglu um tiltekið tilvik skuli beitt um það tilvik, enda þótt almenn regla verði einnig talin eiga við um tilvikið. Þetta byggir á því að ástæðulaust er fyrir löggjafann að setja sérreglu um úrlausn ákveðins tilviks ef reglunni væri ekki ætlað að ganga frammar almennri reglu um sama tilvik. Þar sem á slík tilvik reynir ber því að láta sérregluna hafa forgang.²⁹ Að þessu sögðu getur sú spurning eðlilega vaknað hvort niðurstaða Hæstaréttar sé byggð á réttri lögskýringu.

5. Lokaorð

Í þessari ritgerð hefur verið fjallað um skuldajöfnuð almennt og við slit fjármálafyrirtækja, um innleiðingu tilskipunar Evrópuþingsins og dóm Hæstaréttar þar sem reyndi m.a. á ákvæði sem tilskipunin innleiddi.

Í upphafi var hugtakið skuldajöfnuður skilgreint, fjallað um þær röksemdir sem liggja að baki þessari leið til að ljúka kröfum og fjallað um helstu skilyrðin sem uppfylla þarf til að skuldajöfnuður sé heimill. Þá var fjallað um tilvik þar sem skuldajöfnuður er einhverra hluta

²⁷ Gunnlaugur Garðarsson: „Skuldajöfnuður við gjaldþrotaskipti“, bls. 98.

²⁸ Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 127.

²⁹ Róbert R. Spanó: *Túlkun Lagaákvæða*, bls. 80.

vegna takmarkaður og að sama skapi þegar réttur til skuldajafnaðar er víðtækari en leiðir af almennum reglum.

Því næst var fjallað um innleiðingu tilskipunar 2001/24/EB í íslenska löggjöf. Tilgangur tilskipunarinnar var að samræma reglur aðildaríkjanna um endurskipulagningu og slit fjármálafyrirtækja. Tilskipunin var innleidd víða í íslensk lög en það sem kom helst til skoðunar voru 10. og 25. gr. tilskipunarinnar sem voru innleiddar í lög um fjármálafyrirtæki, n.t.t. í 99. og 104. gr. Jafnframt var vakin athygli á því að orðalag j-liðar 1. mgr. 99. gr. er ekki það sama og orðalag 25. gr. tilskipunarinnar sem ætlunin var að innleiða. Orðið greiðslujöfnuður er notað í tilskipuninni en orðið skuldajöfnuður er notað í j-liðnum. Er því um að ræða nokkuð víðtækari lagareglu í j-lið 2. mgr. 99. gr. fmf. en í 25. gr. tilskipunarinnar, þar sem greiðslujöfnuður er einungis einn þáttur í skuldajöfnuði. Sú ályktun var dregin að um mistök hefði verið að ræða við lagasetningu, að ætlan löggjafans hafi verið sú að innleiða 25. gr. tilskipunarinnar óbreytta en fyrir mistök hafi orðalaginu verið breytt. Þarna er komin innbyrðis skörun í lögum og þeirri spurningu var velt upp hvort þessi meintu mistök löggjafans hefðu áhrif við framkvæmd skuldajafnaðar fallinna fjármálafyrirtækja.

Höfundur er ekki kunnugt um að á þetta hafi reynt efnislega fyrir dómi, þ.e. gildi undanþáguákvæðisins í j-lið 2. mgr. 99. gr. fmf. gegn ófrávíkjanlegum skilyrðum 100. gr. gjaldþrotalaga. Þó var að hluta komið inn á þetta í dómi Hæstaréttar frá 19. desember 2012 í máli nr. 723/2012 í kærumáli þar sem Commerzbank AB og Kaupþing hf. deildu um hvort fallast ætti á kröfu fyrrnefnda bankans um að dómkvaddur yrði matsmaður til að svara tilteknum spurningum sem lutu að því hvort um kröfu Commerzbank til skuldajafnaðar, sem Kaupþing hafði hafnað, færi að enskum lögum eða íslenskum. Í niðurstöðu Hæstaréttar í því máli kom fram að samkvæmt fyrrnefndum j-lið skuli samningar um skuldajöfnuð fara að lögum þess ríkis sem um samninginn gilda. Hins vegar komi fram í 1. mgr. 102. gr. fmf. að við slit fjármálafyrirtækis gildi sömu reglur og við gjaldþrotaskipti um gagnkvæma samninga fyrirtækis og kröfur á hendur því. Þá sagði að ákvæði í viðauka við samning á milli bankanna, þar sem kveðið er á um að samningurinn skuli ráðast af og vera túlkaður í samræmi við lög Englands, fjallaði almennt um efnisleg skilyrði skuldajafnaðar í lögskiptum aðila og gæti því ekki haft áhrif á þær sérreglur sem gilda um skuldajafnaðarrétt við slit fjármálafyrirtækis hér á landi. Af þessu leiði að ákvæði íslenskra gjaldþrotalaga gildi um deiluefni málsaðila, ekki ensk lög. Athyglisvert er að velja því fyrir sér hvort það sé rétt nálgun Hæstaréttar að um sé að ræða almennt samningsákvæði um skuldajöfnuð en ekki sérstakt ákvæði, eins og telja má að sé skilningur Commerzbank í málinu.

Hæstiréttur fjallar ekki í rökstuðningi sínum um það hvers vegna hann telur undanþáguákvæði í yngri sérlögum, sem lög um fjármálafyrirtæki eru, ekki hafa gildi gagnvart almennum reglum íslenskra gjaldþrotalaga. Er það að vissu leyti miður. Það verður fróðlegt að sjá hvort þessi deila Commerzbank og Kaupþings fái efnislega umfjöllun fyrir Hæstarétti og þá hvort sú niðurstaða muni svara þeim spurningum sem þetta misræmi laganna vekur upp. Um er að ræða ríflega 2.700 milljónir ISK sem Commerzbank vill skuldajafna við kröfu Kaupþings á hendur sér. Verður því að telja líklegt að það komi í hlut Hæstaréttar að leysa efnislega úr deilu bankanna, um hvort heimilt sé að skuldajafna eða ekki.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Davíð Þór Björgvinsson. *Lögskýringar*. Reykjavík, 1996.

Gunnlaugur Garðarsson. „Um skuldajöfnuð við gjaldþrotaskipti.“ Reykjavík, 2011.

Hrd. 19. desember 2012 (723/2012).

Ólafur Lárusson. *Kaflar úr kröfurétti*. 2. útgáfa. Reykjavík, 1965.

Róbert R. Spanó. *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík, 2007.

Stefán Már Stefánsson. *Íslenskur gjaldþrotaréttur*. Reykjavík, 1982.

Seðlabanki Íslands: "Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki ...", <http://www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=131&dbnr=216> (skoðað 1. apríl 2013).

Viðar Már Matthíasson. *Endurheimt verðmæta við gjaldþrot*. Skýringarrit við reglur XX. kafla laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti. Reykjavík, 2000.

Þorgeir Örlygsson. „Skuldajöfnuður.“ *Útljótur* 1.tbl. (1997): Bls. 347-393.

Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason, Eyvindur G. Gunnarsson. *Kröfuréttur I. Efndir kröfu*. Reykjavík, 2009.