

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur þriðjudaginn 6. maí 2008 í máli nr. X-7/2008:

Saga Capital Fjárfestingarbanki

(Ragnar Halldór Hall hrl.)

gegn

Insolidum ehf.

(Jóhannes Karl Sveinsson hrl.)

Með beiðni dagsettri 27. febrúar 2008, móttækinni 28. sama mánaðar, krafðist sóknaraðili Saga Capital Fjárfestingabanki hf. þess að bú varnaraðila, Insolidum ehf. verði tekið til gjaldþrotaskipta. Við fyrirtöku málsins þann 19. mars sl. var sótt þing af hálfu varnaraðila og kröfunni mótmælt. Var þá þingfest ágreiningsmál þetta, sbr. 1. mgr. 168. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. Málið var tekið til úrskurðar 23. apríl sl.

Sóknaraðili, Saga Capital Fjárfestingarbanki hf., krefst þess að bú varnaraðila, Insolidum ehf., verði tekið til gjaldþrotaskipta.

Varnaraðili krefst þess aðallega að kröfu sóknaraðila um að bú varnaraðila verði tekið til gjaldþrotaskipta verði vísað frá héraðsdómi. Til vara er þess krafist að hafnað verði kröfu sóknaraðila um að bú varnaraðila verði tekið til gjaldþrotaskipta. Þá er krafist málskostnaðar.

I

Sóknaraðili lýsir málavöxtum þannig að með bréfi til Héraðsdóms Reykjavíkur 27. febrúar 2008 hafi þess verið krafist að bú varnaraðila yrði tekið til gjaldþrotaskipta. Í beiðninni sé gerð grein fyrir kröfum sóknaraðila á hendur varnaraðila, sem ekki hafi fengist greiddar. Í viðleitni sinni við að tryggja hagsmuni sína hafi sóknaraðili krafist þess að fram færi kyrrsetning í eignum varnaraðila. Sýslumaðurinn í Reykjavík hafi fallist á að skilyrði kyrrsetningar væru fyrir hendi, en við framkvæmd gerðarinnar hafi komið á daginn að gerðarþoli ætti ekki eignir til tryggingar kröfunum. Hafi gerðin því verið lýst árangurslaus hinn 25. febrúar 2008. Í kjölfar þess hafi gjaldþrotaskiptakrafan verið lögð fram.

Varnaraðili gerir ekki aðrar athugasemdir við málavaxtalýsingu sóknaraðila en þær að samningum þeim, sem sóknaraðili reisi kröfu um gjaldþrotaskipti á, hafi verið rift þann 8. nóvember 2007. Dómsmál til staðfestingar á riftuninni hafi verið

Þingfest við Héraðsdóm Reykjavíkur þann 12. febrúar sl. Þá tekur varnaraðili fram að sóknaraðili hafi hvorki höfðað mál til staðfestingar á kyrrsetningunni sem fór fram þann 25. febrúar 2008, né heldur höfðað mál um kröfu sóknaraðila, eins og skylt sé skv. VI. kafla laga um kyrrsetningu, lögbann o.fl. nr. 31/1990. Kyrrsetningin sé því fallin niður skv. 39. gr. laganna.

II

Sóknaraðili vísar um lagastoð fyrir gjaldþrotaskiptakröfunni til 1. tölul. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti. Samkvæmt ákvæðinu geti lánardrottinn krafist þess að bú skuldarans verði tekið til gjaldþrotaskipta ef kyrrsetning hefur verið gerð hjá skuldarinum án árangurs að einhverju leyti eða öllu á síðustu þremur mánuðum fyrir frestdag og ekki er ástæða til að ætla að gerðin gefi ranga mynd af fjárhag hans. Slík krafa nái þó ekki fram að ganga ef skuldarinn sýni fram á að hann sé fær um að standa full skil á skuldbindingum sínum þegar þær koma í gjalddaga eða verði það innan skamms tíma.

Sóknaraðili telur að ekki geti verið vafi um að þau gögn sem fylgdu beiðni hans um gjaldþrotaskipti uppfylli kröfur sem gerðar séu í áðurnefndu lagaákvæði. Samkvæmt því telji sóknaraðili ágreining í málinu eingöngu geta snúist um það hvort varnaraðili geti afstýrt gjaldþrotaskiptum með því að sýna fram á að sóknaraðili sé ekki lánardrottinn varnaraðila eða að skuldarinn sé gjaldfær.

Krafa sóknaraðila byggist á því að hann eigi gjaldfallna kröfu á varnaraðila, sem ekki hafi fengist greidd. Krafan sé veðtryggð að hluta til, en veðtryggingin hrökkvi hvergi nærri til að tryggja kröfuna og hafi það verið staðreynt við framkvæmd kyrrsetningargerðarinnar. Þótt varnaraðili hafi einhliða lýst yfir riftun á viðskiptum við sóknaraðila hafi hann ekki skilað aftur þeim verðmætum sem hann fékk frá sóknaraðila þegar viðskiptin áttu sér stað. Sóknaraðili hafi mótmælt riftuninni og varnaraðili hafi höfðað dómsmál til að knýja fram viðurkenningu á riftuninni. Sóknaraðili hafi tekið til varna í því máli.

Sóknaraðili telji fráleitt að einhliða yfirlýsing varnaraðila um riftun hafi þau réttaráhrif að ekki sé unnt að knýja fram gjaldþrotaskipti. Ef á það væri fallist gætu allir skuldarar alltaf varist gjaldþrotaskiptakröfum með því að krefjast riftunar á skuldbindingum sem þeir hafa gengist undir. Riftun hafi ekki náð fram að ganga, og sóknaraðili telji einsýnt að við úrlausn þessa máls geti ekki komið til skoðunar hvort skilyrði riftunar teljist vera fyrir hendi. Úr því verði einungis leyst í riftunarmálinu sjálfu. Komist dómurinn á hinn bóginn að þeirri niðurstöðu, að líta verði til þess hvort riftunarskilyrði séu fyrir hendi, sé á því byggt af hálfu sóknaraðila að riftunarkrafa varnaraðila fái með engu móti staðist.

Af hálfu sóknaraðila hafi verið sýnt fram á ógjaldfærni varnaraðila með þeim hætti sem áskilið sé í ofangreindu ákvæði gjaldþrotaskiptalaga. Engin ástæða sé til að ætla að hin árangurslaus kyrrsetningargerð gefi ekki rétta mynd af fjárhag varnaraðila, enda hafi við framkvæmd gerðarinnar verið lögð fram skrifleg yfirlýsing stjórnar félagsins um að bent hafi verið á allar eignir félagsins. Þær eignir hafi verið formlega metnar af sýslumanni, sem að þessari yfirlýsingu fenginni hafi lýst gerðina árangurslausu. Ef varnaraðili væri gjaldfær væri að sjálfsögðu

einfaldast fyrir hann að greiða kröfu sóknaraðila, en það hafi hann ekki gert.

III

Varnaraðili byggir á að ekki séu skilyrði að réttarfarslögum til að taka til greina kröfu sóknaraðila um gjaldþrotaskipti á búi varnaraðila. Þá byggir varnaraðili á því að skilyrði 1. tl. 2. mgr. 65. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991, sem sóknaraðili reisir kröfu sína á, séu ekki uppfyllt.

Í fyrsta lagi byggir varnaraðili á því að hann hafi höfðað mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til staðfestingar á riftun á samningum sínum við sóknaraðila. Í málinu verði leyst úr því hvort skilyrði riftunar á lánasamningi og átta nánar tilgreindum handveðsamningum hafi verið fyrir hendi þann 8. nóvember 2007.

Krafa sóknaraðila um gjaldþrotaskipti á búi varnaraðila sé reist á þessum sömu samningum. Með öðrum orðum telji sóknaraðili að varnaraðili skuldi honum 334.084.448 kr. á grundvelli samninganna, eins og nánar sé gerð grein fyrir í kröfu um gjaldþrotaskipti.

Í stefnu varnaraðila í fyrrgreindu héraðsdómsmáli, sé því lýst á hvaða forsendum samningunum var rift, og að skil á verðmætum hafi farið fram að fullu. Sóknaraðili eigi því enga kröfu á hendur varnaraðila.

Af kröfu sóknaraðila um gjaldþrotaskipti yfir búi varnaraðila leiði að dómari verði að taka afstöðu til þess hvort sóknaraðili eigi þær kröfur á hendur varnaraðila sem lýst sé í gjaldþrotaskiptabeiðninni. Með öðrum orðum þurfi dómari að taka afstöðu til þess, hvort riftun varnaraðila á samningum hans og sóknaraðila sé skuldbindandi fyrir sóknaraðila, svo niðurstaða megi fást um hvort skilyrði fyrir gjaldþrotaskiptum yfir búi varnaraðila séu til staðar.

Þar sem varnaraðili hafi þegar þingfest dómsmál til staðfestingar á riftuninni verði dóms ekki krafist um þær kröfur í máli þessu. Beri við þær aðstæður að vísa kröfu sóknaraðila frá dómi, sbr. 2. ml. 4. mgr. 94. gr. laga nr. 91/1991.

Í öðru lagi byggir varnaraðili á því að ákvörðun sýslumanns um kyrrsetningu eigna varnaraðila hafi verið röng. Engin lagaskilyrði voru fyrir kyrrsetningu, eins og nánar verði rakið hér á eftir.

Með því að höfða ekki staðfestingarmál hafi sóknaraðili svipt varnaraðila réttinum til að fá skorið úr um lögmæti kyrrsetningargerðarinnar fyrir dómstólum. Varnaraðili byggir á því að þessi annmarki á kyrrsetningargerðinni leiði sjálfkrafa til frávisunar á kröfu sóknaraðila, en einnig telji varnaraðili óhjákvæmilegt að dómari taki fyrst afstöðu til þess hvort skilyrði kyrrsetningar hafi verið til staðar, áður en komist sé að niðurstöðu um skilyrði gjaldþrotaskipta. Að öðrum kosti verði krafa sóknaraðila um gjaldþrotaskipti byggð á kyrrsetningargerð sem ekki hafi hlotið umfjöllun dómstóla.

Samkvæmt 5. gr. laga nr. 31/1990 séu skilyrði kyrrsetningar tvönnar konar; annars vegar að krafa gerðarbeiðanda sé lögvarin, sbr. 2. mgr. ákvæðisins, og hins vegar að sýnt sé fram á að draga muni mjög úr líkindum til að fullnusta kröfunnar takist eða að fullnusta hennar verði verulega örðugri, nái kyrrsetning ekki fram að ganga. Hvorugt framangreindra skilyrða hafi verið uppfyllt þegar eignir varnaraðila voru kyrrsettar.

Í fyrsta lagi hafi krafa sóknaraðila verið reist á láns- og handveðsamningum sem varnaraðili rifti þann 8. nóvember 2007. Ástæða riftunarinnar sé sú að sóknaraðili leyndi varnaraðila grundvallarupplýsingum um viðskiptin sem lána- og handveðsamningunum var ætlað að fjármagna.

Riftun sé ákvöð sem bindi viðtakanda frá móttöku. Skil á grundvelli riftunarinnar hafi þegar farið fram, enda leysti sóknaraðili þann 19. nóvember 2007 til sín öll þau verðbréf sem hann seldi varnaraðila þann 20. júlí 2007. Sóknaraðili eigi ekki frekari kröfur á hendur varnaraðila. Því hafi borið að synja um kyrrsetningu enda hafi sóknaraðili ekki átt þau réttindi sem hann hugðist tryggja.

Í öðru lagi sé tilgangur kyrrsetningar að koma í veg fyrir að gerðarþoli dragi með aðgerðum sínum eða aðgerðarleysi mjög úr líkindum til að fullnusta kröfu takist, á meðan gerðarbeiðandi afli sér aðfararheimildar.

Sóknaraðili hafi ekki með nokkrum hætti sýnt fram á eða gert líklegt að varnaraðili myndi aðhafast eitthvað sem drægi úr líkindum á fullnustu kröfunnar, og réttlætti þar með kyrrsetningu. Ekki hafi verið gerð tilraun til að rökstyðja þetta grundvallarskilyrði kyrrsetningar í kyrrsetningarbeiðni.

Í kyrrsetningarbeiðni voru einu rökin fyrir því að þetta skilyrði 5. gr. laga 31/1990 gæti verið uppfyllt, þau að verðmæti verðbréfa í eigu varnaraðila hafi lækkað að undanfögnu. Þar sem sú lækkun gæti haldið áfram væri þörf á skjótri fullnustu.

Varnaraðili telji þessi rök ekki nægja til kyrrsetningar. Í fyrsta lagi sé sóknaraðila óheimilt að ráðstafa eignum varnaraðila, þó þær hafi verið kyrrsettar, því hafi kyrrsetning engin áhrif á það hvert verðmæti eigna varnaraðila verði, ef sóknaraðila tekst að afla sér aðfararheimildar fyrir kröfu sinni. Í öðru lagi sé einungis heimilt að líta til þess hvort aðgerðir varnaraðila sjálfs muni draga úr líkindum til fullnustu. Varnaraðili getur með aðgerðum sínum eða aðgerðarleysi ekki haft nein áhrif á almenna verðþróun þeirra verðbréfa, sem hann á. Möguleg breyting á utanaðkomandi aðstæðum, þ.e. áframhaldandi lækkun á fjármálamörkuðum, réttlæti því ekki kyrrsetningu.

Í greinargerð með ákvæði því sem varð að 5. gr. laga nr. 31/1990 séu tilgreind þau atvik sem réttlætt geti kyrrsetningu. Þar segi að kyrrsetning eigi ekki að fara fram, nema raunhæfa nauðsyn beri til vegna hagsmuna kröfueiganda, enda sé megintilgangur kyrrsetningar „að tryggja kröfueiganda fyrir yfirvofandi hættu á að skuldara takist að eyða, selja, veðsetja eða ráðstafa með öðrum hætti öllum eignum sínum meðan dómssmál er rekið um kröfuna, þannig að engar eignir liggi fyrir til aðfarar að gengnum dómi.“

Þessi yfirvofandi hættu, sem er skilyrði kyrrsetningar, hafi ekki með nokkru móti verið til staðar. Í því sambandi sé rétt að vekja athygli á því að nú þegar hafi sóknaraðili rekið innsetningarmál gegn varnaraðila og eigendum hans, bæði í héraði og fyrir Hæstarétti, þar sem sóknaraðili freistaði þess að ná yfirráðum yfir varnaraðila. Ekki hafi verið hreyft við eignum varnaraðila undir þeim málarekstri. Þá séu allar eignir varnaraðila veðsettar lánardrottnum félagsins, þ.m.t. sóknaraðila. Þrátt fyrir að varnaraðili hafi rift samningum sínum og sóknaraðila sé ljóst að varnaraðila sé ómögulegt að ráðstafa eignum sínum án samþykkis þessara lánardrottna, þ.m.t. sóknaraðila, þar til dómur gengur í riftunarmálinu. Tilgangsleysi kyrrsetningarinnar sjáist hvað best á því að sóknaraðili hafi ekki hirt um að krefjast þess að sýslumaður svipti varnaraðila umráðum yfir þeim verðmætum sem kyrrsett voru, sbr. 2. mgr. 19. gr. 1. nr. 31/1990. Sóknaraðili hafi því ekki haft neina hagsmuni af kyrrsetningu. Veki það upp spurningar um hver tilgangur sóknaraðila með kyrrsetningu hafi verið.

Þeirri spurningu hafi nú verið svarað. Sóknaraðili sé að nýta sér kyrrsetningarúrræðið til að koma varnaraðila í þrot, en ekki til þess sem það er ætlað, þ.e. að verja möguleikann á fullnustu kröfu gegn yfirvofandi eða byrjuðum athöfnum skuldara. Varnaraðili telji augljóst að ekki sé unnt að heimila gjaldþrotaskipti á grundvelli kyrrsetningarbeiðni sem aflað sé með þessum hætti, í þessum tilgangi og hefur þar að auki ekki komið til endurskoðunar dómstóla.

Varnaraðili eigi rétt á því að skilyrði kyrrsetningar verði borin undir dómstóla. Þar sem sóknaraðili hafi svipt varnaraðila þeim rétti sínum með því að höfða ekki staðfestingarmál, en byggir allt að einu á kyrrsetningargerðinni, verði dómurinn að taka afstöðu til þess hvort skilyrði kyrrsetningar hafi verið fyrir hendi, áður en tekin sé afstaða til kröfu sóknaraðila um gjaldþrotaskipti yfir búi varnaraðila. Þar sem skilyrði kyrrsetningar hafi ekki verið fyrir hendi beri að vísa kröfu sóknaraðila um gjaldþrotaskipti frá dómi, en ella hafna kröfunni.

Í þriðja lagi byggir varnaraðili á því að kyrrsetningargerð sú, sem krafa um gjaldþrotaskipti byggir á, sé fallin niður. Sóknaraðili hafi ekki hirt um að höfða mál til staðfestingar á gerðinni á grundvelli VI. kafla laga um kyrrsetningu, lögbann o.fl. nr. 31/1990 og því sé gerðin fallin niður á grundvelli 39. gr. laganna.

Varnaraðili byggir á því að með því að höfða ekki staðfestingarmál hafi sóknaraðili lýst því yfir að skilyrði kyrrsetningar séu ekki uppfyllt. Skýra verði 1. tl. 2. mgr. 65. gr. laga um gjaldþrotaskipti þannig, að átt sé við gilda kyrrsetningargerð.

Þar sem öll réttaráhrif af kyrrsetningu séu fallin niður geti sóknaraðili ekki reist kröfu um gjaldþrotaskipti á henni.

Í fjórða lagi byggir varnaraðili á því að skilyrði fyrir gjaldþrotaskiptum á grundvelli 1. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21/1991 séu ekki uppfyllt. Komi þar bæði til að varnaraðili geti sýnt fram á að hann sé fær um að standa skil á skuldbindingum sínum, auk þess sem umrædd kyrrsetningargerð gefi ekki rétta mynd af fjárhag varnaraðila.

Í endurriti úr gerðabók sýslumannsins í Reykjavík, dags. 25. febrúar 2008, sé staðfest að verðmæti eigna varnaraðila umfram skuldir hafi þá numið 236.043.860 kr. Eins og áður hafi verið lýst telji varnaraðili að sóknaraðili eigi engar kröfur á hendur sér á grundvelli þeirra samninga sem taldir séu upp í gjaldþrotaskiptabeiðni, enda hafi varnaraðili rift samningunum og skilað öllum verðmætum á grundvelli þeirra.

Varnaraðili byggi riftun sína á því að í viðskiptum aðila hafi innherjaupplýsingar verið nýttar með ólöglegum hætti: að varnaraðili hafi verið leyndur upplýsingum um hver væri seljandi þeirra bréfa sem lána- og handveðsamningunum hafi verið ætlað að fjármagna og því að sóknaraðili braut gegn ákvæðum laga og reglna um aðskilnað starfssviða fjármálafyrirtækja þegar umræddum viðskiptum var komið á. Um rökstuðning fyrir riftuninni vísi varnaraðili í stefnu í riftunarmáli gegn sóknaraðila, sem þingfest var þann 12. febrúar sl.

Ekki virðist vera ágreiningur milli aðila um að sóknaraðili eigi ekki kröfur á hendur varnaraðila eftir riftunina, en deilt er um skilyrði hennar. Varnaraðili telji öll skilyrði fyrir riftun samninganna uppfyllt. Þar sem sóknaraðili eigi þar af leiðandi engar kröfur á hendur varnaraðila nemi eignir varnaraðila, umfram skuldir, að minnsta kosti 236.043.860 kr. Skilyrði gjaldþrotaskipta séu því ekki uppfyllt.

Þá beri að ítreka það sem að framan sé rakið, að í ofangreindri málsástæðu varnaraðila felist að dómari verði að taka afstöðu til riftunar varnaraðila á samningum sínum við sóknaraðila. Þar sem dómsmál um sakarefnið hafi verið þingfest þann 12. febrúar 2008 beri að vísa kröfu sóknaraðila frá dómi án kröfu, á grundvelli 4. mgr. 94. gr. eml.

Verði sóknaraðila, þrátt fyrir ofangreint, talið mögulegt og heimilt að byggja kröfu um gjaldþrotaskipti yfir búi varnaraðila á umræddum samningum, telji varnaraðili allt að einu ljóst að skilyrði fyrir gjaldþrotaskiptum séu ekki uppfyllt.

Krafa sóknaraðila skv. gjaldþrotaskiptabeiðni nemi 334.084.448 kr. Eignir varnaraðila nemi skv. kyrrsetningargerð sýslumannsins í Reykjavík 236.043.860 kr. Mismunurinn sé 98.040.588 kr.

Eins og lýst sé í kröfu um gjaldþrotaskipti, sé meginstarfsemi varnaraðila eignarhald á stofnfjárbréfum í tveimur sparísjóðum, BYR og Sparísjóðnum í Keflavík.

Varnaraðili sé eigandi 0,626% stofnfjár í BYR sparísjóði, eða sem nemi að nafnvirði 88.630.168 stofnfjárbréfum. Þann 14. mars sl. hafi ársreikningur sjóðsins verið birtur. Þar leggi stjórn sjóðsins til að sjóðurinn greiði stofnfjáreigendum 44% í arð. Það þýði að varnaraðili muni fá greiddar 75.840.338 kr. í arð frá Byr (44% x 88.630.168 (stofnfjárbréf) x 1,94476 (endurmatsstuðull)). Auk þess sé lagt til að nýtt verði heimild í lögum um sérstakt endurmat stofnfjár og það hækkað um 3%. Verði tillagan samþykkt muni hækkunin fara fram fyrstu mánaðamót eftir aðalfund félagsins. Endurmatsstuðull stofnfjár BYRS fylgi breytingum á vísitölu neysluverðs

og uppfærast mánaðarlega.

Þá sé varnaraðili eigandi að 12.679.148 hlutum að nafnvirði í Sparisjóðnum í Keflavík. Á aðalfundi sjóðsins sem haldinn var 6. mars sl. hafi verið samþykkt að greiða stofnfjáreigendum 20% arð. Það þýði að varnaraðili fái greiddar 5.550.804 kr. í arð frá sparisjóðnum (20% x 12.679.148 (stofnfjárbréf) x 2,18895 (endurmatsstuðull)). Auk þess hafi verið samþykkt að nýtt verði heimild í lögum um sérstakt endurmat stofnfjár og það hækkað um sem nemi 10% af hagnaði ársins 2007. Muni þessi hækkun eiga sér stað um 1. apríl nk. og endurspeglast í endurmatsstuðli sparisjóðsins. Endurmatsstuðull stofnfjár Sparisjóðsins í Keflavík fylgi breytingum á vísitölu neysluverðs og uppfærast mánaðarlega.

Samtals fái varnaraðili, á grundvelli stofnfjáreignar sinnar í BYR og Sparisjóði Keflavíkur, því arðgreiðslur að fjárhæð 81.391.142 kr. á næstu vikum, auk verðmætaaukningar sem felist í endurmati á stofnfé í sparisjóðnum.

Þá sé reikningsskekkja í kröfu sóknaraðila. Eins og lýst sé í kyrrsetningarbeiðni sóknaraðila, leysti sóknaraðili til sín þann 19. nóvember 2007 stofnfjárbréf í SPRON sem voru í eigu varnaraðila og Daggar Pálsdóttur, en sóknaraðili hafði að handveði. Bréfin leysti sóknaraðili til sín á genginu 12,90 og nam innlausnarverðið samkvæmt því 317.631.941 kr. Hafi verðmæti bréfanna verið ráðstafað upp í meinta skuld varnaraðila við sóknaraðila.

Aðferðin við innlausnina hafi hins vegar verið andstæð ákvæðum handveðssamningsins og hafi sóknaraðili viðurkennt það. Samkvæmt handveðssamningnum skuli söluverð bréfanna vera meðalgengi á stofnfjármarkaði síðustu sjö dagana fyrir söluna. Á grundvelli reglunnar sé sölugengi bréfanna 13,75 og því nemi söluverðmæti þeirra 338.526.002 kr. (að teknu tilliti til þóknunar sóknaraðila). Mismunurinn nemi 20.894.061 kr.

Með hliðsjón af framansögðu nemi höfuðstóll meintrar kröfu sóknaraðila kr. 313.190.387 (kr. 334.084.448 - 20.984.061). Eignir varnaraðila, að teknu tilliti til arðgreiðslna, nemi 317.435.002 kr. (236.043.860 kr. + 81.391.142 kr.). Af því sjáist að eignir varnaraðila eru 4.244.615 kr. umfram skuldir.

Þá beri að taka fram að dráttarvaxtakrafa sóknaraðila hafi ekki verið lækkuð sem nemi lækkun á höfuðstól kröfunnar. Þar sem höfuðstóllinn lækki um rúm 6% með því að beita réttum reikningsaðferðum, hljóti dráttarvaxtakrafa sóknaraðila að lækka sem því nemi, eða u.þ.b. um 1.275.000 kr.

Þá hafi varnaraðili mótmælt innheimtuþóknun lögmanns sóknaraðila við fyrirtöku kyrrsetningarbeiðni hjá embætti sýslumannsins í Reykjavík og séu þau mótmæli ítrekuð. Ekki hafi með nokkrum hætti verið sýnt fram á grundvöll eða heimild sóknaraðila til að heimta 15.485.443 kr. af varnaraðila í innheimtukostnað.

Að síðustu sé rétt að taka fram að endurmatsstuðull stofnfjárbréfa í Byr og Sparisjóðnum í Keflavík hafi hækkað síðan sýslumaður mat verðmæti bréfanna. Eins og að ofan greini fylgi endurmatsstuðullinn breytingum á vísitölu neysluverðs og uppfærast mánaðarlega. Endurmatsstuðull Byrs var 1,9635 en sé nú 1,9885 og hjá Sparisjóðnum í Keflavík var hann 2,19283 en sé nú 2,25466. Þetta þýði að verðmæti stofnfjárbréfa í eigu varnaraðila hafi aukist frá mati sýslumanns um

7.614.011 kr.

Með hliðsjón af öllu framansögðu telji varnaraðili sýnt að hann sé gjaldfær. Því beri að hafna kröfu sóknaraðila um töku bús varnaraðila til gjaldþrotaskipta. Vísar varnaraðili sérstaklega til niðurlagsorða 2. mgr. 65. gr. gþl., um að líta beri til þess hvort varnaraðili verði gjaldfær „innan skamms tíma“.

IV

Með lánsamningi, sem var undirritaður 3. ágúst 2007, lánaði sóknaraðili varnaraðila 582.000.000 kr. Gjaldddagi lánsins var 1. febrúar 2008. Með bréfi dagsettu 8. nóvember 2007 var tilkynnt um gjaldfellingu eftirstöðva lánsins vegna vanefnda á lánsamningnum. Í gjaldþrotaskiptabeiðni kemur fram að skuld varnaraðila við sóknaraðila nemi samtals 334.084.448 kr.

Fyrir liggur að varnaraðili hefur höfðað mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til staðfestingar á riftun á m.a. lánsamningi sínum við sóknaraðila en krafa sóknaraðila er reist á þessum sama samningi.

Áfrýjun á kröfu gjaldþrotaskiptabeiðanda til Hæstaréttar hindrar ekki gjaldþrot, sbr. hrd. 1926, bls. 387 og verður að telja að hið sama gildi þótt krafa sé til meðferðar sem umdeild krafa hjá héraðsdómi. Samkvæmt því hindrar áðurnefnd málshöfðun varnaraðila ekki að sóknaraðili geti að öðru skilyrðum uppfylltum krafist gjaldþrotaskipta á búi varnaraðila á grundvelli fjárkröfu sinnar á hendur honum.

Samkvæmt 1. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. getur lánardrottinn krafist þess að bú skuldarans verði tekið til gjaldþrotaskipta ef kyrrsetning hefur verið gerð hjá skuldarinum án árangurs að einhverju leyti eða öllu á síðustu þremur mánuðum fyrir frestdag og ekki er ástæða til að ætla að gerðin gefi ranga mynd af fjárhag hans. Slík krafa nær þó ekki fram að ganga ef skuldarinn sýnir fram á að hann sé fær um að standa full skil á skuldbindingum sínum eða verði það innan skamms tíma.

Með kyrrsetningarbeiðni dagsettri 13. febrúar 2008 krafðist sóknaraðili þess að sýslumaðurinn í Reykjavík kyrrsetti eigur varnaraðila til tryggingar fullnustu kröfu hans á hendur varnaraðila að fjárhæð samtals 331.167.878 kr.

Í beiðninni kemur fram að áætlað sé að um það bil 150.000.000 kr. vanti til þess að kröfur sóknaraðila á hendur varnaraðila geti talist tryggðar. Einu eignir varnaraðila séu verðbréf, sem í eðli sínu séu áhættufjármunir. Fyrir tæpum sex mánuðum hafi eigið fé varnaraðila verið metið á 880.000.000 kr. en sé nú uppuríð. Sóknaraðili hafi fengið hluta af kröfu sinni greidda með sölu á handveðsettum hlutabréfum í Sparisjóði Reykjavíkur og nágrennis hf. hinn 19. nóvember 2007. Bréfin hafi verið seld á genginu 12,90 og hafi fengist upp í kröfu sóknaraðila 317.631.941 kr. Varnaraðilar hafi mótmælt sölunni og talið hana fráleita. Miðað við gengi 13. febrúar 2008, 5,92, hefðu fengist 145.765.976 kr. fyrir sömu bréf. Með þessu sé sýnt hve ríkir hagsmunir séu í húfi af skjótri fullnustu krafna á hendur félögum sem einungis eigi verðbréf. Einu eignir varnaraðila séu áhættufjármunir sem séu háðir sömu markaðslögmálum og bréfin sem tókst að selja. Við núverandi

aðstæður sé sóknaraðila nauðsynlegt að tryggja hagsmuni sína með því að kyrrsetja fyrir kröfu sinni þær eignir, sem kunna að vera í eigu varnaraðila, að því marki sem þær nægja til tryggingar kröfunni.

Samkvæmt 5. gr. laga nr. 31/1991 um kyrrsetningu, lögbann o.fl. gildir það skilyrði fyrir kyrrsetningu, að sá, sem leitar eftir henni, verður að sýna nægilega fram á að mjög muni draga úr líkindum fyrir að fullnusta fái á kröfu hans eða fullnusta verði verulega örðugri ef kyrrsetning fer ekki fram. Ekki er það skilyrði að gerðarbeiðandi leiði sönnur að réttmæti kröfu sinnar, en synja skal um kyrrsetningu, ef ætla verður af fyrirliggjandi gögnum að hann eigi ekki þau réttindi sem hann hyggst tryggja.

Sóknaraðili, sem á samkvæmt því sem að framan greinir kröfu á hendur varnaraðila um greiðslu peninga, þykir með rökstuðningi sínum í kyrrsetningarbeiðni hafa sýnt nægilega fram á að honum hafi borið raunhæf nauðsyn til kyrrsetningar í eignum varnaraðila vegna kröfu hans, sem hann taldi 150.000.000 króna vanta upp á að væri tryggð, og ekki varð fullnægt með aðför, sbr. 5. gr. laga nr. 31/1991.

Þann 25. febrúar sl. kyrrsetti sýslumaðurinn í Reykjavík eignir varnaraðila, fyrir samtals 236.043.860 kr., að kröfu sóknaraðila. Voru eignirnar kyrrsettar að ábendingu lögmanns varnaraðila og að kröfu lögmanns sóknaraðila. Þess var krafist af hálfu sóknaraðila að kyrrsetningargærðinni yrði lokið án árangurs hvað varðar eftirstöðvar kröfunnar og var það gert með vísan til 15. gr. laga nr. 31/1990.

Í 36. gr. laga nr. 31/1990 um kyrrsetningu, lögbann o.fl. er kveðið á um að gerðarbeiðandi skuli höfða mál til staðfestingar á kyrrsetningu, nema gerðarþoli hafi lýst því yfir við gerðina að hann uni við hana. Slíkt mál hefði sóknaraðila borið að höfða samkvæmt ákvæðinu innan viku frá lokum gerðarinnar. Fyrir liggur hins vegar að sóknaraðili höfðaði ekki staðfestingarmál, en í slíku máli er hægt að fá leyst úr öllum atriðum, sem varða lögmati kyrrsetningar, hvort sem þau snúa að efnislegum forsendum fyrir gerðinni eða formreglum um framkvæmd hennar. Þar sem sóknaraðili höfðaði ekki staðfestingarmál féll kyrrsetningargærðin úr gildi frá þeim tíma sem sóknaraðili mátti í síðasta lagi fá gefna út réttarstefnu í málinu, sbr. 1. mgr. 39. gr. laga nr. 31/1990.

Eins og áður greinir hefði í staðfestingarmáli verið hægt að fá leyst úr öllum atriðum, sem varða lögmati kyrrsetningarinnar. Það er hins vegar ekki skilyrði samkvæmt 65. gr. gjaldþrotaskiptalaga, fyrir því að árangurslaus kyrrsetning að einhverju leyti eða öllu geti orðið grundvöllur gjaldþrotaskipta, að staðfestingarmál hafi verið höfðað og þar af leiðandi ekki að slíkt mál hafi verið leitt til lykta. Þá er á það að líta að ekki er ástæða til að höfða staðfestingarmál, sbr. 36. gr. laga nr. 31/1990 þegar kyrrsetningargærð lýkur sem árangurslausri. Það kemur þannig ekki í veg fyrir að árangurslaus kyrrsetning að hluta eða öllu geti verið grundvöllur gjaldþrotaskipta, að gerðin sé sem slík fallin úr gildi, sbr. 39. gr. laga nr. 31/1990.

Verður því talið að sóknaraðili geti byggt kröfu um gjaldþrotaskipti á hinni árangurslausu kyrrsetningu sem fram fór hjá varnaraðila þann 25. febrúar sl.

Árangurslaus kyrrsetning er talin veita ákveðnar löglíkur fyrir ógjaldfærni skuldara. Þessar löglíkur getur skuldari afsannað með því að sýna fram á að hann sé fær um að standa skil á skuldbindingum sínum eða verði það innan skamms tíma

og þannig varist kröfu um gjaldþrotaskipti.

Staðhæfingar varnaraðila um að hann sé greiðslufær eða verði það innan skamms tíma þykja ekki studdar fullnægjandi gögnum, en fyrir því hefur hann sönnunarbyrði. Við kyrrsetningargerðina var samkvæmt yfirlýsingu varnaraðila, frá 25. febrúar 2008, bent á allar eignir varnaraðila. Varnaraðili krafðist þess ekki við gerðina að sýslumaður kveddi til einn eða tvo sérfróða virðingarmenn til að virða það sem kyrrsetja átti eins og heimild er fyrir í 15. gr. laga nr. 31/1990, sbr. 38. gr. laga nr. 90/1989. Þykir verða við það að miða að kyrrsetningargerðin gefi rétta mynd af fjárhag varnaraðila enda hafa fullnægjandi gögn ekki verið fram færð sem leiða annað í ljós.

Samkvæmt öllu framanröktu, þykir skilyrðum 1. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti vera fullnægt og því ekki hjá því komist að taka til greina kröfu sóknaraðila um að bú varnaraðila verði tekið til gjaldþrotaskipta.

Eftir niðurstöðu málsins þykir rétt að varnaraðili greiði sóknaraðila málskostnað, sem þykir hæfilega ákveðinn 100.000 krónur.

Þorgerður Erlendsdóttir héraðsdómari kveður upp úrskurðinn.

Úrskurðarorð:

Bú varnaraðila, Insolidum ehf., er tekið til gjaldþrotaskipta. Varnaraðili greiði sóknaraðila 100.000 krónur í málskostnað.

Erlendsdóttir

Þorgerður