

## Ú R S K U R Ð U R

**Héraðsdóms Reykjavíkur föstudaginn 16. nóvember 2012 í máli nr. X-157/2011:**

**BNAP S.A.R.L.**

*(Helgi Jóhannesson hrl.)*

**gegn**

**Kaupþingi hf.**

*(Þröstur Ríkharðsson hdl.)*

Mál þetta, sem þingfest var 1. júlí 2011, var tekið til úrskurðar 23. október sl. Sóknaraðili er BNAP S.A.R.L., 74 Lothbury, EC2R 7HF, Bretlandi, en varnaraðili er Kaupþing hf., áður Kaupþing banki hf., Borgartúni 26, Reykjavík.

Sóknaraðili krefst þess aðallega að krafa hans að fjárhæð 86.531.480.183 krónur verði viðurkennd sem forgangskrafa skv. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. við slitameðferð varnaraðila. Til vara krefst hann þess að krafa hans að fjárhæð 86.531.480.183 krónur verði viðurkennd sem almenn krafa skv. 113. gr. laga nr. 21/1991 við slitameðferð varnaraðila. Í báðum tilvikum krefst hann málskostnaðar að skaðlausu samkvæmt málskostnaðarreikningi.

Varnaraðili krefst þess að öllum kröfum sóknaraðila verði hafnað og að staðfest verði sú afstaða slitastjórnar varnaraðila að samþykkja kröfu sóknaraðila að fjárhæð 86.529.222.422 krónur sem almenna kröfu skv. 113. gr. laga nr. 21/1991. Einnig krefst hann málskostnaðar samkvæmt málskostnaðarreikningi.

Fjármálaeftirlitið ákvað hinn 9. október 2008 að taka yfir vald hluthafafundar varnaraðila, víkja félagsstjórninni frá störfum þegar í stað og skipa bankanum skilanefnd í samræmi við ákv. 100. gr. a laga nr. 161/2002, sbr. 5. gr. laga nr. 128/2008. Var varnaraðila veitt heimild til greiðslustöðvunar 24. nóvember 2008 og slitastjórn var skipuð 25. maí 2009 skv. 4. mgr. 101. gr. laga nr. 161/2002, sbr. 5. gr. laga nr. 44/2009 og 4. tl. ákvæðis II til bráðabirgða við þau lög. Innköllun til kröfuhafa birtist fyrri sinni í Lögbirtingablaði 30. júní 2009.

Krafa sóknaraðila byggist á hlutdeild hans í fjórum samhljóða samningum við varnaraðila, sem bera yfirskriftina innlánessamningur (Deposit Agreement), dags. 2. apríl, 11. apríl, 6. september og 28. september 2007. Upphaflegur viðsemjandi varnaraðila samkvæmt samningum þessum var Deutsche Bank AG London Branch, hér eftir nefndur Deutsche Bank, og nam höfuðstóll þeirra samtals 1.300.000.000 evrum. Í kjölfar undirritunar hvers samnings, og eftir að varnaraðili hafði sent Deutsche Bank þar til gerða ádráttarbeiðni (utilisation request), var samningsfjárhæðin lögð inn á reikning varnaraðila hjá Deutsche Bank í Frankfurt. Deutsche Bank framseldi hluta af heildarfjárhæð kröfunnar til annarra fjármálafyrirtækja, í samræmi við ákvæði gr. 22.5 í samningunum, en krafa sóknaraðila í máli þessu byggist á framsali til hans frá BNAP L.L.C., þeim aðila sem lýsti kröfunni við slitameðferð varnaraðila. Nam fjárhæð lýstrar kröfu vegna höfuðstóls og vaxta samkvæmt skilmálum samninganna til og með 22. apríl 2009, samtals 511.311.366 evrum, eða 86.529.222.422 krónum miðað við sölugengi Seðlabanka Íslands 22. apríl 2009. Þá nam lýst krafa vegna innheimtukostnaðar samtals 17.273,05 bandarískum dólum, eða 2.257.760 krónum miðað við sama viðmiðunardag.

Slitastjórn varnaraðila samþykkti höfuðstól kröfunnar ásamt áföllnum vöxtum, en hafnaði hins vegar kröfu um kostnað. Jafnframt var því hafnað að krafan nyti forgangs skv. 112. gr. laga nr. 21/1991. Kröfuhafi mótmælti þessari afstöðu slitastjórnar með bréfi dags. 3. desember 2010. Fyrir slitastjórn var eftir það reynt án árangurs að jafna ágreininginn. Við svo búið beindi hún málinu til Héraðsdóms Reykjavíkur skv. 2. mgr. 120. gr., sbr. 171. gr., laga nr. 21/1991.

Við aðalmeðferð málsins voru teknar vitnaskýrslur af Davíð Stefánssyni og Eiríki Magnúsi Jenssyni, fyrrverandi starfsmönnum varnaraðila.

### *Málsástæður sóknaraðila*

Sóknaraðili byggir kröfu sína um rétthæð skv. 112. gr. laga nr. 21/1991 á því að þeir fjórir samningar sem krafa hans byggist á séu í raun samningar um innstæður í skilningi laga nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta en skv. 6. gr. laga nr. 125/2008, um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl., hinna svokölluðu neyðarlaga, sbr. 102. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, skuli innstæður njóta forgangs skv. 112. gr. laga nr. 19/1991. Skilgreining á hugtakinu innstæða komi fram í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999, en þar komi fram að með innstæðu skv. 1. mgr. sé átt við innstæðu sem tilkomin sé vegna innláns eða millifærslu í hefðbundinni almennri bankastarfsemi og viðskiptabanka eða sparissjóði beri að endurgreiða samkvæmt skilmálum er gildi samkvæmt lögum eða samningum. Tryggingin nái hins vegar ekki til skuldabréfa, víxla eða annarra krafna sem útgefnar séu af viðskiptabanka eða sparissjóði í formi verðbréfa.

Sóknaraðili telji ljóst að krafa hans uppfylli öll fyrrgreind skilyrði þess að vera innstæða og leiði það þegar af því að heiti allra samninganna sé „Deposit Agreement“, en hugtakið „deposit“ sé þýtt sem innstæða í íslenskri orðabók. Sé sérstaklega vakin athygli á því að við gerð umræddra samninga hafi innstæður notið sömu réttshæðar og almenn lán varnaraðila og hafi því hvorugur samningsaðila á þeim tíma haft nokkurn hag af því að kalla samning þeirra öðru nafni en efni hafi staðið til.

Varðandi einstaka þætti fyrrgreindar skilgreiningar á hugtakinu innstæða sé óumdeilt að höfuðstóll innlánsins hafi verið færður inn á reikning varnaraðila af upphaflegum samningsaðila hans, Deutsche Bank AG, London Branc. Verði ekki á það fallist að um innstæðu sé að ræða í skilningi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 sé á því byggt að í öllu falli hafi verið um að ræða millifærslu í skilningi ákvæðisins.

Þrátt fyrir að hugtakið „hefðbundin almenn bankastarfsemi“ sé ekki skilgreint í íslenskum lögum sé á það bent að í 1. mgr. 20. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki komi fram að starfsemi banka geti meðal annars tekið til „móttöku innlána og annarra endurgreiðanlegra fjármuna ...“, en ekki sé þar gerður greinarmunur á smásölu- og heildsölulánunum.

Ekki sé um það deilt að varnaraðila beri að endurgreiða umrædda fjárhæð ásamt vöxtum í samræmi við samning aðila. Engu geti skipt varðandi skilgreiningu á því hvort um innstæðu sé að ræða að samið hafi verið um skilmála samninganna með ítarlegum hætti, enda um verulegar fjárhæðir að tefla. Beinlínis sé kveðið á um það í skilgreiningu tilvitnaðrar 3. mgr. 9. gr. að hægt sé að semja um skilmála innstæðna. Engu breyti heldur í þessu tilliti hvort varnaraðili hafi haldið innstæðunni á skráðum reikningi á nafni innlánsghafa eða að samið hafi verið um endurgreiðslu innstæðunnar á tilteknum gjalddaga.

Sóknaraðili bendir á að í greinargerð með frumvarpi því sem orðið hafi að lögum um innstæðutryggingar sé tekið fram að frumvarpið hafi verið samið í tengslum við tilskipun Evrópusambandsins um tryggingakerfi fyrir fjárfesta nr. 98/9/EC, sem sett hafi verið í framhaldi af tilskipun um innstæðutryggingar nr. 94/19/EC. Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar um innstæðutryggingar hafi aðildarríkjum verið heimilað að undanskilja ákveðnar tegundir innstæðna eða ákveðna hópa innstæðueigenda frá tryggingarvernd. Þar á meðal hafi verið heimilað að undanskilja innstæður fjármálafyrirtækja tryggingarvernd. Óumdeilt sé hins vegar að fyrrgreind undanþáguheimild hafi ekki verið nýtt við setningu laganna um innstæðutryggingar og séu undantekningarnar frá tryggingarvernd tæmandi taldar í 6. mgr. 9. gr. laganna. Þar komi fram að undanskilin tryggingu séu „innstæður,

verðbréf og reiðufé í eigu aðildarfyrirtækja, svo og móður og dótturfyrirtækja þeirra, fyrir þeirra eigin reikning og innstæður, verðbréf og reiðufé sem tengist málum þar sem sakfelld hefur verið fyrir peningabætti“. Af þessu megi gagnálykta að krafa sóknaraðila falli óumdeilanlega undir tryggingarvernd laganna.

Loks sé á því byggt að skýra beri 6. gr. laga nr. 125/2008, sbr. 102. gr. laga nr. 161/2002 og 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999, samkvæmt orðanna hljóðan. Ekkert verði af ákvæðum neyðarlaganna ráðið eða lögskýringargögnum með þeim um að ætlunin hafi verið að takmarka með einhverjum hætti hvaða innstæður nyttu forgangs skv. 6. gr.

Varðandi kröfu sóknaraðila um kostnað sé á það bent að skv. 1. tl. 114. gr. laga nr. 21/1991 séu kröfur um vexti, verðbætur, gengismun og kostnað af innheimtu kröfu skv. 112. eða 113. gr., sem fallið hafi til eftir að úrskurður hafi gengið um að bú sé tekið til gjaldþrotaskipta, eftirstæðar kröfur. Með gagnályktun frá þessu ákvæði hljóti kostnaður sóknaraðila fram að upphafsdegi slitameðferðar varnaraðila hinn 22. apríl 2009 að fá sömu rétt hæð og krafan sjálf. Njóti hann því forgangsréttar skv. 112. gr. laga nr. 21/1991. Þessu til viðbótar hafi varnaraðili skuldbundið sig í innstæðusamningunum til að greiða sóknaraðila allan kostnað sem til félli við innheimtu kröfunnar, sbr. gr. 16.2.

Til stuðnings varakröfu sinni kveðst sóknaraðili vísa til allra sömu málsástæðna og fyrir aðalkröfu sinni. Varnaraðili hafi þegar viðurkennt kröfu sóknaraðila sem almenna kröfu í skilningi 113. gr. laga nr. 21/1991, að öðru leyti en um kostnað. Vísist hvað það varði sérstaklega til framangreindra málsástæðna vegna þess þáttar í kröfu sóknaraðila.

#### *Málsástæður varnaraðila*

Varnaraðili vísar til þess að hinir umdeildu samningar séu skriflegir lánasamningar sem gerðir hafi verið milli varnaraðila og Deutsche Bank sem upphaflegs lánveitanda. Hafi þeir verið gerðir til 10 ára í formi svokallaðra FRB-skuldabréfa en ákveðið hefði verið að samningarnir yrðu og í formi „strúktúraðra“ lánasamninga (Structured Loan Credit Facility). Samkvæmt eðlilegri orðskýringu á ákvæðum gjaldþrotalaga og áratuga dómvenju beri að skipa slíkum lánasamningum í réttindaröð skv. 113. gr. laga nr. 21/1991. Þegar af þessari ástæðu þurfi því hvorki að deila um túlkun á innstæðuhugtakinu í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 né tilskipun nr. 94/19/EB eða inntaki þeirrar tilskipunar.

Við mat á eðli þessara samninga verði að líta til aðdraganda að gerð þeirra og hvernig að því hafi verið staðið. Ljóst sé að samkvæmt áratugalangri venju hjá

Íslenskum viðskiptabönkum hafi innlánseigendur eingöngu getað lagt inn fjármuni samkvæmt þeim skilmálum, oftast stöðluðum, sem gildi um slíkar innstæður hjá viðkomandi viðskiptabanka. Þessu hafi verið öfugt farið með umrædda samninga. Deutsche Bank hafi átt frumkvæðið að þeim viðskiptum og kynnt viðskiptahugmyndina fyrir varnaraðila í nóvember 2006 sem „structured funding opportunity“. Hafi sá banki alfarið hannað og sett upp „strúktúrana“ á samningunum, ákveðið kjörin á þeim og samið einhliða skilmála viðskiptanna með varnaraðila í huga. Ekki hafi því verið um það að ræða að Deutsche Bank hafi ákveðið að leggja inn fé á reikning hjá varnaraðila til ávöxtunar eða verið að leita sér að einfaldri og öruggri fjárfestingu. Megi ljóst vera að Deutsche Bank hafi aldrei getað haft réttmætar væntingar til þess að litið yrði á umrædda fjármálagerninga sem innlán, sem nytu verndar íslenska tryggingarsjóðsins, hvað þá að fjármálagerningarnir yrðu metnir sem innlán er nytu stöðu forgangskröfu við slitameðferð varnaraðila. Ekkert bendi heldur til að bankinn hafi í raun litið svo á og því fjarri lagi að þeir aðilar sem keypt hafi sig inn í lánasamningana á síðari stigum geti í þessu efni notið betri réttar hvað þetta varði. Á sama hátt verði ekki annað ráðið af gögnum en að þáverandi stjórnendur og ytri endurskoðendur varnaraðila hafi frá upphafi litið á samningana sem lánasamninga.

Varnaraðili vísar til þess að öll orðnotkun í umræddum samningum bendi eindregið til þess að um hefðbundna lánasamninga sé að ræða en ekki innstæðu í skilningi laga nr. 98/1999. Þannig sé hvergi minnst á innstæðu í þessum samningum nema á forsiðu þeirra. Þegar hins vegar þremur samninganna hafi verið skilmálabreytt í febrúar 2008 hafi verið vísað til þeirra sem „Facility agreement“ en ekki sem „Deposit agreement“. Það eitt og sér að samningur feli í sér lánsheimild (Facility) eigi að nægja til að komast að þeirri niðurstöðu að hann geti ekki talist innstæða. Í samningunum sé ávallt vísað til skuldara annars vegar og hins vegar lánveitanda. Ekki sé vísað til innstæðueiganda, innstæðu eða innláns heldur notað orðið lán.

Á sama hátt verði ráðið af öðrum gögnum tengdum samningunum, og samningsgerðinni sjálfri, að allir þeir sem tengst hafi samningunum hafi litið á þá sem lánsamninga. Þannig sé staðfest með bréfum, dags. 17. desember 2009, sem Deutsche Bank hafi sent sem „agent“ af lánunum til allra lánveitenda, að sóknaraðili hafi verið einn af mörgum lánveitendum samkvæmt sambankaláni og aðeins átt ákveðna hlutdeild í höfuðstól lánsins, ásamt áföllnum vöxtum sem tilheyrt hafi þeirri hlutdeild.

Á engan hátt geti staðist sú fullyrðing sóknaraðila í greinargerð að krafa hans teljist bundið innlán þar sem um tímabundinn samning hafi verið að ræða með fyrir fram ákveðnum gjaldþega (final maturity date). Þannig séu í samningunum fjölmörg ákvæði sem gefi sóknaraðila tækifæri til að gjaldfella lánið fyrir umsamin lokadag og krefjast tafarlausrar endurgreiðslu þess. Sé í því sambandi vakin athygli á því að í október 2008 hafi Deutsche Bank sent varnaraðila skriflega yfirlýsingu um gjaldfellingu allra samninganna með vísan til þess að vanefnd hefði orðið á þeim í kjölfar þess að Kaupthing Singer & Friedlander hefði verið tekið til

skiptameðferðar og að Fjármálaeftirlitið hefði skipað skilanevnd yfir varnaraðila. Sé ljóst að aðilar með bundin innlán hafi almennt engar heimildir til að krefjast endurgreiðslu á innlánum sínum fyrir gjalddaga. Þá sé og bent á að samkvæmt ákvæðum samninganna hafi varnaraðila ekki borið að greiða hverjum og einum lánveitanda sinn hluta lánsins í kjölfar gjaldfellingar heldur hafi varnaraðila borið að greiða lánsfjárhæðina til Deutsche Bank í einu lagi, sem skyldi síðan í kjölfarið úthluta henni í réttum hlutföllum til viðkomandi lánveitenda, sbr. gr. 28.1 og 28.2 í samningunum. Slíkt fengi engan veginn staðist ef um innlán hefði verið að ræða.

Staðreyndin sé sú að FRB-samingarnir séu í raun annað og meira en einfaldir lánasamningar því hver og einn samningur sé flókinn fjármálagerningur (structured financial product). Í samingana sé innbyggð afleiða (embedded option value) þar sem vaxtagreiðslur samninganna séu háðar ávöxtun (performance) ákveðinna vísitalna. Sé ljóst að slíkir „strúktúraðir“ fjármálagerningar séu í raun eins fjarri því að vera innstæða og mögulegt sé.

Eins og áður hafi verið vikið sé ljóst að þótt Deutsche Bank hafi í upphafi verið eini lánveitandinn á öllum FRB-samningunum hafi þeir verið byggðir upp með þeim hætti að gert hafi verið ráð fyrir að sá banki myndi framselja til annarra aðila hluta af lánveitingunni. Falli samningarnir því undir form svokallaðra sambankalána (syndicated) frekar en tvíhliða lánasamninga (bilateral). Hafi það enda verið raunin að Deutsche Bank hafi framselt stóran hluta af lánahlutdeildinni til annarra aðila á árunum 2007 til 2009 eins og fyrirliggjandi yfirlit um framsöl sýni. Sé þetta og staðfest í kröfulýsingu Deutsche Bank þar sem segi að bankinn hafi framselt rétt sinn til höfuðstólsgreiðslna og vaxta til annarra aðila, sem hafi þá orðið lánveitendur samkvæmt samningunum. Virðist sem samningarnir séu að mestu byggðir á stöðluðu formi sambankalána sem Loan Market Association, fagfélag fyrir aðila sambankalána markaðarins, gefi út og fyrir liggja í málinu. Helsti munurinn virðist sá að FRB-samningarnir séu með innbyggða afleiðu sem ekki sé gert ráð fyrir í hinu staðlaða formi.

Varnaraðili bendi og á að samkvæmt samningunum hafi ýmsar skyldur verið lagðar á varnaraðila, sem hafi verið algjörlega ósambærilegar við almennar skyldur viðskiptabanka gagnvart innlánseigendum. Megi í því sambandi nefna skyldu varnaraðila, sem um sé fjallað í kafla 18, til að afhenda „agent“ f.h. lánveitenda endurskoðaða ársreikninga sína og hálfárs uppgjör fyrir hvert reikningsár, skyldu varnaraðila til að afhenda allar þær upplýsingar sem sendar séu hluthöfum og/eða öðrum kröfuhöfum og skyldu til að tilkynna sérstaklega hafi einhver vanefnd orðið á einhverjum öðrum samningi. Þá hafi varnaraðili þurft að standast ákveðið fjárhagsskilyrði, m.a. varðandi eiginfjárstöðu á hverjum tíma, sbr. kafla 19. Loks sé í kafla 20 kveðið á um sérstakar íþyngjandi skyldur gagnvart varnaraðila á meðan lán samkvæmt samningunum séu útistandandi, eins og t.d. bann við veðsetningu og sölu á eignum.

Sérstaklega sé mótmælt þeirri staðhæfingu sóknaraðila að sú staðreynd að hluti umræddra lána hafi á tímabili verið færður sem innstæður í bókhaldi varnaraðili skipti einhverju við úrlausn máls þessa. Ljóst megi vera að það hljóti að vera eðli undirliggjandi kröfu, þ.e. FRB-samninganna, sem ráði því hvort þeir falli undir hugtakið innstæða í skilningi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999. Bókhaldsleg meðferð varnaraðila vegna ársreiknings 2007 skipti engu máli í þessu tilliti, enda geti sambankalán ekki skyndilega breyst í innstæðu á grundvelli bókhaldslegrar skráningar.

Sérstök áhersla sé á það lögð að kröfur lánveitenda á hendur varnaraðila samkvæmt umræddum samningum séu, og hafi alltaf verið, framseljanleg kröfuréttindi. Sé í kafla 22, sbr. kafla 22.1, sérstaklega tekið fram að lánveitandi megi framselja réttindi sín í heild eða að hluta. Hafi enda fjölmörg framsöl átt sér stað undir samningunum allt frá útgáfu þeirra, líkt og sjá megi á fyrirliggjandi yfirliti Deutsche Bank yfir framsöl sem átt hafi sér stað frá útgáfudegi þeirra og þar til kröfulýsingarfresti í bú varnaraðila lauk.

Að mati varnaraðila hafi FRB-samningarnir öll einkenni verðbréfa en ekki innlána. Teljist samningarnir þannig til krafna sem útgefnar séu af viðskiptabanka í formi verðbréfa í merkingu 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 og njóti því þegar af þeirri ástæðu ekki forgangs skv. 112. gr. laga nr. 21/1991. Við túlkun á hugtakinu verðbréf verði að taka mið af þeirri skilgreiningu hugtaksins sem fram kom í 3. tl. 2. gr. a í lögum nr. 13/1996 um verðbréfaviðskipti, sem í gildi hafi verið þegar lög nr. 98/1999 hafi verið sett, en þar segi svo: „Hvers konar framseljanleg kröfuréttindi til peningagreiðslu eða ígildis hennar, svo og framseljanleg skilríki fyrir eignarréttindum að öðru en fasteign eða einstökum lausafjarmunum.“ Í samsvarandi ákvæðum laga nr. 33/2003 um verðbréfaviðskipti, sem leyst hafi lögin nr. 13/1996 af hólmi, og síðan laga nr. 108/2007, hafi framangreind skilgreining haldið sér efnislega. Þá sé framangreind skilgreining og að öllu leyti sambærileg við ákvæði tilskipun Evrópusambandsins nr. 2004/39/EC, svokallaða MiFID-tilskipun. Samkvæmt þessu sýnist liggja fyrir að til að fjármálagerningur geti talist verðbréf þurfi hann að vera framseljanlegur og að unnt sé að eiga viðskipti með hann á fjármagnsmarkaði. Í tilviki FRB-samninganna séu bæði skilyrðin uppfyllt. Engu breyti í því sambandi, eins og á sé byggt af hálfu sóknaraðila, að í gr. 22.2 í samningunum sé áskilnaður um að samþykki lántaka þurfi til að koma svo framsal teljist heimilt. Sé í þessu sambandi bent á að samkvæmt lögskýringargögnum beri að skýra hugtakið framseljanlegur svo að gerningurinn geti færst milli aðila. Þá komi og fram í gr. 22.1 að lántaki megi ekki neita eða tefja samþykki á framsali nema fyrir því séu lögættar ástæður. Feli ákvæðið því ekki í sér raunverulega hindrun á framsali þar sem það leggi í raun þá kvöð á varnaraðila að samþykkja allar framsalsbeiðnir. Liggi enda ekki annað fyrir en allar beiðnir um framsöl hafi umsvifalaust verið samþykktar af varnaraðila. Þá megi sjá af stöðluðu formi fyrir slík lán, sem fyrir liggi í málinu, að ákvæði þetta sé í samræmi við það sem tíðkist í hefðbundnum sambankalánum.

Varðandi seinna skilyrðið, um að það verði að vera hægt að eiga viðskipti með verðbréfið á fjármagnsmarkaði, virðist ekki vera um það ágreiningur að það sé uppfyllt, enda hafi sóknaraðili sjálfur átt viðskipti með FRB-samningana á fjármagnsmarkaði í lok árs 2008. Samkvæmt frumvarpi til laga nr. 108/2007 teljist viðskipti fyrir milligöngu fjármálafyrirtækis með leyfi til verðbréfavíðskipta til viðskipta á fjármagnsmarkaði.

Ljóst sé að krafa sóknaraðila geti ekki fallið undir þá skilgreiningu á hugtakinu innstæða sem fram komi í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999. Sé túlkun sóknaraðila á hugtakinu of rúm og ekki í samræmi við markmið og tilgang ákvæðisins. Meginskilyrði þess að krafan njóti forgangsréttar skv. 112. gr. laga nr. 21/1991 sé að hún sé í eðli sínu innstæða samkvæmt lögum nr. 98/1999. Krafa geti ekki talist innstæða fyrir það eitt að fjármunir á grundvelli lánasamninganna hafi verið millifærðir til varnaraðila. Um hafi verið að ræða andvirði lánanna sem lagt hafi verið inn á reikning varnaraðila hjá Deutsche Bank í Frankfurt í Þýskalandi í samræmi við ádráttarbeiðnir varnaraðila og síðan nýtt í rekstur varnaraðila í samræmi við skilyrði lánasamninganna. Fráleitt sé að slíkt geti á einhvern hátt túlkast sem innstæða Deutsche Bank hjá varnaraðila. Á það sé og bent að það hugtaksskilyrði að sá sem krefjist endurgreiðslu sé „viðskiptavinur“ aðildarfyrirtækis, þ.e. varnaraðila, sé ekki til staðar. Þannig hafi hvorki Deutsche Bank né þeir sem keypt hafi sig inn í FRB-samningana, þar á meðal sóknaraðili, verið viðskiptavinir varnaraðila fyrir fall bankans í október 2008.

Að lokum taki varnaraðili fram að í FRB-samningunum sé tekið fram að þeir lúti enskum lögum. Verði ekki annað séð, meðal annars af fyrirbyggjandi lögfræðialiti um enskan rétt á þessu sviði, en að íslenskur réttur og enskur séu samhljóma um hugtökin innstæða, verðbréf og viðskiptavinur og hvernig beri að túlka þau með tilliti til viðeigandi lagaákvæða og dómaframkvæmdar, það er að samningarnir teljist vera verðbréf en ekki innstæða og að sóknaraðili geti ekki talist viðskiptavinur varnaraðila.

Alfarið sé hafnað kröfu sóknaraðila um kostnað þegar af þeirri ástæðu að sóknaraðili hafi ekki með nokkrum hætti sýnt fram á að umkrafinn kostnaður sé til kominn vegna sönnunar og/eða innheimtu kröfunnar á tímabilinu fyrir úrskurðardag, eins og kveðið sé á um í 114. gr. laga nr. 21/1991.

### *Niðurstaða*

Sóknaraðili krefst þess að krafa hans að fjárhæð samtals 86.531.480.183 krónur njóti forgangsréttar við slitameðferð varnaraðila á grundvelli 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. Hefur slitastjórn varnaraðila hafnað því að krafan njóti forgangsréttar við slitin en samþykkt hana sem almenna kröfu skv. 113. gr.

tilvitnaðra laga, að undanskildum innheimtukostnaði, samtals að fjárhæð 86.529.222.422 krónur.

Snýr ágreiningur málsaðila að meginstefnu til að því hvort krafa sóknaraðila teljist innstæða samkvæmt 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta og njóti sem slík forgangs við slit varnaraðila skv. 3. mgr. 102. gr. laga nr. 161/2002, svo sem henni var breytt með 6. gr. laga nr. 125/2008 og síðar 6. gr. laga nr. 44/2009.

Samkvæmt 3. mgr. 102. gr. laga nr. 161/2002 gilda við slit fjármálafyrirtækis sömu reglur og um réttshæð krafna á hendur þrotabúi. Þó skulu kröfur um innstæður samkvæmt lögum nr. 98/1999 um innstæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta jafnframt teljast til krafna sem njóta réttshæðar skv. 1. og 2. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991. Með innstæðu skv. 1. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 er skv. 3. mgr. ákvæðisins átt við innstæðu sem er tilkomin vegna innláns eða millifærslu í hefðbundinni almennri bankastarfsemi og viðskiptabanka eða sparisjóði ber að endurgreiða samkvæmt skilmálum er gilda samkvæmt lögum eða samningum. Þá kemur og fram að tryggingin nái hins vegar ekki til skuldabréfa, víxla eða annarra krafna sem útgefnar séu af viðskiptabanka eða sparisjóði í formi verðbréfa.

Eins og áður hefur verið rakið byggist krafa sóknaraðila á hlutdeild hans í fjórum samningum, dags. 2. apríl, 11. apríl, 6. september og 28. september 2007, sem allir bera yfirskriftina „Deposit Agreement“. Hins vegar liggur fyrir að þremur síðasttöldu samningunum var skilmálabreytt í febrúar 2008 og var þá á forsiðum skilmálabreytinganna, sem bera heitið „Amendment and restatement agreement“, vísað til samninganna sem „Facility Agreement“ en ekki sem innlánessamninga (Deposit Agreement).

Upphaflegur viðsemjandi varnaraðila samkvæmt samningum þessum var Deutsche Bank, en sá banki framseldi stóran hluta af lánahlutdeildinni til ýmissa annarra aðila, fjármálafyrirtækja og sjóða, á árunum 2007 til 2009. Kemur þannig fram í kröfufylsingu Deutsche Bank til varnaraðila, vegna hlutdeildar bankans í einum samninganna, að samningurinn sé sambankalán („... is in syndicated format“) og að bankinn hafi framselt rétt sinn til höfuðstólsgreiðslna og vaxta til annarra aðila sem hafi þá orðið lánveitendur samkvæmt samningnum. Samningarnir hafa að geyma mjög ítarlega skilmála sem virðast hafa verið samdir sérstaklega af upphaflega lánveitandanum, Deutsche Bank. Kemur þar m.a. fram að lánveitendur samþykki að veita lántaka aðgang að lánsheimild sem nemi samtals heildarfjárhæð lánsloforða („... the Lenders make available to the Borrower a term loan in an aggregate amount equal to the Total Commitments ...“). Þá er kveðið á um innbyggða afleiðu (Fair Value Make-Whole Amount) þannig að samningarnir beri fasta vexti fram að tilgreindri dagsetningu en eftir þann tíma skuli vextir verða skilyrtir og bundnir við ávöxtun tiltekinna vísitalna (FRB-index) sem Deutsche Bank hafði búið til. Skilyrtir vextir samningsins höfðu þó ákveðið hámark og lágmark auk þess sem innra virði afleiðunnar hafði einnig tiltekið hámark og

lágmark. Voru samningarnir og „strúktúraðir“ með þeim hætti að á upphafsdegi var innra virði afleiðunnar í hámarki en lækkaði svo í ákveðnu hlutfalli við ávöxtun fyrrgreindra vísitalna. Heimilt var lánveitendum að aðskilja afleiðukröfuna frá kröfu um greiðslu höfuðstóls og vaxta, þ.e. aðskilja afleiðuna frá lánahlutdeildinni, og liggur fyrir að Deutsche Bank nýtti sér þá heimild eftir að þeir voru gjaldfelldir í október 2008.

Enda þótt yfirskrift eða heiti umræddra samninga sé „Deposit Agreement“ verður ekki séð að annars staðar í samningunum sé vísað til þess, eða kveðið á um, að lánveiting Deutsche Bank á grundvelli þeirra sé í formi innláns eða millifærslu, eða að þar komi annað fram sem styðji þá staðhæfingu sóknaraðila að um innstæðu sé að ræða í skilningi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999. Þvert á móti sýnist, eins og að nokkru hefur verið áður rakið, að efni og orðfæri í þeim samningum sem kröfur sóknaraðila byggjast á, ákvæði samninganna er lúta að tilteknum heimildum til framsals þeirra, heimild til gjaldfellingar, skyldum varnaraðila til upplýsingagjafar gagnvart lánveitanda og ákvæði samninganna um innbyggða afleiðu sem hægt var skilja frá kröfu um greiðslu höfuðstóls og vaxta o.fl., vera á þann veg að á engan hátt fái staðist að um innstæðu sé að ræða. Liggur og fyrir, eins og áður er fram komið, að upphaflegur lánveitandi, Deutsche Bank, hefur nýtt sér framangreindar heimildir, meðal annars til framsals samninganna, til að halda eftir afleiðuhluta í þremur þeirra og til gjaldfellingar lánanna. Sýnist því verða að líta á samningana sem sambankalán af sérstökum toga og að samningarnir hafi sérstaklega verið útbúnir og sérsniðnir fyrir varnaraðila í tilefni lánveitingarinnar. Verður ekki á það fallist með sóknaraðila að neinu breyti í þessu sambandi þótt vera kunni að umræddir samningar hafi á einhverju stigi verið færðir í bókhaldi varnaraðila sem innstæður eða að tilgreindir starfsmenn varnaraðila hafi óskað eftir að yfirskrift samninganna yrði breytt úr því að vera skuldabréf (Bond) yfir í að vera innstæðusamningur (Deposit agreement). Á sama hátt verður ekki fallist á að unnt sé að telja það millifærslu í skilningi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1999 þótt umsamin lánsfjárhæð hafi verið millifærð frá Deutsche Bank inn á tilgreindan reikning varnaraðila hjá þeim banka.

Með hliðsjón af því sem rakið hefur verið er því hafnað að krafa sóknaraðila teljist innstæða í skilningi 3. mgr. 9. gr. laga nr. 98/1991, sem njóti forgangs skv. 112. gr. laga nr. 21/1991 við slit varnaraðila, sbr. 3. mgr. 102. gr. laga nr. 161/2002.

Sóknaraðili gerir í máli þessu kröfu um að viðurkennd verði krafa hans um innheimtukostnað sem nemi 17.273,05 bandarískum dölum, eða 2.257.761 krónu. Sé kostnaður þessi til kominn vegna þriggja reikninga lögmannsstofunnar Bingham McCutchen (London) LLP, sem allir hafi verið gefnir út fyrir upphaf slitameðferðarinnar hinn 22. apríl 2009. Reikningarnir sjálfir liggja hins vegar ekki fyrir í málinu heldur einungis yfirlit er sýnir að lögmannsstofan hafi gert þáverandi framsalshafa umræddra lánasamninga, BNAP L.L.C., þrjá reikninga vegna lögfræðipjónustu í tengslum við varnaraðila (in relation to Kaupthing Bank hf.). Eru reikningar þessir þar sagðir útgefnir í desember 2008 og janúar og febrúar

2009, samtals að fjárhæð 17.273,05 bandarískir dalir. Með hliðsjón af framangreindu, og þar sem engra annarra gagna nýtur við um það hvort kostnaður þessi tengist beint innheimtu þeirrar kröfu sóknaraðila sem mál þetta snýst um, verður þegar af þeirri ástæðu að hafna því að viðurkenna þennan hluta af kröfu sóknaraðila við slit varnaraðila.

Í samræmi við allt framangreint er staðfest sú afstaða slitastjórnar varnaraðila að samþykkja kröfu sóknaraðila að fjárhæð 86.529.222.422 krónur sem almenna kröfu skv. 113. gr. laga nr. 21/1991 en hafna henni að öðru leyti.

Eftir þessum úrslitum verður sóknaraðila gert að greiða varnaraðila málskostnað, sem þykir hæfilega ákveðinn 2.200.000 krónur. Hefur við ákvörðun hans verið tekið tillit til útlagðs kostnaðar vegna þýðingar málsskjala að fjárhæð 990.384 krónur og þingfestingargjalds að fjárhæð 150.000 krónur.

Ásgeir Magnússon héraðsdómari kveður upp úrskurð þennan.

### **Úrskurðarorð:**

Krafa sóknaraðila, BNAP S.A.R.L., að fjárhæð 86.529.222.422 krónur, er viðurkennd sem almenn krafa skv. 113. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. við slitameðferð varnaraðila, Kaupþings hf., en hafnað er að viðurkenna hana sem forgangskröfu skv. 112. gr. sömu laga.

Sóknaraðili greiði varnaraðila 2.200.000 krónur í málskostnað.

Ásgeir Magnússon

-----  
Rétt endurrit staðfestir,

Héraðsdómur Reykjavíkur, 16. nóvember 2012.

Gjald:

Greitt