

# D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 23. október 2017 í máli nr. E-2736/2012:

**Kaupþing hf.**

*(Jón Gunnar Ásbjörnsson hdl.)*

**gegn**

**Banca IMI S.p.A.**

*(Sigurður Örn Hilmarsson hdl.)*

**BPI Gestao de Activos**

*(Helgi Þór Þorsteinsson hdl.)*

## I

Mál þetta, sem var dómtekið 25. september sl., er höfðað 12. júní 2012 af Kaupþingi hf. Borgartúni 26 í Reykjavík, á hendur aðalstefnda, Banca IMI S.p.A., Largo Raffaele Mattioli, N. 3, Mílanó (20121), Ítalíu. Með birtingu sakaukastefnu 9. desember 2013 var málið einnig höfðað til vara gegn sakaukastefnda, BPI Gestão de Activos – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Mobiliário SA, Largo Jean Monet, n°1, 5°, 1269-067, Lissabon, Portúgal.

Dómkröfur stefnanda eru þær að rift verði greiðslu hans til aðalstefnda 15. september 2008, að fjárhæð 858.673,03 evrur, vegna viðskipta 10. september 2008. Þá krefst stefnandi þess að aðalstefndi greiði stefnanda 858.673,03 evrur með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, frá 14. júní 2012 til greiðsludags. Að lokum krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi aðalstefnda.

Verði aðalstefnda ekki gert að þola dóm í málinu eru gerðar sömu kröfur á hendur varastefnda um riftun greiðslunnar 15. september 2008 og greiðslu 858.673,03 evra með sömu dráttarvöxtum og á hendur aðalstefnda auk málskostnaðar.

Aðalstefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda en til vara að kröfufjárhæðin verði lækkuð verulega. Í báðum tilvikum krefst hann málskostnaðar að skaðlausu að teknu tilliti til virðisaukaskatts.

Varastefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda auk málskostnaðar.

Í upphafi fór aðalstefndi fram á að málinu yrði vísað frá dómi. Þeirri kröfu var hafnað með úrskurði héraðsdóms 24. júní 2013. Varastefndi krafðist þess enn fremur í greinargerð, sem lögð var fram 18. mars 2014, að máli á hendur sér yrði vísað frá dómi. Með úrskurði héraðsdóms 20. maí sama ár var fallist á þá kröfu. Úrskurður þessi var felldur úr gildi með dómi Hæstaréttar Íslands 25. ágúst sama ár í málinu nr. 400/2014 og lagt fyrir héraðsdóm að taka málið til efnismeðferðar að

Því er varðaði varnaraðila.

## II

Málsatvik eru þau að 28. júní 2004 birti stefnandi útgáfulýsingu (e. Offering Circular) fyrir 150 milljóna evra útgáfu eiginfjárskuldabréfa „með stighækkandi óuppsafnanlegum vöxtum“ (e. Non-cumulative Undated Step-up Capital Notes). Á forsíðu útgáfulýsingarinnar kemur fram að af eiginfjárskuldabréfum stefnanda yrðu greiddir nánar tilgreindir vextir 30. júní ár hvert og skyldu þeir taka breytingum 30. júní 2014. Þar var jafnframt að finna ábendingu um að mögulegir fjárfestar þyrftu að íhuga þá áhættu sem fjárfesting í skuldabréfunum hefði í för með sér og að það væri rétt að þeir kynntu sér vandlega skilmála og skilyrði skuldabréfanna. Í því efni var sérstök athygli vakin á því að skuldabréfin væru „ódagsett og mjög aftarlega í kröfuröð“, eins og segir í íslenskri þýðingu löggilts skjalapýðanda. Þá var á það bent að heimilt væri að breyta höfuðstól skuldabréfanna í skilyrt eiginfjárframlag eins og lýst væri í 3. grein. Yrði skilyrtu eiginfjárframlagi einungis breytt til baka með þeim hætti sem fram kæmi í sömu grein. Einnig var þess getið að útgefanda væri ekki skylt að greiða áfallna vexti við tilteknar aðstæður sem lýst væri í 4. grein. Þá væri útgefanda heimilt að innleysa skuldabréfin „í heild eða hluta“ 30. júní 2014 eða á hvaða gjalddaga vaxta eftir það, sem og ef útgefandi yrði „fyrir áhrifum af ákveðnum skatta- eða lagabreytingum, í öllum tilfellum með fyrirvara um samþykki íslenska Fjármálaeftirlitsins, enda hafi sérhverjum skilyrtum eiginfjárframlögum verið breytt til baka í samræmi við“ 3. grein, sbr. nánari lýsingu í 6. grein.

Á forsíðu útgáfulýsingarinnar segir að sótt hafi verið um skráningu skuldabréfanna í kauphöllina í Lúxemborg. Myndu skuldabréfin í upphafi heyra undir „tímabundið allsherjarskuldabréf“ án vaxtamiða sem yrði lagt inn hjá sameiginlegum vörsluaðila Euroclear Bank S.A/N.V, sem rekstraraðila Euroclearkerfisins, og Clearstream Banking, société anonyme í Lúxemborg, 30. júní 2004 eða um það leyti. Unnt yrði að skipta tímabundna allsherjarskuldabréfinu fyrir hlutdeildir í varanlegu allsherjarskuldabréfi án vaxtamiða 10. ágúst 2004 eða um það leyti. Hins vegar yrði aðeins unnt að skipta varanlega allsherjarskuldabréfinu fyrir endanleg skuldabréf í handhafaformi með meðfylgjandi vaxtamiðum við afmarkaðar aðstæður sem lýst væri í 1. grein, þ.e. við svonefndan skiptiatburð (e. Exchange Event). Af útgáfulýsingunni verður ráðið að einungis gæti komið til þess ef Euroclear og/eða Clearstream hefðu lokað fyrir viðskipti í 14 daga samfellt eða lýst því yfir að þeir ætluðu að hætta viðskiptum varanlega auk þess sem ekkert annað greiðsluöfnunarkerfi væri til staðar.

Skuldabréfin sem gefa átti út á grundvelli útgáfulýsingarinnar áttu að vera á handhafaformi, „raðnúmeruð (í tilviki endanlegra skuldabréfa) og í nafnverðseiningunni € 1.000“.

Í útgáfulýsingunni er gert ráð fyrir því að skuldabréfin yrðu gefin út af stefnanda samkvæmt svonefndum umsýslusamningum (e. Agency Agreement) sem útgefandinn kæmi til með að gera við Deutsche Bank AG í Frankfurt am Main og Deutsche Bank Luxembourg S.A. Tveir síðarnefndu aðilarnir eru í framhaldinu kallaðir umsjónaraðilar greiðslna (e. Paying Agents). Þar og í öðrum gögnum málsins er Deutsche Bank AG einnig kallaður fjárhagslegur umsýsluaðili (e. Fiscal Agent). Í þessu sambandi var sérstaklega vísað til umsýslusamnings (e. Agency Agreement) frá 30. júní 2004. Þessi samningur var lagður fram undir rekstri málsins í samræmi við áskorun aðalstefnda. Þar er einnig að finna sýnishorn skuldabréfa og annarra skjala sem ætlunin var að útgefandi gæfi út.

Eins og rakið hefur verið voru umrædd skuldabréf, sem ætlunin var að gefa út á grundvelli útgáfulýsingarinnar, víkjandi. Nánar var fjallað um þetta í 2. grein útgáfulýsingarinnar. Þar segir í íslenskri þýðingu:

Skuldabréfin og vaxtamiðarnir eru og munu áfram vera ótryggðar, víkjandi skuldbindingar útgefanda. Komi til slita eða gjaldþrots útgefanda skulu réttindi:

(a) skuldabréfaeigenda og eigenda vaxtamiða til greiðslu höfuðstóls skuldabréfanna og annarra fjárhæða, þ.m.t. vaxta af skuldabréfunum, og

(b) ef höfuðstól fjáskuldabréfanna, eða hluta hans, hefur verið breytt í skilyrt eiginfjárframlag, eins og lýst er að neðan, og eiginfjárframlaginu hefur ekki verið breytt til baka og endurskráð, eins og kveðið er á um hér að neðan, skulu þeir leggja fram slíkt skilyrt eigið fé, í tengslum við slíkt skilyrt eiginfjárframlög,

njóta réttshæðar sem hér segir:

(i) til jafns (pari passu) án nokkurs forgangs meðal skuldabréfaeigenda, eigenda vaxtamiða og þeirra sem leggja fram skilyrt eigið fé,

(ii) a.m.k. til jafns á við eigendur annarra útistandandi eiginfjárverðbréfa ... og a.m.k. til jafns á við réttindi eigenda annarra skuldbindinga útgefanda sem teljast til eiginfjárbáttar A eða uppfylla skilyrði fyrir því að verða talin með í eiginfjárbætti A hjá útgefanda ...

(iii) með forgangi fram yfir eigendur allra flokka almennra hlutabréfa, forgangshlutabréfa og annars hlutafjár útgefanda og með forgangi fram yfir réttindi eigenda skuldbindinga útgefanda sem tilgreindar eru með lægri réttthæð en skuldabréfin, í hverju tilviki um sig í hlutfalli við réttindi þeirra sem slíkir eigendur og réttindi þeirra til greiðslna á grundvelli þeirra, og

(iv) með lægri réttthæð en greiðslur hvers kyns núverandi eða síðari krafna (a) innstæðueigenda útgefanda, (b) annarra kröfuhafa útgefanda, sem ekki eru í víkjandi stöðu, og (c) kröfuhafa útgefanda í víkjandi stöðu vegna víkjandi skulda (annarra en skv. eiginfjárverðbréfum).

Í 3. grein útgáfulýsingarinnar kemur fram að stjórn útgefanda sé heimilt, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, að nýta höfuðstólsfjárhæð hvers skuldabréfs og færa hana niður að hluta eða að fullu að því marki sem þörf krefði til þess að tryggja að eigið fé útgefanda félli ekki niður fyrir lágmark eigin fjár samkvæmt lögum nr. 161/2002 og breyta þeirri „heildarfjárhæð í skilyrt eiginfjárframlag“.

Í 1. grein útgáfulýsingarinnar segir að meðan einhver skuldabréfanna heyrir undir allsherjarskuldbréf sem varðveitt sé fyrir hönd Euroclear og/eða Clearstream skuli útgefandi og umsjónaraðilar greiðslna „meðhöndla sérhvern aðila ..., sem á hverjum tíma er skráður hjá Euroclear eða Clearstream, Lúxemborg sem eigandi tiltekinna nafnverðsfjárhæðar slíkra skuldabréfa ... sem eiganda“ hennar í öllu tilliti „nema ... að því er varðar greiðslur höfuðstóls eða vaxta af umræddri nafnverðsfjárhæð slíkra skuldabréfa“. Í því tilviki bæri útgefanda og umsjónaraðilum greiðslu að líta á „handhafa viðkomandi allsherjarskuldbréfs sem eiganda umræddrar nafnverðsfjárhæðar slíkra skuldabréfa í samræmi við og með fyrirvara um skilmála viðkomandi allsherjarskuldbréfs“. Fram kemur að túlka beri hugtökin „skuldabréfaeigandi og „eigandi skuldabréfa“ í samræmi við það.

Samkvæmt 3. mgr. 5. greinar útgáfulýsingarinnar skyldi handhafi allsherjarskuldbréfsins vera eini aðilinn sem ætti rétt á því að taka við greiðslum af skuldabréfum sem heyrðu undir viðkomandi allsherjarskuldbréf. Þeim, sem kæmu til með að vera skráðir hjá Euroclear eða Clearstream sem hlutdeildareigendur tiltekinna nafnverðsfjárhæðar, væri aðeins unnt að krefja Euroclear eða Clearstream um sína hlutdeild í þeim greiðslum sem útgefandi innti af hendi til handhafa allsherjarskuldbréfsins.

Í 6. grein útgáfulýsingarinnar er fjallað um innlausn og kaup skuldabréfa. Þar kemur fram að útgefanda sé heimilt „að innleysa öll (en ekki einungis sum) skuldabréfin“, fyrst 30. júní 2014, en síðan á gjalddögum vaxta eftir það, á

innlausnarverði. Var samþykki Fjármálaeftirlitsins fyrir innlausn þá áskilið auk þess sem tilkynna skyldi skuldabréfaeigendum um þá ráðstöfun með ákveðnum fyrirvara.

Í 4. mgr. 6. greinar útgáfulýsingarinnar kemur jafnframt fram að útgefandi eða dótturfélög hans gætu „hvenær sem er (með fyrirfram samþykki FME) keypt skuldabréf ... með hvaða hætti sem er og á hvaða verði sem er“. Skyldu skuldabréfin þá felld niður.

Í 5. mgr. 6. greinar útgáfulýsingarinnar segir að öll skuldabréf, sem hafi verið innleyst skuli „án tafar felld úr gildi“. Þá var kveðið á um það að þau yrðu hvorki endurútgefin né endurseld.

Einnig er vikið að ógildingu skuldabréfanna í 13. grein umsýslusamningsins frá 30. júní 2004. Þar segir m.a. að við kaup útgefanda á skuldabréfunum skuli hann tryggja að skuldabréfin verði tafarlaust ógilt og afhent fjárhagslega umsýsluaðilanum (e. Fiscal Agent) eða öðrum tilnefndum umsýsluaðila. Í kjölfarið beri umsýsluaðila að eyða ógildu skuldabréfi og gefa út staðfestingu þess efnis.

Við svonefndan vanefndaratburð (e. Event of Default), sem gat falist í drætti á greiðslu höfuðstóls eða vaxta eða einhvers konar gjaldþrotameðferð, var við það miðað að skuldabréfaeigendur ættu tiltekin réttindi. Þannig kemur fram í 9. gr. útgáfulýsingarinnar að við slíkan atburð geti sérhver skuldabréfaeigandi tilkynnt útgefanda að skuldabréfið sé þegar í stað gjaldkræft. Í kjölfarið geti hann krafist greiðslu við gjaldþrota- eða skiptameðferð útgefanda. Til að gæta réttar síns í þessu efni sé þeim til að mynda unnt að krefjast gjaldþrota- eða skiptameðferðar, t.d. með því að höfða mál á hendur útgefanda. Þá sagði í 4. mgr. 9. gr. að skuldabréfaeiganda væri heimilt að grípa til „þeirra aðgerða gegn útgefanda sem hann teldi við hæfi til að knýja fram efndir á þeim skuldbindingum, skilyrðum eða ákvæðum skuldabréfanna sem útgefandi væri bundinn af“. Sérstaklega var þó tekið fram að það ætti ekki við um skuldbindingu um að greiða höfuðstólsafborganir eða vexti nema í kjölfar tilkynningar skuldabréfaeiganda við vanefndaratburð.

Í 15. gr. útgáfulýsingarinnar segir m.a. að umsýslusamningurinn og skuldabréfin lúti enskum lögum og að um túlkun þeirra fari samkvæmt þeim. Skilmálar í 2. og 3. gr. sem og 3. mgr. 4. gr. skyldu þó lúta íslenskum lögum.

Í útgáfulýsingunni er enn fremur að finna ýmsar yfirlýsingar og upplýsingar um rekstur útgefanda, Kaupþings banka hf. Kemur þar m.a. fram að hreint andvirði útgáfu skuldabréfanna hafi numið 148.500.000 evrum. Þar var upplýst að útgefandi myndi nota þá fjárhæð til að bæta „eiginfjáruppbyggingu“ sína. Í kafla sem ber heitið „Almennar upplýsingar“ kemur fram að fyrrgreindir greiðslujöfnunaraðilar, Euroclear og Clearstream, hafi samþykkt að annast greiðslujöfnun skuldabréfanna og að ISIN-auðkenni þeirra sé XS194859277.

Mál þetta lýtur að kaupum stefnanda á hlutdeild í skuldabréfaflokki með framangreindu ISIN-auðkenni. Stefnandi hefur lagt fram skjal um viðskiptin sem hann nefnir kaupnótu. Telur hann kaupnótuna vera til marks um sölu aðalstefnda á hlutdeild að nafnvirði 1.500.000 evrum í þessum skuldabréfaflokki, en heiti aðalstefnda er efst á nótunni sem viðtakandi. Á skjalinu kemur fram að stefnandi staðfesti sölu aðalstefnda á framangreindri eign 10. september 2008 fyrir 56% af nafnverði eða sem nemur 840.000 evrum. Við það bættust áfallnir vextir að fjárhæð 18.673,03 evrum. Samtals nam umsamin greiðsla því 858.673,03 evrum. Fram kemur á kaupnótunni að uppgjörsdagur (e. Settlement date) sé 15. september 2008. Þá segir þar að viðskiptatími (e. Trade Time) hafi farið fram kl. 16.48.

Í málinu liggja fyrir gögn sem sýna að sama dag, 10. september 2008, hafi aðalstefndi keypt umrædda hlutdeild af varastefnda fyrir 55% af nafnverði, eða sem nemur 825.000 evrum, en við það bættust 18.673,03 evrum í áfallna vexti. Varastefndi hefur lagt fram í málinu símasamskipti starfsmanns aðal- og varastefnda þar sem samið eru um þessi viðskipti.

Viðskipti þessi munu hafa vera framkvæmd af hálfu aðalstefnda með rafrænum hætti í svonefndu Bloomberg-kerfi. Hann hefur lagt fram skjáskot af kvittunum úr því kerfi, annars vegar vegna kaupa hans á hlutdeildinni og hins vegar vegna sölu hans á umræddri eign til stefnanda. Ekki liggur annað fyrir en að viðskiptin hafi verið gerð upp á umsömdum uppgjörstegi með millifærslum í uppgjörskerfum Euroclear og Clearstream í Lúxemborg.

Í stefnu er staðhæft að stefnandi hafi bókfært greiðsluna fyrir framangreindan hlut í allsherjarskuldabréfinu með lækkun á útistandandi skuldum. Í yfirlýsingu endurskoðanda stefnanda, dags. 25. nóvember 2013, sem stefnandi lagði fram í tilefni af áskorun varastefnda, kemur fram að könnun hans hafi leitt í ljós að í kjölfar viðskiptanna hafi skuldir Kaupþings verið færðar niður um sem nemur samtals 1.500.000 evrum.

Eins og rakið er í stefnu sagði stjórn stefnanda af sér 8. október 2008. Daginn eftir neytti Fjármálaeftirlitið heimildar í 100. gr. a í lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, sbr. 5. gr. laga nr. 125/2008, til að taka yfir vald hluthafafundar í stefnanda og setja yfir hann skilanevnd. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 24. nóvember 2008 var stefnanda veitt heimild til greiðslustöðvunar sem var framlengd með úrskurði 13. nóvember 2009. Lögum nr. 161/2002 var breytt með lögum nr. 44/2009, sem tóku gildi 22. apríl 2009. Stefnanda var skipuð slitastjórn 25. maí 2009 á grundvelli ákvæðis II til bráðabirgða í lögum nr. 44/2009. Slitastjórnin gaf út innköllun til kröfuhafa 6. júlí 2009 og er frestdagur við slitameðferð stefnanda 15. nóvember 2008. Fram kemur í stefnu að við það sé miðað að upphafsdagur slitameðferðarinnar sé gildisdagur laga nr. 44/2009. Með úrskurði Héraðsdóms

Reykjavíkur 22. nóvember 2010 lá fyrir dómsúrskurður um slitameðferð stefnanda.

Með bréfi stefnanda 15. desember 2011 var óskað eftir upplýsingum aðalstefnda m.a. um það hvort aðalstefndi teldi sig vera aðalrétthafa eða rétthafa (e. principal and/or beneficial recipient) í tengslum við viðskiptin. Aðalstefndi svaraði með bréfi 9. janúar 2012. Þar kom fram að hann hefði komið fram í viðskiptunum sem miðlari eða eins og segir í enskri útgáfu bréfsins „on a dealer matched/riskless principal basis“, í þágu erlends viðskiptavinar sem væri portúgalskur fjárfestingasjóður.

Með bréfi 23. janúar 2012 ítrekaði stefnandi beiðni sína um upplýsingar. Aðalstefndi svaraði með bréfi 23. febrúar 2012 þar sem áréttað var að hann hefði komið fram í viðskiptunum sem miðlari í þágu og að fyrirmælum erlends viðskiptavinar. Hafi hann einungis fengið lítinn hluta söluhagnaðar fyrir miðlunina.

Í greinargerð aðalstefnda upplýsti hann að viðskiptavinur hans hefði verið BPI Fundos. Eftir áskorun stefnanda veitti aðalstefndi nánari upplýsingar um þennan viðskiptavin sinn í þinghaldi 26. apríl 2013. Með sakaukastefnu sem birt var varastefnda 9. desember 2013 var málið einnig höfðað gegn honum.

### III

#### *1. Málsástæður og lagarök stefnanda*

Stefnandi rökstyður aðild sína að málinu með vísan til þess að hann sé fjármálafyrirtæki í slitameðferð. Bendir hann á að samkvæmt 4. mgr. 103. gr. laga nr. 161/2002, sbr. 7. gr. laga nr. 44/2009, megi við slitameðferð stefnanda krefjast riftunar eftir sömu reglum og gilda um riftun ráðstafana við gjaldþrotaskipti. Öll ákvæði XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl., gildi við slitameðferðina með sama hætti og við hefðbundin gjaldþrotaskipti.

Stefnandi byggir riftunarkröfu sína á því að greiðsla sem hann innti af hendi til aðalstefnda hafi verið greidd fyrir en eðlilegt var, en slíkar greiðslur séu riftanlegar skv. 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991. Telur stefnandi að þau þrjú skilyrði sem tilgreind eru í ákvæðinu séu fyrir hendi.

Í fyrsta lagi byggir stefnandi á því að greiðslan hafi átt sér stað á síðustu sex mánuðum fyrir frestdag. Frestdagur við slitameðferð stefnanda sé 15. nóvember 2008. Stefnandi hafi greitt skuld sína 15. september 2008 og þannig hafi greiðslan átt sér stað á síðustu sex mánuðum fyrir frestdag. Leggur stefnandi áherslu á að það tímamark sem miða beri við samkvæmt 134. gr. laga nr. 21/1991 sé þegar afhending fjármuna fari fram.

Í öðru lagi byggir stefnandi á því að greiðslan hafi verið innt af hendi fyrir en eðlilegt var. Lausnardagur skuldabréfanna hafi átt að vera 30. júní 2014. Stefnandi

hafi greitt stefnda skuld sína samkvæmt bréfinu að fullu 15. september 2008. Aðalstefndi hafi þannig fengið kröfu sína samkvæmt skuldabréfinu greidda tæplega sex árum fyrir lausnardag. Stefnandi byggir á því að skuld sem greidd sé fyrir lausnardag teljist almennt hafa verið greidd fyrir en eðlilegt var í skilningi 134. gr. laga nr. 21/1991.

Stefnandi áréttar í þessu sambandi að 8. október 2008 hafi stjórn hans sagt af sér og að 9. sama mánaðar hafi Fjármálaeftirlitið tekið yfir vald hluthafafundar í stefnanda og sett yfir hann skilanefnd. Hafi stefnandi verið tekinn til slitameðferðar í kjölfarið. Stefnandi heldur því fram að ef ekki hefði komið til hinnar riftanlegu greiðslu hefði aðalstefndi aldrei fengið kröfu sína greidda eftir lausnardag, hvorki í heild né að hluta. Aðalstefndi hefði þess í stað eignast kröfu við slitameðferð stefnanda. Ljóst sé að við slitameðferð stefnanda muni ekkert fást greitt upp í eftirstæðar kröfur líkt og þá sem hér um ræðir. Bendir stefnandi á að það raski jafnræði kröfuhafa við slitameðferð stefnanda ef sumir þeirra, sem með réttu hefðu átt að eiga kröfu við slitameðferðina, fá kröfur sínar greiddar að fullu. Með því hafi stefnandi mismunað kröfuhöfum. Þannig hafi greiðsla stefnanda verið til hagsbóta með ótilhlýðilegum hætti fyrir aðalstefnda á kostnað annarra kröfuhafa. Með því að rifta greiðslunni leitist stefnandi þannig við að skapa jafnræði milli kröfuhafa. Gangi kröfur stefnanda eftir muni aðalstefndi njóta jafns réttar á við sambærilega kröfuhafa.

Í þriðja lagi telur stefnandi ekki liggja fyrir að greiðslan hafi verið eðlileg eftir atvikum, sbr. niðurlag 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991. Telur stefnandi að þessi liður greinarinnar feli í sér undantekningu sem beri að skýra þröngt, auk þess sem hann leggur áherslu á að aðalstefndi beri sönnunarbyrðina um að hún eigi við.

Stefnandi tekur fram að til þess að undantekningin í 134. gr. laganna um að greiðsla „hafi virst venjuleg eftir atvikum“ geti mögulega átt við hafi greiðsla sem þessi, þar sem skuld er greidd löngu fyrir gjalddaga, m.a. þurft að vera venjuleg í viðskiptum milli aðila. Uppgreiðsla skuldabréfa fyrir gjalddaga hafi ekki verið venjuleg í viðskiptum milli stefnanda og aðalstefnda.

Stefnandi telur ekki unnt að fallast á að bankanum hafi verið heimilt að kaupa eigið skuldabréf löngu fyrir tilgreindan lausnardag án þess að slíkt leiði til riftunar. Kaup á eigin skuld hafi sömu áhrif og greiðsla á skuldinni. Væri skuldara heimilt að greiða upp skuldina með því að kaupa hana, og slík greiðsla gengi framar 134. gr. gjaldþrotalaga væri ávallt hægt að komast fram hjá riftunarreglum laganna.

Stefnandi tekur fram að með þessu sé því ekki haldið fram að endurkauparéttur sé almennt ólögmatgur í skuldabréfum. Slíkur réttur verði þó ávallt að víkja fyrir riftunarreglum gjaldþrotalaganna. Ekki skipti máli gagnvart riftunarreglunum þótt

greiðsla á skuld myndi almennt teljast lögmæt að öllu leyti. Ráðstöfun geti verið riftanleg á grundvelli gjaldþrotalaga jafnvel þó að hún hafi ekki verið ólögmæt, sviksamleg eða saknæm af hálfu þeirra sem staðið hafi að henni.

Stefnandi bendir jafnframt á að riftun á greiðslu skuldar sé ekki ætlað að ógilda skuldabréfið eða aðra löggerninga sem hafi verið grundvöllur þess að skuld stefnanda við stefnda var greidd fyrir gjalddaga. Riftunin beinist eingöngu að því að hnekkja greiðslunni sjálfri og endurheimta í peningum hagnað eins kröfuhafa sem sé á kostnað annarra og raski hún þannig að óbreyttu jafnræði kröfuhafa.

Stefnandi getur þess einnig að riftunarregla 134. gr. gjaldþrotalaga sé hlutlæg regla sem leiði til riftunar þrátt fyrir að löggerningar að baki greiðslu skuldar hafi verið lögmætir og allir aðilar hafi verið í góðri trú. Meginreglan sé sú að huglæg afstaða skuldara eða kröfuhafa skipti engu máli fyrir riftun greiðslunnar.

Stefnandi telur að ráða megi af öllu framangreindu að uppgreiðsla skuldarinnar tæplega sex árum fyrir lausnardag hafi ekki verið „eðlileg eftir atvikum“. Ekkert í viðskiptasambandi aðila hafi gefið tilefni til að ætla að slík venja væri í gildi og þess háttar uppgjör skulda hafi ekki tíðkast áður milli stefnanda og stefnda. Þá hafi engin skylda hvílt á stefnanda, hvorki samkvæmt lögum né samningum, til að greiða bréfin fyrir lausnardag þess. Það sé stefnda að sýna fram á að greiðsla skuldarinnar, sem óumdeilanlega hafi verið innt af hendi fyrir lausnardag, sé þrátt fyrir allt venjuleg eftir atvikum.

Stefnandi kveður kröfu sína um endurgreiðslu byggja á 142., sbr. 143. gr. gjaldþrotalaga. Stefnandi telur að greiðsla kröfunnar 15. september 2008 hafi orðið til þess að stefndi hafi auðgast um sem nam 858.673,03 evrum. Aðalstefndi hefði ekki fengið kröfuna greidda eftir lausnardag. Tjón stefnanda nemi sömu fjárhæð og auðgun aðalstefnda. Skilyrði fyrir endurgreiðslu á grundvelli 1. mgr. 142. gr. gjaldþrotalaga séu því fyrir hendi.

Stefnandi tekur fram að aðalstefndi hafi vísað til þess að annar aðili hafi verið raunverulegur móttakandi greiðslunnar. Hafi hann í fyrstu neitað að upplýsa hver það hafi verið, en veitt upplýsingar um það undir rekstri málsins. Í kjölfarið hafi stefnandi höfðað málið einnig gegn varastefnda með sakaukastefnu. Stefnandi telur eftir sem áður að aðalstefndi sé réttur aðili málsins til varnar. Um það vísar stefnandi til þess að samkvæmt 142. gr. gjaldþrotalaga komi fram að þegar riftun fari fram með stoð í 131. til 138. gr. laganna skuli sá sem hafði hag af riftanlegri ráðstöfun greiða þrotabúinu fé í kjölfar riftunarinnar. Hafi hann fengið peninga greidda skipti notkun þeirra engu um kröfu þrotabúsins. Aðalstefndi hafi verið móttakandi greiðslunnar frá stefnanda og því sé riftun og kröfu um endurgreiðslu réttilega beint að honum.

Stefnandi kveðst krefjast dráttarvaxta af allri fjárhæðinni frá og með mánuði eftir að aðalstefnda hafi verið sent kröfubréf 14. maí 2012. Eigi dráttarvaxtakrafan sér stoð í III. kafla laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, sbr. 3. mgr. 5. gr. og 1. mgr. 6. gr. laganna.

Þar sem aðalstefndi hafi undir rekstri málsins vísað til þess að varastefndi hafi verið raunverulegur móttakandi greiðslunnar í málinu hafi því félagi verið stefnt til vara fari svo að aðalstefnda verði ekki gert að þola dóm í málinu. Byggir stefnandi á því að skilyrði 1. og 2. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 séu fyrir hendi. Verði aðalstefnda ekki gert að þola dóm í málinu séu sömu kröfur gerðar á hendur varastefnda. Kröfugerð, málsatvikalýsing, málsástæður og lagarök í stefnu eigi við um varastefnda með sama hætti og um aðalstefnda.

## *2. Málsástæður og lagarök aðalstefnda*

Aðalstefndi krefst í fyrsta lagi sýknu á grundvelli aðildarskorts. Hann lýsir viðskiptunum á þann veg að þegar varastefndi hafi óskað eftir því að aðalstefndi seldi fyrir sig umrædda hagsmunaeign að nafnvirði 1.500.000 evrur, hafi aðalstefndi vitað af áhuga stefnanda á að kaupa þessi skuldabréf. Til þess að gera viðskiptin möguleg milli varastefnda og stefnanda hafi aðalstefndi keypt bréfin á genginu 55 af varastefnda og selt þau samstundis stefnanda á genginu 56. Kveðst aðalstefndi einungis hafa gegnt hlutverki verðbréfamiðlara í framangreindum viðskiptum. Hafi þóknun hans samsvarað mismuninum á kaup- og söluverði skuldabréfsins, samtals að fjárhæð 15.000 evrur. Stefndi hafi ekki haft í hyggju að fjárfesta í allsherjarskuldabréfinu. Ákvörðun um kaupin hafi ekki verið tekin fyrir en kaupandi hafði þegar verið fundinn. Þannig hafi viðskiptin runnið beint í gegn.

Aðalstefndi kveðst því hafa verið í hlutverki milligönguaðila eða miðlara í viðskiptum. Greiðslan hafi runnið til varastefnda en ekki til aðalstefnda. Engu skipti í hvaða formi greiðslan hafi borist hinum raunverulega móttakanda eða með hvaða hætti hún hafi verið afhent. Beiting riftunarreglna lúti ekki að þeirri aðferð sem notuð sé við greiðslur heldur hinum raunverulegu verðmætum. Hafi reglurnar þann tilgang að endurheimta hugsanlega auðgun hins raunverulega kröfuhafa. Með vísan til framangreinds er á því byggt að aðalstefndi sé ekki réttur aðili að máli þessu og því beri að sýkna hann af kröfum stefnanda, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála.

Með vísan til sömu röksemda telur aðalstefndi að ekki sé uppfyllt það almenna skilyrði riftunar samkvæmt riftunarreglum gjaldprotalaga að greiðslan hafi verið aðalstefnda til hagsbóta. Því beri að sýkna hann af kröfum stefnanda.

Af hálfu aðalstefnda er gerð athugasemd við lýsingu stefnanda í stefnu á uppbyggingu þess skuldabréfs sem um ræðir. Leggur hann áherslu á að samkvæmt skilmálum útgáfulýsingarinnar hafi stefnandi ekki gefið út skuldabréf til hvers og eins fjárfestis í bréfunum. Þess í stað hafi stefnandi gefið út eitt bráðabirgða-allsherjarskuldabréf (e. Temporary Global Note) að nafnvirði 150 milljónir evra á grundvelli útgáfulýsingarinnar. Þetta bráðabirgða-allsherjarskuldabréf hafi verið afhent til sameiginlegrar vörslu bæði hjá Euroclear og Clearstream, Lúxemborg, 30. júní 2004. Eftir afhendingu þess hafi tekið við skráningaferli í kerfum Euroclear og Clearstream. Í þessum kerfum eigi fjárfestar reikninga og hafi reikningar þeirra aðila sem hafi skráð sig fyrir fjárhæð í skuldabréfaútgáfunni verið eignfærðir með viðkomandi höfuðstólsfjárhæð. Gert hafi verið ráð fyrir því í útgáfulýsingunni að bráðabirgða-allsherjarskuldabréfinu yrði skipt út fyrir varanlegt allsherjarskuldabréf (e. Permanent Global Note) skömmu eftir útgáfu og hafi það verið gert. Þetta allsherjarskuldabréf hafi verið gefið út til „tilnefnds aðila“ (e. nominee) eða „handhafa“ (e. bearer) og hafi það verið í vörslu uppgjörskerfanna Euroclear og Clearstream, sbr. ákvæði 1. mgr. 1. greinar í útgáfulýsingunni. Aðalstefndi hafi hvorki verið „tilnefndur aðili“ né „handhafi“ allsherjarskuldabréfsins. Hann hafi aðeins átt í viðskiptum með hagsmunaeign í allsherjarskuldabréfinu (e. beneficial interest in the Global Note). Allsherjarskuldabréfið hafi hins vegar aldrei skipt um hendur.

Stefndi kveður ljóst af útgáfulýsingunni að handhafi allsherjarskuldabréfsins hafi átt að taka við greiðslum útgefanda á höfuðstól og vöxtum, en ekki þeir sem hafi verið skráðir eigendur hagsmuna í allsherjarskuldabréfinu. Sú skylda hafi síðan hvílt á handhafa allsherjarskuldabréfsins að greiða hagsmunaeigendum í gegnum uppgjörskerfi. Hafi hagsmunaeigendur einungis getað leitað til Euroclear eða Clearstream í Lúxemborg til að fá sína hlutdeild í hverri greiðslu af þessum toga. Hagsmunaeigendur hafi hins vegar aldrei átt kröfu á hendur útgefanda. Af þessu dregur stefndi þá ályktun að útgefandi og hagsmunaeigandi í skuldabréfinu hafi ekki verið í beinu skuldarsambandi.

Af hálfu aðalstefnda er á því byggt að skilyrði 134. gr. laga nr. 21/1991 séu ekki uppfyllt. Í þessu sambandi leggur hann áherslu á að eitt af grunnskilyrðum riftunar á grundvelli ákvæðisins sé að um „greiðslu skuldar“ hafi verið að ræða af hálfu þrotamanns áður en til gjaldþrots eða slitameðferðar komi. Því sé óhjákvæmilegt að um sé að ræða skuldarsamband milli þrotabús og aðilans sem talið sé að hafi notið góðs af umræddri ráðstöfun og að hún hafi orðið til þess að hin undirliggjandi skuld hafi fallið niður.

Aðalstefndi vísar til þess að stefnandi hafi sönnunarbyrðina í þessu sambandi. Telur hann stefnanda ekki hafa axlað þá byrði. Vísar aðalstefndi annars vegar til

Þess að stefnandi byggji í stefnu á rangri túlkun á fyrirliggjandi gögnum og að eingöngu sé byggt á íslenskum lögum. Þannig hafi stefnandi í engu reynt að útskýra samningssambandið milli þeirra sem komi við sögu í tengslum við útgáfulýsinguna. Þá hafi stefnandi ekki leitast við að sýna fram á hver réttarstaðan sé að enskum lögum, en samkvæmt 15. grein útgáfulýsingarinnar fari skuldabréfaútgáfan eftir þeim lögum. Samkvæmt 2. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991 beri stefnandi sönnunarbyrðina um efni þeirra laga.

Eins og rakið hefur verið telur aðalstefndi að draga verði þá ályktun af gögnum málsins að ekkert skuldarsamband hafi verið til staðar milli hans eða varastefnda, sem handhafa hagsmunaeignar í allsherjarskuldabréfi, og stefnanda sem útgefanda þess. Vísar aðalstefndi í þessu sambandi til 3. mgr. 5. gr. útgáfulýsingarinnar. Með útgáfulýsingunni hafi ætlunin einungis verið að skuldarsambandið yrði milli útgefanda og handhafa allsherjarskuldabréfsins. Annað skuldarsamband hafi síðan verið milli þess aðila og hagsmunaeigenda.

Aðalstefndi byggir einnig á því að viðskiptin hafi ekki getað falið í sér greiðslu skuldar þar sem í útgáfulýsingunni hafi verið sérstaklega mælt fyrir um hvernig skyldi inna af hendi greiðslur vegna skuldabréfanna. Til að mynda hafi ekki verið um svokallaða innlausn (e. Redemption) að ræða samkvæmt skilmálum útgáfulýsingarinnar. Hin umþrætta greiðsla hafi því ekki verið af þeim toga sem lýst sé í útgáfulýsingunni heldur komið í kjölfar hefðbundinna viðskipta á eftirmarkaði og á markaðsverði þess tíma. Þar sem bréfin hafi ekki stofnað til skuldar stefnanda, hvorki við aðal- né varastefnda, geti viðskiptin ekki talist greiðsla slíkrar skuldar. Af sömu ástæðu hafi viðskiptin ekki falið í sér samruna réttar og skyldu á grundvelli skuldabréfs þannig að skuldin hafi fallið niður.

Aðalstefndi styður sýknukröfu sína einnig við að hin umþrætta greiðsla hafi ekki falið í sér greiðslu skuldar fyrr en eðlilegt var eins og áskilið sé í 134. gr. gjaldþrotalaga. Viðskiptin hafi einungis falið í sér kaup á markaði í fullkomnu samræmi við skilmála útboðslýsingarinnar. Þau hafi því verið staðgreiðslukaup enda hafi uppgjör þeirra falið í sér afhendingu gegn greiðslu í viðkomandi uppgjörskerfum. Hafi umrædd eign því verið seld í skiptum fyrir greiðslu í reiðufé. Stefnandi hafi eingöngu komið fram í viðskiptunum sem fjárfestir en ekki sem skuldari. Hafi stefnandi samið sérstaklega um kaupverðið. Þá geti kaupverðið ekki hafa verið greitt of snemma í ljósi kringumstæðna. Þvert á móti hafi greiðsla verið móttækin á umsömdum uppgjörssdegi 15. september 2008. Þessi gjalddagi á kaupverði hafi verið óháður skilmálum bréfanna í útgáfulýsingunni. Greiðslan hafi því ekki verið greidd fyrir gjalddaga heldur einmitt í samræmi við umsamda og hefðbundna framkvæmd og viðskiptalega hagsmuni.

Verði komist að þeirri niðurstöðu að hin umþrætta greiðsla hafi verið innt af hendi fyrir en eðlilegt var í skilningi 134. gr. laga nr. 21/1991 byggir stefndi á því að greiðslurnar hafi verið venjulegar eftir atvikum, sbr. lokamálslið 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Því geti ekki komið til riftunar. Stefndi færir ítarleg rök fyrir þessari málsástæðu í greinargerð sinni. Þar er í meginatriðum á því byggt að við mat á þessu verði að líta til þess hvort greiðsla hafi í reynd verið óvenjuleg og hvort viðtakandi greiðslu hafi haft vitneskju um ógjaldfærni skuldara.

Hvað fyrra atriðið varðar kveður stefndi alvanalegt á alþjóðlegum skuldabréfamarkaði að útgefandi allsherjarskuldabréfs kaupi hagsmunaeign í skuldabréfi sem hann hafi gefið út, eins og fjölmörg gögn málsins gefi til kynna. Þá hafi þetta verið algengt í starfi stefnanda og yfirlýst stefna hans að kaupa eigin skuldabréf. Vísar aðalstefndi til þess að stefnandi hafi tekið þátt í viðskiptunum með eigin lögmeða viðskiptahagsmuni að leiðarljósi, jafnvel þótt tilgangur þeirra hafi ekki verið að selja bréfið áfram heldur afskrá skuldabréfið. Með því að kaupa hagsmunaeignina á lægra virði en nafnvirði hafi stefnandi getað lækkað þá fjárhæð sem hann hefði ella þurft að greiða á gjalddaga. Þá hafi viðskiptin einnig farið fram á frjálsum markaði og í samræmi við útgáfulýsinguna. Kaupverðið hafi enn fremur verið eðlilegt og ákveðið á frjálsum markaði. Um hafi verið að ræða venjuleg staðgreiðsluviðskipti með fjármálagerning.

Varðandi síðara atriðið bendir stefndi á að ekkert hafi bent til þess, á þeim tíma sem viðskiptin áttu sér stað, að stefnandi ætti í fjárhagserfiðleikum, hafi svo verið raunin. Um það atriði bendir stefndi m.a. til lánshæfismats matsfyrirtækja, sem liggja fyrir í málinu. Í greinargerð er til að mynda vísað til matskýrslu Moody's um stefnanda þar sem bankinn hafi verið með matseinkunnina A1 með stöðugum framtíðarhorfum á þessum tíma gagnvart almennum, óverðtryggðum skuldum. Það hafi ekki verið fyrir en 30. september 2008 sem matsfyrirtækið hafi merkt stefnanda sem „possible downgrade“, þ.e. að hugsanlega yrði einkunnin lækkuð úr A1 gagnvart almennum óverðtryggðum skuldum og úr A2 gagnvart eftirstæðum kröfum. Hafi mat Fitch á stefnanda verið svipað og hjá Moody's.

Auk þessara gagna um líkur á greiðslufalli vísar stefndi m.a. til þess að viðskipti með skuldabréf stefnanda hafi verið virk allt til loka september 2008. Stefnandi hafi og tekið önnur lán um það leyti sem hin umdeilda greiðsla fór fram. Það sýni að bankinn hafi verið í fullum rekstri sem alþjóðlegur banki og markaðsaðilar hafi haldið áfram að fjárfesta í stefnanda. Ekkert bendi því til þess að markaðurinn hafi talið líkur á falli bankans. Uppgjör bankans á fyrsta og öðrum ársfjórðungi 2008 hafi heldur ekki gefið annað til kynna en að fjárhagsstaða bankans væri sterk. Stefndi vísar því til stuðnings til ýmissa kennitalna m.a. í árshlutauppgjöri bankans frá 30. júní 2008. Þá vísar stefndi til ýmissa yfirlýsinga

Íslenskra yfirvalda sem hafi miðað að því að skapa traust á íslensku bönkunum, sem og álagsprófa Fjármálaeftirlitsins, m.a. frá 14. ágúst 2008. Að auki hafi markaðurinn tekið mikið mið af 500 milljóna evra skiptasamningi milli Seðlabanka Íslands, Danmerkur, Noregs og Svíþjóðar um miðjan maí 2008.

Aðalstefndi byggir einnig á því að nauðsynlegt sé að líta til erlendra laga við mat á því hvort greiðslan sé riftanleg. Hann vísar í þessu sambandi til þess að samkvæmt n-lið 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, sem hafi innleitt 30. gr. tilskipunar 2001/24/EB, sé ekki unnt að beita riftun ef sá sem hefur haft hag af greiðslu leggur fram fullnægjandi sönnun um að um löggjeringinn eigi að gilda lög annars ríkis og að þar sé ekki að finna riftunarreglu sem taki til þess tilviks sem um ræðir. Aðalstefndi vísar til þess að lög nr. 161/2002 séu sérlög að þessu leyti gagnvart gjaldþrotaskiptalögum og gangi því framár.

Aðalstefndi byggir á því að hin umdeilda greiðsla hafi verið framkvæmd í uppgjörskerfum sem lúti tilskipun um endanlegt uppgjör nr. 98/26/EB. Nánar tiltekið hafi stefnandi innt peningagreiðsluna af hendi í gegnum reikning stefnanda hjá Euroclear í Belgíu og hafi hún verið lögð inn á reikning vörslubanka stefnda hjá Clearstream í Lúxemborg. Af þeirri ástæðu byggir stefndi á því að um greiðsluna eigi að gilda lög Lúxemborgar með vísan til 7. gr. laga nr. 90/1999, sem hafi innleitt 8. gr. tilskipunar um endanlegt uppgjör nr. 98/26/EB.

Aðalstefndi byggir á því að lög í Lúxemborg heimili ekki riftun hinnar umdeildu greiðslu, óháð því á hvaða reglum þeirra laga stefnandi myndi reyna að byggja riftunarkröfu sína. Í þessu samhengi vísar stefnandi sérstaklega til laga sem innleitt hafi tilskipun um endanlegt uppgjör nr. 98/26/EB, lög í Lúxemborg frá 12. janúar 2001 sem breytt hafi lögum frá 5. apríl 1993 um fjármálageirann. Stefndi byggir á því að skilyrði riftunar samkvæmt lögum Lúxemborgar séu ekki uppfyllt og áskildi í greinargerð sinni rétt til þess að leggja fram frekari gögn til að styðja þessa málsástæðu.

Aðalstefndi telur að sama niðurstaða verði komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að lög Belgíu eigi við, í ljósi þess að þau lög gildi um Euroclear verðbréfamiðstöðina. Tilskipunin um endanlegt uppgjör hafi verið innleidd í belgísk lög, þ.e. lög frá 28. apríl 1999, birt í stjórnartíðindum Belgíu 8. september 1999, en þau útiloki riftun. Enn fremur séu skilyrði riftunarreglna í Belgíu, sem eigi við um gjaldþrot og slitameðferðir, ekki uppfyllt. Stefndi áskildi sér rétt til þess að leggja fram frekari gögn til stuðnings þessari málsástæðu.

Komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að hvorki lög Lúxemborgar né Belgíu eigi við um greiðsluna byggir stefndi á því að um hana gildi ensk lög, sem eru þau lög sem gilt hafi um skilmála skuldabréfanna, sbr. 1. mgr. 15. gr. útgáfulýsingarinnar. Fallist dómstóllinn á það með stefnanda að viðskiptin hafi falið

í sér endurgreiðslu eða innlausn skuldabréfanna sjálfra, frekar en einföld verðbréfavíðskipti um kaup og sölu, telur aðalstefndi ljóst að skilmálar skuldabréfanna eigi við, þar með talin ákvæði um gildandi lög.

Aðalstefndi heldur því fram að ensk lög veiti engar heimildir til að rifta greiðslunni sem mál þetta varði. Reglur enskra gjaldþrotalaga frá 1896 um víðskipti á undirverði (e. transactions at an undervalue, sbr. ákvæði 238 gr.), mismunun (e. preference, sbr. ákvæði 239. gr.) og sviksamleg víðskipti (e. transactions defrauding creditors, sbr. ákvæði 423 gr.) eigi ekki við í málinu og/eða séu skilyrði fyrir riftun samkvæmt ákvæðunum ekki uppfyllt.

Í því sambandi bendir aðalstefndi sérstaklega á að ákvæði 238 gr. geti ekki átt við enda hafi víðskiptin ekki átt sér stað á undirverði heldur einmitt á markaðsverði. Hvað sem því líður kæmi 5. mgr. ákvæðisins í veg fyrir riftun þar sem aðilar víðskiptanna hafi verið í góðri trú. Ákvæði 239. gr. um mismunun (e. preference) geti heldur ekki átt við þar sem ekkert bendi til þess að Kaupþing hafi viljað (e. desire) koma stefnda í betri stöðu samanborið við aðra kröfuhafa. Þá geti ákvæði 423. gr. heldur ekki átt við þar sem skilyrði þess sé tiltekin huglæg afstaða Kaupþings, þ.e. að tilgangur Kaupþings hafi verið að koma eignum undan.

Aðalstefndi byggir á því að sama niðurstaða eigi við um allar aðrar riftunareglur að enskum rétti sem kynnu að koma til álita. Áskildi hann sér rétt til þess í greinargerð að leggja fram frekari sönnunargögn um ensk lög til að styðja framangreindar ályktanir.

Komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að greiðslurnar séu riftanlegar og að stefnandi geti beint kröfu að stefnda, byggir aðalstefndi á því að enginn grundvöllur sé fyrir endurgreiðslukröfu stefnanda og/eða að hana eigi að lækka verulega. Til stuðnings þessari málsástæðu vísar aðalstefndi til 142. gr. gjaldþrotaskiptalaga en hann telur stefnanda ekki hafa sýnt fram á að hann hafi beðið tjón af víðskiptunum eða að aðalstefndi hafi hagnast. Auk þess hafi stefnandi ekki sýnt fram á að útistandandi skuld stefnanda hafi verið lækkuð í kjölfar greiðslunnar, enda liggi ekki fyrir að hann hafi afskráð skuld samkvæmt allsherjarskuldabréfinu, líkt og áskilið sé hafi það verið ætlun stefnanda að lækka skuldina. Einföld fullyrðing þess efnis um að stefnandi hafi bókfært greiðsluna til lækkunar á útistandandi skuldum sé ekki fullnægjandi. Það geti því vel verið að stefnandi hafi selt hagsmunaeignina í allsherjarskuldabréfinu áfram þriðja aðila og að stefnandi fari því í raun fram á að fá sömu fjárhæðina greidda tvisvar.

Þessu til viðbótar bendir aðalstefndi á að hann hafi aðeins hagnast um þá fjárhæð sem hafi samsvarað mismun á kaup- og söluverði í víðskiptunum eða 15.000 evrum.

Aðalstefndi vísar og til þess að stefnandi hafi ekki sýnt fram á neitt tjón. Í því sambandi bendir aðalstefndi á að hann hafi ekki sýnt fram á að hann hafi tekið þátt í viðskiptunum fyrir eigin reikning, að hann hafi í raun innt af hendi hina umþrættu greiðslu eða að hún hafi valdið stefnanda tjóni. Þá hafi hann ekki lagt fram nein sönnunargögn um það hvort hann hafi gripið til einhverra aðgerða eftir viðskiptin, þ.e. hvort hann hafi áframselt bréfið, haldið því fyrir eigin reikning eða afskráð hagsmunaeignina. Í greinargerð skoraði aðalstefndi á stefnanda að leggja fram sönnunargögn af þeim toga. Enn fremur vísar aðalstefndi til þess að heildarfjárhæð allsherjarskuldabréfsins hafi enn þá verið útistandandi þegar slitameðferð á stefnanda hafi hafist. Jafnvel þótt stefnandi hafi ekki áframselt hagsmunaeignina í allsherjarskuldabréfinu byggir aðalstefndi á því að stefnandi hefði getað það, jafnvel um leið og hin umdeildu viðskipti voru frágengin og þar með takmarkað eða komið í veg fyrir hið ætlaða tjón. Þess vegna sé ekkert orsakasamhengi milli hinnar umþrættu greiðslu og hins ætlaða tjóns, auk þess sem stefnandi hafi ekki uppfyllt skyldu sína til þess að takmarka tjón sitt.

Til viðbótar við ofangreint vísar aðalstefndi til 145. gr. gjaldþrotaskiptalaga til stuðnings því að lækka beri fjárkröfuna. Það væri að hans mati ósanngjarnt að dæma hann til greiðslu fjárhæðar sem augljóst væri að aðalstefndi hefði ekki hag af nema að mjög litlu leyti.

Aðalstefndi vísar einnig til 146. gr. gjaldþrotaskiptalaga því til stuðnings að ekki sé unnt að gera kröfu á hendur aðalstefnda að því leyti sem hann hafi afhent þriðja aðila umrædda fjármuni, þ.e. 843.673.03 evrur.

Stefndi mótmælir dráttarvaxtakröfunni. Mótmælir hann sérstaklega því að dráttarvextir geti reiknast á þá fjárhæð sem krafa sé gerð um í evrum og jafnframt upphafsdegi dráttarvaxta. Ensk lög, sem gildi um skuldabréfin, nái einnig til vaxta og því eigi dráttarvextir samkvæmt íslenskum lögum ekki við, sbr. lög nr. 43/2000.

Um lagarök vísar stefndi m.a. til XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl., laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki sem og laga nr. 43/2000, um lagaskil á sviði samningaréttar. Þá kveður hann kröfu sína um málskostnað styðjast við 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Kveður hann kröfuna jafnframt fela í sér kröfu um virðisaukaskatt á grundvelli laga nr. 50/1988, um virðisaukaskatt, þar sem stefndi stundi ekki virðisaukaskattsskylda starfsemi hér á landi.

### *3. Málsástæður og lagarök varastefnda*

Varastefndi reisir sýknukröfu sína í fyrsta lagi á aðildarskorti, en hann telur að kröfum stefnanda sé beint að röngum aðila. Af hans hálfu er á því byggt að viðskipti hans og aðalstefnda, þar sem hann seldi aðalstefnda hlutdeild í

allsherjarskuldabréfinu á genginu 55, hafi verið venjuleg viðskipti á markaði milli tveggja aðila þar sem aðalstefndi hafi komið fram sem gagnaðili í viðskiptunum. Varastefndi mótmælir því að aðalstefndi hafi komið fram sem milligönguaðili eða verðbréfamiðlari af hálfu varastefnda þegar aðalstefndi hafi átt viðskipti við stefnanda.

Varastefndi vísar til framlagðra gagna um að viðskiptin við aðalstefnda hafi farið fram með tveimur símtölum þar sem aðalstefndi óskaði eftir að kaupa hlutdeildina. Hafi aðalstefndi gert varastefnda tilboð sem hafi verið skoðað og hafi það verið samþykkt nokkru síðar. Þau hafi síðan verið gerð upp skömmu síðar og viðskiptum vara- og aðalstefnda þar með lokið. Varastefndi hafi því ekki verið aðili að viðskiptum aðalstefnda og stefnanda. Varastefndi hafi ekki haft neina vitneskju um að aðalstefndi myndi selja hlutdeildina annað. Varastefndi vísar og til þess að viðurkennt sé í greinargerð aðalstefnda að varastefndi hafi ekkert vitað um sölu bréfanna til stefnanda. Þá telur hann aðalstefnda ekki hafa lagt fram nein gögn því til stuðnings að hann hafi komið fram í viðskiptunum sem miðlari. Byggir varastefndi á því að fráleitt væri að hann yrði gerður ábyrgur fyrir ótengdum viðskiptum aðalstefnda sem varastefndi hafi ekkert komið að og hafi ekkert um að segja.

Varastefndi mótmælir því sérstaklega að sá mismunur sem aðalstefndi hafi fengið vegna viðskipta sinna við varastefnda annars vegar og stefnanda hins vegar hafi verið þóknun sem varastefndi hafi staðið straum af. Engin þóknun hafi verið greidd í viðskiptunum og ekkert hafi verið vikið að þóknun í símtölum starfsmanna aðal- og varastefnda. Þá sé hin ætlaða þóknun, 15.000 evrur, alltof há til að geta talist eðlileg þóknun.

Í samræmi við framangreind sjónarmið byggir varastefndi einnig á því að hann hafi ekki verið í neinu samningssambandi við stefnanda og ekki þegið neina fjármuni frá honum. Kveðst hann ekki hafa verið réttthafi þeirrar greiðslu sem stefnandi vilji rifta. Því verði kröfu um riftun á grundvelli 134. gr. gjaldþrotalaga ekki komið fram gegn varastefnda. Viðskiptin sem leitað sé riftunar á hafi alfarið verið milli stefnanda og aðalstefnda. Aðalstefndi hafi þannig komið fram sjálfur og í eigin nafni í viðskiptum sínum bæði við stefnanda og varastefnda og selt hlutdeildina í allsherjarskuldabréfinu fyrir eigin reikning. Þá sé með málshöfðun gegn varastefnda krafist riftunar á greiðslu að fjárhæð 858.673,03 evrur til varastefnda þegar fyrir liggur að sú greiðsla var innt af hendi til aðalstefnda. Sú greiðsla sem stefnandi leitist við að rifta hafi því aldrei átt sér stað og því beri þegar af þeirri ástæðu að sýkna varastefnda.

Í þessu sambandi vekur sakaukastefndi athygli á því að í stefnu er ekki byggt á 146. gr. gjaldþrotalaga sem veitir þrotabúi heimild til þess að beina riftunarkröfu að

þriðja aðila. Varastefndi byggir einnig á því að skilyrði þess ákvæðis séu heldur ekki fyrir hendi þar sem varastefndi hafi ekki búið yfir neinni vitneskju um þær aðstæður sem riftunin byggist á, enda hafi hann ekki vitað af því að aðalstefndi myndi selja stefnanda hlutdeildina .

Að þessu frágengnu byggir varastefndi sýknukröfu sína á því að íslensk gjaldþrotalög eigi ekki við um viðskiptin og því sé ekki unnt að rifta greiðslunni. Því til stuðnings vísar varastefndi til þess að í XII. kafla laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki (ffl.), sé fjallað um endurskipulagningu fjárhags, slit og samruna fjármálafyrirtækja. Ákvæði kaflans eigi rætur að rekja til tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2001/24/EB frá 4. apríl 2001 (tilskipunin). Varastefndi vísar til þess að í 1. mgr. 104. gr. ffl. sé mælt fyrir um að taki dómstóll hér á landi ákvörðun um slit lánastofnunar sem hafi staðfestu hér á landi skuli réttarframkvæmd, málsmeðferð og framkvæmd þeirrar ákvörðunar lúta íslenskum lögum, þó með þeim takmörkunum sem greini í 2. mgr. 99. gr. laganna. Í 1-lið 2. mgr. 99. gr. laganna komi fram að viðskipti á skipulegum verðbréfamarkaði skuli fara eftir lögum þess ríkis sem gildi um samninginn um þau viðskipti. Eins og ráða megi af formála tilskipunarinnar sé þetta frávík frá meginreglunni, um að lög heimalandsins gildi, sett til þess að vernda „helleika skipulagðra markaða sem starfa í samræmi við lög aðildarríkis þar sem viðskipti eru með fjármálagerninga“.

Varastefndi kveður það ágreiningslaust að allsherjarskuldbréfið hafi verið skráð á skipulegan verðbréfamarkað kauphallarinnar í Lúxemborg. Þau viðskipti sem hér um ræði hafi þó átt sér stað „yfir borðið“, en ekki farið í gegnum kerfi kauphallar Lúxemborgar. Það breyti hins vegar engu í þessu sambandi, enda hafi skuldbréfið verið skráð þar á markað og lotið öllum reglum sem gilda um slík skráð verðbréf, þ. á m. upplýsingaskyldu til kauphallarinnar, reglum um innherjaupplýsingar og viðskipti innherja o.fl. Varastefndi bendir enn fremur á að upprunalegur enskur texti 27. gr. tilskipunarinnar vísi til viðskipta sem eigi sér stað í tengslum við eða í samhengi við skipulegan verðbréfamarkað (e. in the context of a regulated market), en ekki aðeins til viðskipta sem fari fram í gegnum kerfi hins skipulega markaðar. Umrædd viðskipti falli undir verndarandlag undantekningar 1-liðar 2. mgr. 99. gr. ffl. Því verði íslenskum gjaldþrotalögum ekki beitt í málinu, enda segi í skilmálum skuldbréfanna að ensk lög gildi um þau, nema hvað varði afmarkaða þætti sem ekki skipti máli hér. Þá hafi bréfið verið skráð á skipulegan verðbréfamarkað í Lúxemborg. Viðskiptin hafi þar af leiðandi ekki haft nein slík tengsl við íslensk lög að íslenskar lagaskilareglur valdi því að íslensk lög geti átt við. Þar sem íslensk lög hafi ekki átt við um viðskiptin verði ekki byggt á reglum íslenskra gjaldþrotalaga til að rifta þeim. Stefnandi hafi ekki gert neinn reka að því að sýna fram á að viðskiptin kunni að vera riftanleg samkvæmt enskum lögum eða

þá lögum Lúxemborgar. Því beri að sýkna varastefnda af kröfum stefnanda.

Varastefndi byggir að þessu frágengnu á því að ekki sé unnt að beita riftunarreglum íslenskra gjaldþrotalaga um viðskiptin þar sem þau hafi falið í sér endanlegt uppgjör í viðurkenndum greiðslu- og verðbréfauppgjörskerfum hjá Euroclear og Clearstream, Lúxemborg. Í greinargerð vísar varastefndi í þessu sambandi til m-liðar 2. mgr. 99. gr. ffl. þar sem fram komi að um greiðslu- og uppgjörsfyrirmæli í greiðslu- og uppgjörskerfum fari eftir lögum þess ríkis sem gilda um viðkomandi kerfi. Varastefndi bendir á að ákvæðið, sem hafi orðið að lögum nr. 130/2004, sé í samræmi við formála tilskipunar 2001/24/EB og ákvæði laga nr. 90/1999, um öryggi fyrirmæla í greiðslukerfum og verðbréfauppgjörskerfum. Í téðum formála komi fram að viðskipti sem fari fram sem liður í greiðsluuppgjörskerfi falli undir tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/26/EB um endanlegt uppgjör í greiðsluuppgjörskerfum og uppgjörskerfum fyrir verðbréf.

Varastefndi vitnar enn fremur til 16. liðar aðfaraorða fyrrgreindrar tilskipunar 98/26/EB þar sem komi fram að gjaldþrotameðferð eigi ekki að hafa afturvirk áhrif á réttindi og skyldur þátttakenda í kerfi. Í 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar segi að greiðslufyrirmæli, svo og greiðslujöfnun, skuli hafa réttaráhrif og vera bindandi gagnvart þriðju aðilum, jafnvel þó að bú þátttakanda sé tekið til gjaldþrotaskipta, enda hafi greiðslufyrirmælin verið komin inn í kerfið áður en gjaldþrotaskipti hafi verið hafin. Þá segi í 2. mgr. sömu greinar tilskipunarinnar að engin lög, fyrirmæli, regla eða venja um ógildingu samninga og færslna sem hafi átt sér stað áður en gjaldþrotaskiptin hefjist megi leiða til þess að greiðslujöfnun sé afturkölluð.

Varastefndi vísar til þess að lög nr. 90/1999, um öryggi fyrirmæla í greiðslukerfum og verðbréfauppgjörskerfum, með síðari breytingum, hafi innleitt ákvæði tilskipunar 98/26/EB að meginstefnu í íslenskan rétt. Í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögunum komi fram að meginmarkmið frumvarpsins sé að vernda afmarkaðan hluta fjármálakerfisins gegn því að unnt sé að beita riftunarreglum laga um gjaldþrotaskipti o.fl. við uppgjörð sem þar hafi átt sér stað, enda hafi greiðslufyrirmæli verið komin til greiðslukerfisins áður en úrskurður um gjaldþrot hafi verið kveðinn upp.

Varastefndi vísar til þess að viðskipti með hlutdeildir í allsherjarskuldabréfinu hafi verið gerð upp í gegnum greiðslujöfnunarstöðvarnar Euroclear eða Clearstream. Báðar þessar greiðslujöfnunarstöðvar séu viðurkennd greiðslukerfi og uppgjörskerfi fyrir verðbréf í skilningi 10. gr. tilskipunar 98/26/EB. Ákvæði m-liðar 2. mgr. 99. gr. ffl. sé skýrt um að greiðslu- og uppgjörsfyrirmæli í greiðslu- og uppgjörskerfum skuli fara eftir lögum þess ríkis sem gildi um viðkomandi kerfi. Því skuli farið eftir lögum Lúxemborgar eða Belgíu um áhrif og gildi greiðslufyrirmæla

ef bú þátttakenda í kerfi er tekið til gjaldþrotaskipta. Í báðum þessum ríkjum hafi tilskipunin verið innleidd. Kveður varastefndi að riftun sé ekki heimil samkvæmt lögum þessara ríkja.

Fallist dómurinn ekki á framangreint byggir sakaukastefndi á því að riftunarreglum gjaldþrotalaga verði samt sem áður ekki beitt um viðskiptin með vísan til n-liðar 2. mgr. 99. gr. ffl. Samkvæmt ákvæðinu verði löggerningur ekki ógiltur ef sá sem hag hefur af því að slíkur löggerningur haldi gildi sínu leggur fram fullnægjandi sönnun um að lög annars ríkis eigi að gilda um löggerninginn og þar sé ekki að finna ógildingarreglu sem taki til þess tilviks sem um ræðir. Varastefndi tekur fram að í frumvarpi með lögum nr. 78/2011, um breyting á lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki með síðari breytingum, (slit, eftirlit, innleiðing), sé sérstaklega tekið fram að um sé að ræða innleiðingu á 30. gr. framangreindrar tilskipunar 2001/24/EB.

Varastefndi byggir á því að ákvæði þetta taki meðal annars til þess þegar mál sé höfðað til riftunar á ráðstöfunum fjármálafyrirtækis við slit þess. Þá vísar hann til þess að ensk lög hafi átt að gilda samkvæmt skilmálum allsherjarskuldabréfsins og um lögskipti á grundvelli þess. Því eigi ensk lög að gilda í því tilviki sem hér um ræði. Þá hafi viðskiptin átt sér stað með símtali. Þar sem ekki hafi verið um annað samið verði að líta svo á að viðskipti með hlutdeild í allsherjarskuldabréfinu hafi átt að lúta sömu lögum og samið hafi verið um að giltu um allsherjarskuldabréfið, sbr. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 43/2000, um lagaskil á sviði samningaréttar. Hafi verið um uppgreiðslu að ræða þá lúti hún enskum lögum. Sú niðurstaða leiði því einnig til þess að ensk lög gildi um hina ætluðu riftanlegu ráðstöfun.

Varastefndi byggir á því að greiðslunni verði samkvæmt framansögðu ekki rift þar sem hún sé ekki riftanleg samkvæmt enskum lögum. Bendir varastefndi í því sambandi á að ákvæði 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna frá 1986 um viðskipti á undirverði geti ekki átt við þar sem viðskiptin hafi átt sér stað á markaðsverði og aðilar verið í góðri trú. Þá geti ákvæði 239. gr. ensku gjaldþrotalaganna um mismunun ekki heldur átt við þar sem stefnandi hafi ekki verið að reyna að koma varastefnda í betri stöðu en öðrum. Í greinargerð varastefnda er áskilinn réttur til þess að leggja fram frekari gögn og álit sem lýsi enskum réttarreglum sem geti átt við um ráðstöfunina.

Að þessu frágengnu byggir varastefndi á því að íslenskar lagaskilareglur leiði engu að síður til þess að íslensk lög geti ekki gilt um viðskiptin. Í því tilviki telur varastefndi að lög Lúxemborgar eigi að gilda þar sem samningurinn um viðskiptin hafi haft sterkust tengsl við það land, sbr. 2. málslið 5. mgr. 4. gr. laga nr. 43/2000. Því til stuðnings bendir varastefndi á að allsherjarskuldabréfið hafi verið skráð á skipulegum verðbréfamarkaði í Lúxemborg. Þá hafi viðskiptin og greiðslan vegna

þeirra verið framkvæmd í gegnum greiðslujöfnunarstöðvarnar Euroclear í Belgíu og Clearstream í Lúxemborg, auk þess sem umboðsmaður greiðslna, Deutsche Bank Luxembourg S.A., hafi verið í Lúxemborg. Þar sem greiðslan sé ekki ríftanleg samkvæmt lögum í Lúxemborg beri því að sýkna varastefnda.

Verði ekki fallist á að viðskiptin hafi mest tengsl við lög Englands eða Lúxemborgar telur varastefndi að lög Ítalíu eða Portúgals eigi að gilda um viðskiptin, þar sem aðalstefndi og varastefndi hafi höfuðstöðvar þar. Þar sem ósannað sé að unnt sé að rífta viðskiptunum samkvæmt lögum þeirra ríkja telur varastefndi að það beri að sýkna hann.

Fallist dómurinn ekki á framangreint á byggir varastefndi á því að ekki hafi verið um uppgreiðslu á skuld að ræða. Telur hann gögn málsins staðfesta að viðskiptin hafi falið í sér kaup á hlutdeild í allsherjarskuldabréfi sem hafi verið skráð á skipulögðum verðbréfamarkaði þar sem uppgjör hafi farið fram með hefðbundnum hætti. Þá mótmælir varastefndi því að með kaupunum hafi skuld á grundvelli allsherjarskuldabréfsins fallið niður fyrir samruna réttinda og skyldna. Telur varastefndi að það samræmist ekki skilmálum allsherjarskuldabréfsins.

Þessu til stuðnings vísar varastefndi til 6. kafla skilmála allsherjarskuldabréfsins. Samkvæmt þessum ákvæðum sé einungis heimilt að innleysa eða greiða skuldabréfin upp við sérstakar aðstæður og að fengnu samþykki íslenska Fjármálaeftirlitsins, sbr. 8. mgr. 84. gr. þágildandi laga um fjármála fyrirtæki nr. 161/2002. Þær aðstæður sem fram komi í skilmálunum hafi ekki átt við um þau viðskipti sem hér um ræðir. Þá segi í 4. mgr. 6. gr. skilmálanna að útgefandi eða dótturfélög útgefanda geti hvenær sem er, að fengnu samþykki íslenska Fjármálaeftirlitsins, keypt skuldabréfin á hvaða hátt sem er og hvaða verði sem er og að þá beri að afskrá þau.

Varastefndi telur að af þessum ákvæðum verði ráðið að gerður sé greinarmunur á kaupum, afskráningu og uppgreiðslu (innlausn) skuldabréfanna. Einungis hafi verið heimilt að greiða skuldabréfin upp við tilteknar aðstæður og á verði samkvæmt ákvæði 6. mgr. 6. gr. skilmálanna. Þá hefði þurft að tilkynna vörsluáðila skuldabréfanna og uppgjörskerfum hafi þau verið greidd upp samkvæmt kafla 11 í skilmálunum. Jafnframt hefði stefnandi þurft að afskrá skuldabréfin í samvinnu við umboðsmann greiðslna til þess að fella niður þá skuld sem stofnað hafi verið til með skuldabréfunum. Um það vísar varastefndi til umsýslusamnings stefnanda og umboðsmanns greiðslna. Samkvæmt þessu geti skuldabréfin ekki talist uppgreidd við það að þau hafi verið keypt af útgefanda. Stefnandi hafi viðurkennt að hann hafi ekki óskað afskráningar og fjárhæð þeirra sé enn þá útistandandi. Því geti ekki verið um að ræða fyrirframgreiðslu eða uppgreiðslu skuldabréfa, aðeins kaup á viðskiptabréfi á markaði sem hafi verið gerð á markaðsverði.

Þessu til frekari stuðnings bendir varastefndi á að einungis lítill hluti umræddra viðskipta hafi verið af heildarnafnverði skuldabréfaútgáfunnar, eða 1.500.000 evrur gagnvart 150 milljónum evra. Það gefi til kynna að um staðgreiðsluviðskipti hafi verið að ræða en ekki uppgreiðslu. Vísar varastefndi til þess að samkvæmt skilmálum allsherjarskuldabréfsins hefði stefnandi þurft að kaupa upp alla skuldabréfaútgáfuna við uppgreiðslu. Þess vegna geti ekki komið til álita að beita 134. gr. laga nr. 21/1991. Þá bendir varastefndi á að greiðslan hafi verið greiðsla á kaupverði fyrir tiltekin verðmæti, framseljanlegan fjármálagerning, en ekki greiðsla á skuld.

Varastefndi byggir einnig á því að ekki hafi verið til staðar hefðbundið skuldarsamband milli hans og stefnanda meðan hann var eigandi hlutdeildarinnar. Vísar varastefndi um það til skilmála allsherjarskuldabréfsins í útgáfulýsingu, einkum 6. mgr. 1. gr., en samkvæmt því hafi eigandi hlutdeildar í allsherjarskuldabréfi ekki getað krafist útgefanda um greiðslu á grundvelli þess. Hafi hann einungis getað beint slíkri kröfu að Euroclear eða Clearstream, sbr. einnig 3. mgr. 5. gr. útgáfulýsingarinnar. Því byggir varastefndi á því að á þessum tíma hafi hann ekki átt kröfu á hendur stefnanda um greiðslu skuldabréfanna.

Varastefndi vísar einnig til þess að við mat á því hvort um greiðslu á skuld hafi verið að ræða verði að líta til þess að ef litið er á kaup útgefanda á eigin skuldabréfum sem uppgreiðslu slíkra bréfa að íslenskum lögum sé íslenskum skuldabréfaútgefendum ómögulegt að stunda viðskiptavakt með eigin bréf eða eiga viðskipti með þau yfirhöfuð án þess að hætta sé á að slíkum ráðstöfunum yrði rift. Slík niðurstaða yrði til þess að draga verulega úr öryggi í viðskiptum með skuldabréf sem skráð séu á skipulegum mörkuðum. Þá ættu íslenskir útgefendur jafnframt á hættu að brjóta skilmála útgáfulýsinga í hvert sinn sem þeir ættu í slíkum viðskiptum.

Varastefndi vísar enn fremur til þess að ekki sé unnt að beita reglu íslensks réttar um að skuld teljist uppgreidd þegar réttindi og skyldur komist á sömu hendur um umrædd skuldabréf þar sem ensk lög gilda um þau, sbr. 1. mgr. 15. gr. skilmála þeirra í útgáfulýsingu. Þá bendir varastefndi á að stefnandi hafi ekki komið fram sem skuldari í umræddum viðskiptum heldur sem fjárfestir. Þá hafi varastefndi heldur ekki átt kröfu á hendur útgefanda allsherjarskuldabréfsins. Meginregla íslensks fjármunaréttar um samruna réttinda og skyldna eigi því ekki við. Jafnvel þótt almennt yrði talið að skuldarsamband hefði verið milli aðila þá telur varastefndi að heimilt sé að víkja frá slíku í máli þessu þar sem við kaup útgefanda á eigin skuldabréfi verði ekki óhákvæmilega samruni réttinda og skyldna þannig að kröfuréttindum ljúki. Vísar varastefndi því til stuðnings til þess að skilmálar skuldabréfaútgáfunnar geri ráð fyrir að útgefandi geti sjálfur keypt skuldabréf án

Þess að um uppgreiðslu skuldar sé að ræða. Í þeim tilvikum sé ekki við það miðað að kröfuréttindunum ljúki fyrr en bréfið sé afskráð með sérstökum hætti. Ekki skipti máli í því sambandi hvernig stefnandi hafi fært viðskiptin í sínu bókhaldi.

Telji dómurinn engu að síður að um greiðslu á skuld hafi verið að ræða byggir varastefndi á því að sú greiðsla hafi ekki átt sér stað fyrr en eðlilegt var. Vísar varastefndi í því efni til þess að samkvæmt skilmálum útgáfunnar, sbr. 4. mgr. 6. gr. hennar, hafi verið kveðið á um að útgefandinn og dótturfélög hans gætu keypt skuldabréfin hvenær sem var og á hvaða verði sem var. Hann hafi því ekki verið bundinn af því að greiða skuldabréfið á lausnardegi.

Varastefndi byggir sýknukröfu sína enn fremur á því að viðskiptin hafi verið eðlileg eftir atvikum og því ekki riftanleg á grundvelli 134. gr. laga nr. 21/1991. Í þessu sambandi leggur varastefndi áherslu á að ákvæðinu sé ætlað að taka til greiðslna sem séu óvenjulegar í sjálfu sér eða fari fram við óvenjulegar aðstæður og sé því ætlað að leiðrétta óeðlilegar ráðstafanir þar sem skuldari hafi brugðist trúnaði við kröfuhafa sína og varna því að hann leitist við að ívilna einum kröfuhafa á kostnað annarra.

Varastefndi vísar til þess að endurkaup útgefinna skulda fjármálafyrirtækis sé ekki óvenjuleg ráðstöfun. Það geti verið mat útgefanda að slík viðskipti séu honum hagstæð. Varastefndi tekur fram að stefnandi hafi tekið á árinu 2008 upp yfirlýsta stefnu um að kaupa að nýju útgefin skuldabréf, eins og ráða megi af afkomutilkynningu stefnanda 30. apríl 2008. Sú stefna hafi verið reist á viðskiptalegum forsendum, enda hafi stefnandi þannig getað fjármagnað rekstur sinn með ódýrari hætti í formi innlána. Þá hafi það verið hagstætt að kaupa aftur skuldabréf á verði sem hafi verið lægra en uppgreiðsluverð þeirra.

Varastefndi tekur fram að ákvæði um endurkaup og uppgreiðslu skuldabréfa fyrir gjalddaga séu til þess fallin að veita útgefanda svigrúm um það hvernig hann hagar fjármögnun sinni. Slík ákvæði séu ekki óeðlileg í sjálfu sér. Þar sem stefnandi hafi talið það fjárhagslega hagstætt að ráðast í þessi endurkaup falli beiting endurkaupaheimildar utan gildissviðs riftunarreglu 134. gr. laga nr. 21/1991, enda séu slík viðskipti eðlileg eftir atvikum.

Þá mótmælir varastefndi þeirri fullyrðingu, sem fram komi í stefnu, að til þess að viðskiptin geti talist venjuleg eftir atvikum hefðu þau m.a. þurft að vera venjuleg í viðskiptum milli aðila. Varastefndi bendir á að í þessu sambandi sé fráleitt að líta eingöngu til viðskiptasambands stefnanda og aðalstefnda að þessu leyti, hvað þá til afleidds sambands við varastefnda, heldur þurfi að líta til þess hvort endurkaup á skuldabréfum hafi verið venjuleg í starfsemi stefnanda og annarra fjármálafyrirtækja yfirhöfuð. Þar áréttar varastefndi að það hafi verið yfirlýst stefna stefnanda að kaupa eigin bréf til baka og að hann hafi höfðað fjölda riftunarmála

vegna endurkaupa á útgefnum skuldabréfum sínum. Það eitt sýni að stefnandi, sem og önnur fjármálafyrirtæki hér á landi hafi verið mjög virk á markaði með eigin skuldabréf. Viðskiptin hafi þannig verið venjuleg í starfsemi stefnanda, þó svo að hann hafi ekki átt í öðrum slíkum viðskiptum við aðalstefnda eða varastefna. Máli sínu til enn frekari stuðnings bendir aðalstefndi á að endurkaup útgefninga skulda séu alvanaleg í starfsemi fjármálafyrirtækja, óháð fjárhagslegri stöðu þeirra.

Varðandi fullyrðingu stefnanda um að huglæg afstaða aðalstefnda skipti engu máli fyrir riftun greiðslunnar, bendir varastefndi á að þrátt fyrir að 134. gr. sé ætlað að vera hlutlæg riftunarregla, þá geti huglæg afstaða kröfuhafa engu að síður komið til skoðunar við mat á því hvort viðskiptin hafi verið eðlileg eftir atvikum. Í því sambandi bendir varastefndi á að hann hafi ekki átt í viðskiptum við stefnanda heldur aðalstefnda og að þau hafi verið venjuleg í alla staði. Þá hafi varastefndi verið grandlaus um síðari viðskipti aðalstefnda og stefnanda hvað þá um fjárhagslega stöðu stefnanda. Í málinu liggja ekki annað fyrir en að aðalstefndi hafi verið í góðri trú um viðskipti sín og stefnanda. Þá liggja ekkert fyrir um að stefnandi hafi ætlað að ívilna aðalstefnda, hvað þá varastefnda.

Varastefndi bendir á að stefnandi hafi enn þá verið í rekstri þegar greiðslan hafi átt sér stað og tiltækar upplýsingar um stefnanda hafi ekki gefið til kynna að hann stæði höllum fæti. Vísar varastefndi þar m.a. til lánshæfismats matsfyrirtækja sem og aðgerða íslenskra stjórnvalda sem hafi miðað að því að fullvissa fjármálamarkaðinn um að staða íslensku bankanna væri traust. Hafi Fjármálaeftirlitið m.a. birt niðurstöðu álagsprófs 14. ágúst 2008 sem hafi bent til þess að eiginfjárstaða stefnanda væri sterk og gæti þolað töluverð áföll. Varastefndi vísar einnig til fréttar Fjármálaeftirlitsins 18. september 2008 um áhrif gjaldþrots Lehman Brothers á fjármálakerfið á Íslandi.

Telji dómurinn eftir sem áður að viðskiptin gætu verið riftanleg að íslenskum lögum byggir varastefndi á því að honum verði ekki gert að greiða stefnanda fjárhæðina enda sé endurgreiðslukrafan algerlega vanreifud. Ekki sé gerð grein fyrir því á hverju endurgreiðslukrafan byggist og hvernig varastefnda verði gert að greiða stefnanda þegar hann hafi aldrei móttengið greiðslu frá stefnanda. Í stefnu á hendur varastefnda sé tekið fram að hann hafi auðgast um 858.673.03 evrur þegar það liggja fyrir í gögnum málsins að varastefndi hafi fengið 843.673,03 evrur vegna viðskipta sinna við aðalstefnda og að hann hafi ekki verið aðili að viðskiptum stefnanda og aðalstefnda.

Varastefndi mótmælir enn fremur dráttarvaxtakröfu stefnanda. Í fyrsta lagi geti hann ekki greitt dráttarvexti af stefnufjárhæðinni þegar fyrir liggja að varastefndi hafi fengið aðra og lægri fjárhæð greidda frá aðalstefnda. Í öðru lagi hafnar varastefndi því að honum beri að greiða dráttarvexti frá málshöfðunardegi sakauka

til greiðsludags, sbr. 4. mgr. 5. gr. laga nr. 38/2001. Verði fallist á dómkröfur stefnanda byggir varastefndi á því að honum beri eingöngu að greiða dráttarvexti í fyrsta lagi frá dómsuppsögudegi, sbr. 2. málslíð 9. gr. sömu laga.

Varastefndi áréttar að í kröfu um sýknu felist einnig krafa um lækkun á kröfu stefnanda. Sú krafa sé reist á sömu málsástæðum og sýknukrafan. Til viðbótar byggir varastefndi á 145. gr. laga nr. 21/1991. Því til stuðnings vísar hann til þess að sakaukastefndi hafi ekki haft nokkra hugmynd um síðari viðskipti aðalstefnda við stefnanda. Yrði varastefnda gert að greiða stefnanda stefnufjárhæðina hefði það í för með sér beint tjón fyrir varastefnda. Varastefndi yrði þá í raun látinn gjalda fyrir það að greiðslu milli aðalstefnda og stefnanda sé rift, vegna viðskipta sem hann hafi ekki vitað af og hafi farið fram fyrir mörgum árum síðan. Væri slík greiðsla varastefnda svo miklum erfiðleikum bundin að ósanngjarnt megi teljast í ljósi atvika.

Því til viðbótar vísar varastefndi til þess að honum verði ekki gert að endurgreiða stefnanda alla dómkröfuna. Bendir varastefndi á að í 142. gr. laga nr. 21/1991 komi fram að fari riftun fram með stoð í 131. til 138. gr. laganna skuli sá sem hag hafði af riftanlegri ráðstöfun eða fullnustugerð greiða þrotabúinu fé sem svari til þess sem greiðsla þrotamanns hafi orðið honum að notum. Krafan sé þannig krafa um endurgreiðslu auðgunar, en ekki skaðabótakrafa. Í þessu sambandi bendir varastefndi á að hann hafi aðeins tekið við 843.673,03 evrum frá aðalstefnda og geti auðgun hans einungis numið þeirri fjárhæð.

Um lagarök vísar varastefndi til framangreindra lagagreina sem raktar eru í greinargerð hans. Kröfu sína um málskostnað styður varastefndi við 129. gr. og 130. gr. laga nr. 91/1991.

#### IV

Í þinghaldi í máli þessu 19. desember 2013 var á það bent að Héraðsdómur Reykjavíkur hefði með úrskurði 7. nóvember sama ár leitað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í máli nr. E-1880/2012 (Landsbankinn gegn Meryll Lynch International) um það hvernig bæri að skýra 1. mgr. 30. gr. tilskipunar nr. 2001/24/EB, sem stefndu í máli þessu hafa báðir stutt málsvörn sína við.

Hinn 17. október 2014 kvað EFTA-dómstóllinn upp dóm í tilefni af fyrrgreindri beiðni Héraðsdóms Reykjavíkur. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að orðalag 1. mgr. 30. gr. framangreindrar tilskipunar um ógildi, ógildanleika eða skort á réttarvernd vísaði einnig til riftunar samkvæmt gjaldþrotarétti á grundvelli reglna um undanskot eigna frá gjaldþrotaskiptum, eins og þeirra sem væru í XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Þeim sem hefði hag af löggerningi, sem teldist skaðlegur öllum lánardrottnum, bæri samkvæmt ákvæðinu að sanna að engin

úrræði væru tiltæk, eða að engin úrræði væru lengur tiltæk, til að vefengja viðkomandi gerning, hvort sem efnislegar ástæður eða ástæður er lúta að málsmeðferð væru þess valdandi. Þyrfti sérstakt mat að fara fram á viðkomandi löggerningi hverju sinni. Þótt almennt séð væri unnt að vefengja gerninginn samkvæmt lögum þess EES-ríkis sem ætti við um hann, myndi þeim sem hag hefur af honum nægja að sýna fram á að skilyrði fyrir slíkri vefengingu væru ekki uppfyllt í þessu tiltekna máli. Það færi hins vegar eftir reglum heimaáðildarríkis hvort þeim sem hefur hag af löggerningnum hefði tekist að sanna að lögin, sem eigi við um gerninginn, veiti engin úrræði til að vefengja hann.

Í þinghaldi í málinu 4. desember 2014 áskildu stefndu sér rétt til þess að afla matsgerðar um tilvist og efni erlendra réttarreglna sem á reynir í málinu að þeirra mati. Í þinghaldi 24. apríl 2015 lagði aðalstefndi fram beiðni um dómkvaðningu matsmanns, sérfræðings í enskum gjaldþrotalögum, til að svara eftirfarandi matsspurningum:

1. Í samhengi við útgáfu á allsherjarskuldabréfum, hvaða reglur gilda í enskum rétti um stofnun skuldasambands og niðurfellingu kröfu vegna samruna réttinda og skyldna?
2. Hvaða reglur gilda í enskum rétti um það hvenær löggerningur er talinn vera skaðlegur kröfuhöfum?
3. Ef löggerningur er talinn vera skaðlegur kröfuhöfum, hvaða reglur gilda í enskum rétti sem heimila að slíkir gerningar séu vefengdir?
4. Þess er óskað að matsmaður geri sérstaka grein í svörum sínum við spurningum nr. 1, 2 og 3, fyrir tilvist og efni framangreindra enskra réttarreglna við þær kringumstæður þegar fjármálafyrirtæki, sem er útgefandi allsherjarskuldabréfs, með sömu skilmálum og greinir í dómskjali nr. 5 hefur keypt hlutdeildarkröfu í eigin allsherjarskuldabréfi fyrir lokauppgjörsdag þess.

Í næsta þinghaldi, 28. maí 2015, var Richard Sheldon QC, dómkvaddur til þess að semja skriflega og rökstudda matsgerð þar sem framangreindum spurningum yrði svarað. Í þinghaldi 14. október sama ár var upplýst að matsmaðurinn gæti ekki unnið að matsgerð þessari og var þá óskað eftir því að nýr matsmaður yrði dómkvaddur. Í þinghaldi 22. október 2015 var David Chivers QC dómkvaddur til þess að framkvæma umbeðið mat. Matsgerð hans var lögð fram í málinu 1. nóvember 2016 ásamt þýðingu löggilts skjalapýðanda á henni.

Í matsgerðinni fjallar matsmaðurinn, í svari sínu við fyrstu spurningu, almennt um uppbyggingu skuldabréfanna og vísar þar að eðli kröfuhafasambandsins samkvæmt skilmálum þeirra út frá reglum ensks kröfuréttar. Þá er þar gerð grein fyrir áhrifum þess samkvæmt skilmálunum ef útgefandi kaupir sjálfur hlutdeild í allsherjarskuldabréfinu. Í því sambandi er meðal annars vakin athygli á því að við slík endurkaup skuli ógilda skuldabréfið sem því nemur. Hluti upphaflegu skuldarinnar verði þannig ekki lengur gjaldkræfur og að því leyti sé rétt af

stefnanda að bókfæra hana sem lækkun skulda. Stefnandi væri „ekki lengur í skuld við sameiginlega vörsluáðilann sem nemur virði hins keypta skuldabréfs“, eins og segir í þýðingunni. Þessi áhrif byggðust hins vegar ekki á neinum reglum um samruna réttinda og skyldna, heldur samkomulagi um að skuldin skyldi ekki lengur teljast útistandandi.

Í svari við annarri og þriðju spurningu er í matsgerðinni vikið að ýmsum úrræðum samkvæmt enskum lögum sem geta leitt til þess að löggerningi verði vikið til hliðar og þá einkum að ákvæðum í enskum gjaldþrotalögum frá 1986. Þau ákvæði eru 238 gr. um viðskipti á undirvirði, 239 gr. um ívilnanir, 244 gr. um okurlánaviðskipti, 245 gr. um riftun tiltekinna fljótandi veða, og 423 gr. um viðskipti sem eru svíksamleg gagnvart kröfuhöfum. Fram kemur að matsmaður telji ólíklegt að 244. gr. og 245. gr. laganna hafi þýðingu fyrir álitæfni þessa máls og því víkur hann aðeins stuttlega að þeim. Í matsgerðinni er síðan fjallað sérstaklega um 238. gr., 239. gr. og 423. gr. gjaldþrotalaganna sem komi helst til álita.

Í matsgerðinni kemur fram að það sé skilyrði þess að víkja löggerningi til hliðar á grunni 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna að félagið sé í gjaldþrotaskiptum eða greiðslustöðvun. Enn fremur að félagið hafi stundað viðskipti á undirvirði og jafnframt að viðskiptin hafi verið gerð á viðeigandi tíma. Félag sé talið hafa stundað viðskipti á undirvirði ef um gjöf er að ræða eða að það stundi annars konar viðskipti við viðkomandi með skilmálum sem fela í sér að félagið fái ekkert endurgjald eða ef félagið stundar viðskipti við viðkomandi „gegn endurgjaldi sem er umtalsvert verðminna, metið til fjár eða ígildis fjár, en endurgjaldið, metið til fjár eða ígildis fjár, sem félagið lét í té“. Í matsgerð er vikið að því hvað átt sé við með því að endurgjald sé umtalsvert verðminna meðal annars með eftirfarandi umfangi: „Ef annað kemur ekki til er virði eignar ekki talið lægra en fjárhæðin sem sæmilega vel upplýstur kaupandi væri reiðubúinn að greiða fyrir hana í viðskiptum ótengdra aðila. Ef markaður er til staðar með eignir af þeirri gerð sem um ræðir er markaðsverðið yfirleitt talið endurspeglar virði eignarinnar. Venjulega er þetta metið á grundvelli skýrslna sérfræðinga. Það er í verkahring dómstólsins að meta það sem sérfræðingarnir hafa fram að færa og ákvarða hið rétta virði (eða, ef það er ekki mögulegt, hið rétta verðbil) eignar eða skuldbindingar. Hins vegar, ef eign er seld á frjálsum markaði eftir að hún hefur verið auglýst og markaðssett með tilhlýðilegum hætti, er söluvirðið yfirleitt talið endurspeglar markaðsvirði eignarinnar á söludeginum.“

Síðan fjallar matsmaður í nokkuð löngu máli um það hvernig mat sé lagt á hvort um undirvirði sé að ræða þegar félag kaupir til baka skuldir sínar. Þar er meðal annars vakin athygli á því að ekki hafi reynt á þetta atriði fyrir enskum dómstólum. Það sé til að mynda ekki ljóst hvort virði sé þá metið út frá

efnahagsreikningi félagsins eða frá sjónarhóli kröfuhafa félagsins. Telur matsmaður að enskur dómstóll myndi svara spurningunni „frá sjónarhóli annarra kröfuhafa en ekki á grundvelli óhlutbundinnar efnahagsreikningsgreiningar“. Telur hann að skoða verði spurninguna um virði „með tilliti til áhrifa viðskiptanna á kröfuhafa“. Séu áhrifin „hlutlaus eða jákvæð er ekki um að ræða undirvirði. Ef áhrifin eru neikvæð er um að ræða undirvirði“. Í þessu sambandi segir síðan orðrétt í matsgerðinni:

84. Það kann að vera mikilvæg spurning hvort dómstóllinn muni líta til eftirfarandi þrotameðferðar félagsins við mat á virði skulda félagsins á (fyrri) dagsetningu viðskiptanna. Með öðrum orðum, er rétt að dómstóllinn meti hver áhrif viðskiptanna hafi verið á kröfuhafa félagsins með tilliti til þess að félagið hefur verið tekið til eiginlegrar þrotameðferðar, eða aðeins á grundvelli þess hversu líkleg slík meðferð virtist vera á umræddum tíma. Við þessari spurningu eru engin skýr svör, en nálgun Scott lávaraðar í málinu *Phillips g. Brewin Dolphin* (sjá að ofan) bendir til þess að fyrri nálgunin sé rétt, þar sem dómstóllinn viðurkenndi að veruleikinn hefði meira vægi en hugsanlegar vangaveltur á umræddum tíma. Ennfremur er það tilgangur 238. greinar að líta aftur til tímabilsins fyrir hina eiginlegu þrotameðferð og leiðréttu viðskipti sem í reynd voru skaðleg kröfuhöfum.

Í matsgerðinni kemur fram að í reynd hafi „spurningin um hvort áframhaldandi rekstrarhæfi félagsins hafi virst tryggt á umræddum tíma eftir sem áður umtalsvert vægi“. Hafi þótt ástæða til að álykta á tíma viðskiptanna að þau „yrðu félaginu hagfelld (t.d. vegna þess að félagið taldi af sanngirni að það fengi fullt virði í tengslum við kaup sín á eigin skuld)“, þá kunni „tilteknar málsvarnir sem kveðið er á um í grein 238(5) að eiga við“.

Skilyrði um að viðskiptin hafi verið gerð á viðeigandi tíma lýtur samkvæmt matsgerðinni bæði að tíma og fjárhagslegri stöðu. Viðskipti teljast hafa verið gerð á viðeigandi tíma hafi þau átt sér stað á tveggja ára „tímabili sem lýkur við upphaf greiðsluþrots“ og félagið var „ófært, á dagsetningu viðskiptanna, um að greiða skuldir sínar eða varð ófært um að greiða skuldir sökum viðskiptanna („greiðsluþrotsskilyrðið“). Um síðara skilyrðið er í matsgerðinni vísað til greina 123(1) og 123(2) í gjaldþrotalögunum.

Samkvæmt fyrri málsgreininni segir í matsgerðinni að félag sé komið í greiðsluþrot ef „sannað er þannig að dómstóllinn telji viðunandi að félagið sé ófært um að greiða skuldir sínar þegar þær falla í gjalddaga“. Samkvæmt síðari málsgreininni sé félag einnig talið ófært um að greiða skuldir sínar ef „sannað er

þannig að dómstóll telji viðunandi að virði eigna félagsins sé lægra en fjárhæð skulda þess, að teknu tilliti til skilyrtra og síðari skulda“. Meta þurfi gjaldfærni miðað við þann tíma sem viðskiptin voru gerð. Þar sé notast við tvenns konar próf, annars vegar sjóðstreymisprófið, þar sem litið sé til allra skulda sem séu gjaldkræfar eða verði það í tiltölulega náninni framtíð, og hins vegar efnahagsreikningsprófið þar sem litið sé á eignir félagsins að teknu tilliti til síðari og skilyrtra skulda þess og metið hvort „óraunhæft sé að ætla að það geti greitt þessar skuldir“.

Í matsgerðinni er því næst gerð grein fyrir málsvörnum samkvæmt grein 238(5). Um það atriði segir þar:

103. Grein 238(5) gpl. 1986. Grein 238(5) gpl. 1986 kveður á um að dómstólar skuli ekki fallast á kröfu um úrskurð samkvæmt 238. grein vegna viðskipta á undirvirði ef hann telur víst að:

- (1) Félagið sem gerði viðskiptin hafi gert það í góðri trú sem lið í rekstri sínum, og
- (2) Það hafi haft réttmæta ástæðu til að ætla, á þeim tíma sem viðskiptin voru gerð, að þau myndu verða því hagfelld.

104. Jafnvel þótt málsvörnin sé háð því að félagið hafi framkvæmt viðskiptin viljandi og vitandi vits, þá þarf varnaraðilinn að sýna fram á að hún eigi við. Sönnunarbyrðin getur hins vegar færst yfir á skiptastjóran eða umsjónarmann greiðslustöðvunarinnar þegar varnaraðilinn hefur sýnt fram á að skilyrðum greinar 238(5) virðist fullnægt.

105. Prófið sem kveðið er á um í lið 238(5)(a) er bæði huglægt (góðri trú) og hlutlægt (sem lið í rekstri sínum). Í *Re Sarflax* málinu, sem varðaði eldri ákvæði, var niðurstaða dómstólsins sú að viðskipti sem félag gerir í tengslum við niðurlagningu starfsemi sinnar ættu að teljast viðskipti sem félagið gerir „sem lið í rekstri sínum“ í skilningi liðar 238(5)(b).

106. Prófið samkvæmt grein 238(5)(b) er alfarið huglægt og veltur ekki á eiginlegri niðurstöðu viðskiptanna fyrir félagið heldur á því hvort það hafi verið hlutlægar réttmætar forsendur til að telja, þegar viðskiptin voru gerð, að viðskiptin myndu verða félaginu hagfelld.

107. Viðskipti sem félag gerir til þess að tryggja áframhaldandi stuðning birgja kunna að falla undir vörnina samkvæmt ákvæðinu. Raunar geta

viðskipti af ýmsu tagi sem gerð eru í góðri trú og gætu annars talist hæpin, þ.m.t. viðskipti sem eru mótaðila félagsins hagfelldari vegna sterkari samningsstöðu hans fallið undir grein 238(5).

Í matsgerðinni er á sama hátt fjallað um heimild til að vefengja gerning á grundvelli ívilnunar samkvæmt 239. gr. ensku gjaldþrotalaganna. Þar kemur fram að skilyrði fyrir kröfu samkvæmt ákvæðinu séu að félagið sé í gjaldþrotaskiptum eða greiðslustöðvun, að það ívilni kröfuhafa eða ábyrgðarmanni eða ábyrgðaraðila skulda eða annarra skuldbindinga félagsins og að þegar ívilnunin hafi verið veitt hafi félagið verið „undir áhrifum löngunar“ til að ná fram þeirri niðurstöðu, sem og að ívilnunin hafi verið veitt á „viðeigandi tíma“.

Í matsgerðinni segir að félag teljist hafa ívilnað aðila ef umræddur aðili „er einn af kröfuhöfum félagsins eða ábyrgðarmaður eða ábyrgðaraðili einhverra skulda eða annarra skuldbindinga félagsins“ og að „félagið geri eitthvað eða lætur eitthvað viðgangast sem (í báðum tilvikum) hefur þau áhrif að setja umræddan aðila í betri stöðu við hugsanleg gjaldþrotaskipti en hann hefði verið í ef það sem gert var hefði verið látið ógert“. Í matsgerðinni er vikið að þessu nánar. Þar er m.a. tekið dæmi af því þegar félag semur eða á í viðskiptum með „réttindi skilyrta kröfuhafans á skilmálum sem eru hagstæðari fyrir skilyrta kröfuhafann en ef hann þyrfti að lýsa kröfu á grundvelli sömu réttinda við slit“. Kemur þar fram að bein kaup „slíkra réttinda væru dæmi um viðskipti sem myndu setja skilyrta kröfuhafann í betri stöðu við slit“. Af „því leiðir að kaup á skuldabréfi sem svarar til hlutdeildar í allsherjarskuldbréfi útgefnu af kaupandanum gætu talist ívilnun“ að því gefnu að skuldabréfaeigandinn sé skilyrtur kröfuhafi.

Í matsgerðinni er því næst fjallað um það skilyrði að félagið verði að hafa verið „undir áhrifum löngunar“ til að ívilna viðkomandi. Þar er vikið að tilgreindum dómum og sú ályktun dregin að sé ákvörðunin reist á „eðlilegum viðskiptalegum sjónarmiðum“ en ekki „af afdráttarlausri löngun til að bæta stöðu kröfuhafans ef til gjaldþrotaskipta kemur“ sé gerningurinn gildur. Því næst er því lýst að tilgangur 239. gr. gjaldþrotalaganna sé að standa vörð um jafnræði kröfuhafa. Þessu markmiði sé best náð ef löngun sérhvers umboðsmanns félagsins (e. any agent of the company) er eignuð félaginu í samræmi við almennar reglur um umboð.

Í matsgerðinni er gerð grein fyrir því hvað teljist vera „viðeigandi tími“ í samhengi 239. gr. ensku gjaldþrotalaganna. Það er á sex mánaða tímabili sem lýkur við upphaf greiðsluþrots eða á tveggja ára tímabili sem lýkur við upphaf greiðsluþrots enda ívilni félagið aðila sem er því tengdur. Í báðum tilvikum er jafnframt áskilið að þegar ívilnun er veitt „hafi félagið verið ófært um að greiða skuldir sínar eða hafi orðið ófært um að greiða skuldir vegna ívilnunarinnar

(„greiðsluþrotsskilyrðið“). Í matsgerðinni er vísað til fyrri umfjöllunar um þetta atriði. Þá kemur fram í matsgerðinni að þeir sem notið hafi ívilunar geti borið fyrir sig sömu málsvarnir og eiga við um viðskipti á undirvirði.

Í matsgerðinni er gerð grein fyrir þeim möguleika að beita 423. gr. gjaldþrotalaganna. Er á það bent að til að unnt sé að taka kröfu á þeim grundvelli til greina þurfi að sýna fram á að félagið hafi átt í viðskiptum á undirvirði og að sannað þyki að félagið hafi gert viðskiptin annaðhvort í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að aðili, sem hefur gert kröfu á hendur því eða kann að gera það síðar, nái til eigna félagsins, eða að skerða með öðrum hætti hagsmuni slíks aðila í tengslum við kröfu sem hann hefur gert eða kann að gera. Matsmaður vísar til fyrri umfjöllunar um viðskipti á undirvirði.

Til þess að viðskiptin hafi verið gerð í hinum tilskilda tilgangi segir í matsgerðinni að það nægi að hann hafi verið raunverulegur tilgangur, en ekki er áskilið að það sé eini tilgangurinn. Þá sé heimilt að fá viðskiptum hnekkt jafnvel þótt tilganginum hafi ekki verið náð.

Í matsgerðinni er vísað til fyrri umfjöllunar um mögulega „beitingu málsvarnar sem byggir á breyttri stöðu í tengslum við viðskipti á undirvirði“ og tekið fram að sömu sjónarmið gildi um úrskurði samkvæmt 423. gr. og 425. gr. gjaldþrotalaganna.

Að lokum er í matsgerðinni vikið að fyrirmælum enskra laga um riftun viðskipta gagnvart bönkum og fjármálastofnunum sem og reglum enskra félagalaga og dómafóðema um skyldu stjórnarmanna til að taka mið af hagsmunum kröfuhafa félags við tilteknar aðstæður.

## V

### *1. Almenn um ágreining aðila*

Eins og rakið hefur verið greiddi stefnandi 858.673,03 evrur með einni greiðslu 15. september 2008. Stefnandi hefur lagt fram svonefnda kaupnótu um þau viðskipti sem lágu að baki þessari greiðslu. Af þessari kvittun og öðrum gögnum málsins um umrædd viðskipti má ráða að aðalstefndi hafi selt stefnanda hlutdeild í allsherjarskuldaþréfi með auðkennisnúmerið ISIN nr. XS0194859277 að nafnverði 1.500.000 evrur. Kaupverðið nam 840.000 evrum, en með áföllnum vöxtum, er falla skyldu í hlut viðkomandi hlutdeildareiganda, samtals 18.673,03 evrur, nam fjárhæð kaupanna 858.673,03 evrum.

Stefnandi krefst riftunar á framangreindri greiðslu á grundvelli 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Ákvæði þetta gildir almennt við slit fjármálafyrirtækis samkvæmt 4. mgr. 103. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, sbr. 7. gr. laga nr. 44/2009, þegar ekki er sýnt að eignir þess muni

nægja til þess að efna skuldbindingar þess að fullu. Fyrirmæli 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 eru í XX. kafla laganna sem fjallar um riftun ráðastafana þrotamanns. Þar segir að krefjast megi riftunar á greiðslu skuldar á síðustu sex mánuðum fyrir frest dag ef greitt var með óvenjulegum greiðslueyri, fyrr en eðlilegt var eða greidd var fjárhæð sem hefur skert greiðslugetu þrotamannsins verulega, nema að greiðslan hafi virst venjuleg eftir atvikum. Stefnandi byggir á því að greiðslan sem krafist er riftunar á hafi falið í sér greiðslu skuldar sem innt hafi verið af hendi fyrr en eðlilegt var og að hún geti ekki talist eðlileg eftir atvikum.

## *2. Aðild til varnar*

Aðila greinir á um það að hverjum eigi að beina kröfunni. Stefnandi telur rétt að beina riftunar- og endurgreiðslukröfu að aðalstefnda þar sem hann hafi verið gagnaðili hans í viðskiptunum 10. september 2008 samkvæmt kaupnótu og öðrum gögnum málsins. Báðir stefndu krefjast sýknu á grundvelli aðildarskorts. Aðalstefndi telur sig einungis hafa verið milligönguaðila í viðskiptunum sem hafi verið milli stefnanda og varastefnda. Varastefndi telur aftur á móti að hann hafi einungis selt aðalstefnda hlutdeildina sem síðan hafi selt stefnanda hana án þess að aðalstefndi hafi komið fram sem milligönguaðili.

Í málinu liggja fyrir gögn um kaup aðalstefnda á umræddri hlutdeild á genginu 55 af varastefnda 10. september 2008, sama dag og aðalstefndi seldi hana stefnanda á genginu 56. Af þeim gögnum verður ekki annað ráðið en að aðalstefndi hafi komið fram gagnvart varastefnda sem kaupandi hlutdeildarinnar. Þar er þess í engu getið að aðalstefndi komi fram sem miðlari eða annars konar milligönguaðili milli varastefnda og annars væntanlegs kaupanda. Ekki verður til að mynda ráðið af samskiptum starfsmanna aðal- og varastefnda að einungis yrði af viðskiptunum ef bindandi kauptilboð kæmi frá þriðja aðila. Því verður að ganga út frá því að með kaupum aðalstefnda á hlutdeildinni hafi hann orðið eigandi hennar áður en hann seldi hana stefnanda. Þar sem aðalstefndi hefur ekki fært sönnur á annað verður því að líta svo á að stefnandi hafi fest kaup á hlutdeildinni í allsherjarskuldbréfinu af aðalstefnda. Aðalstefndi tók við greiðslu kaupverðsins frá stefnanda og naut hagnaðar af viðskiptunum sem nam muninum á kaup- og söluverði hlutdeildarinnar. Í þessu ljósi verður á það fallist að aðalstefnda sé réttilega stefnt í máli þessu. Kröfur á hendur varastefnda koma því ekki til álita og ber að sýkna hann.

## *3. Fól greiðslan í sér greiðslu á skuld fyrr en eðlilegt var?*

Eins og rakið hefur verið er unnt að krefjast riftunar á greiðslu skuldar sex mánuðum fyrir frest dag á grundvelli 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991, meðal annars

ef hún er innt af hendi fyrir en eðlilegt var. Frestdagur við slitin er eins og áður segir 15. nóvember 2008. Greiðslan sem krafist er að verði rift var innt af hendi 15. september 2008 og fór því fram innan þess tímabils fyrir frestdag sem ákvæðið mælir fyrir um.

Aðila greinir einnig á um hvort stefnandi hafi með greiðslunni greitt skuld fyrir en eðlilegt var. Með viðskiptunum keypti stefnandi hlutdeild í allsherjarskuldbréfi eins og rakið hefur verið. Umsaminn lausnardagur skulda samkvæmt allsherjarskuldbréfinu var 30. júní 2014, sbr. 1. mgr. 6. gr. útgáfuskilmálanna. Fyrir þann tíma var almennt óheimilt að innleysa skuldabréfin sem heyrðu undir allsherjarskuldbréfið og útgefanda einungis heimilt að kaupa þau með samþykki Fjármálaeftirlitsins. Með greiðslunni sem um ræðir 15. september 2014 greiddi stefnandi einnig að fullu vexti sem fallið höfðu á hlutdeildina frá síðasta gjalddaga vaxta 30. júní 2008 til uppgjörsdags. Gjalddagi þeirra vaxta hefði annars verið 30. júní 2009. Í ljósi þess sem hér hefur verið rakið voru greiðslur þessar þannig að öllu leyti inntar af hendi fyrir umsaminn lausnardag og gjalddaga vaxta og þar með fyrir en eðlilegt var í skilningi 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991.

Stefnandi var skuldari samkvæmt allsherjarskuldbréfinu. Í útgáfulýsingu sem lýst er í kafla II kemur fram að allsherjarskuldbréfið skyldi vera í vörslu sameiginlegs vörsluaðila Euroclear og Clearstream, þ.e. handhafa. Bar stefnanda, sem og umsjónaraðilum greiðslna, að líta á handhafann sem eiganda kröfunnar við greiðslu höfuðstóls og vaxta. Gat hann einn tekið við slíkum greiðslum úr hendi stefnanda og áttu hlutdeildareigendur einungis kröfu á hendur honum í samræmi við þá nafnverðsfjárhæð sem þeir voru skráðir fyrir. Stefnandi bar því greiðsluskyldu samkvæmt skuldabréfinu við handhafa allsherjarskuldbréfsins en ekki við einstaka hlutdeildareigendur. Í samræmi við það gat stefnandi ekki losnað undan skyldunni með greiðslu beint til hlutdeildareigenda. Þá gátu hlutdeildareigendur ekki krafist stefnanda beint um greiðslur nema við svonefndan vanefndaatburð, sbr. 9. gr. útgáfulýsingarinnar. Að þessu leyti stóð stefnandi hvorki í skuld við aðalstefnda né átti hann kröfu á hendur stefnanda þegar greiðslan átti sér stað, enda skilyrði beins kröfuréttarsambands þá ekki komin fram.

Eins og staðfest hefur verið með dómum Hæstaréttar Íslands 11. maí 2017 í málum nr. 189/2016, 200/2016 og 621/2016 ræður það, hvort beint réttarsamband hafi verið til staðar milli aðila á greiðslutíma, ekki úrslitum um hvort ákvæði 134. gr. laga nr. 21/1991 verði beitt við úrlausn málsins. Ákvæðið getur tekið til ráðstöfunar sem í raun leiðir til þess að kröfuhafi fái efndir á kröfu sinni og skuldari losni undan greiðsluskyldu sinni án þess að slíkt réttarsamband milli aðila sé til staðar. Í máli þessu keypti stefnandi hlutdeild af aðalstefnda í allsherjarskuldbréfi sem aðalstefndi bar greiðsluskyldu á, en með því fékk aðalstefndi í raun efndir á

kröfuréttindum sínum sem hann felldi sig við að gefa eftir að hluta með því að ekki var greitt fullt nafnverð krafna hans. Samkvæmt 4. mgr. 6. gr. útgáfulýsingarinnar var stefnanda heimilt, að fengnu samþykki Fjármálaeftirlitsins, að kaupa skuldabréf sem heyrðu undir allsherjarskuldabréfið. Þar var jafnframt kveðið á um að þau skyldu felld niður í kjölfarið, sbr. einnig 13. gr. umsýslusamningsins 30. júní 2004. Samkvæmt skilmálunum sem giltu um viðskiptin áttu slík kaup því að leiða til lækkunar á skuld stefnanda samkvæmt allsherjarskuldabréfinu og hann að losna undan greiðsluskyldu sinni að því leyti.

Stefnandi kveður skuldina hafa verið fellda niður í kjölfar greiðslunnar 15. september 2008. Í greinargerð aðalstefnda var skorað á stefnanda að upplýsa og leggja fram viðeigandi sönnunargögn um það til hvaða aðgerða stefnandi hefði gripið í kjölfar viðskiptanna til að varpa ljósi á hvort skuldabréfið hafi verið endurselt, það afskráð eða því ráðstafað með öðrum hætti. Þeirri áskorun var svarað af hálfu stefnanda með því að leggja fram yfirlýsingu löggilts endurskoðanda um bókhaldslega meðferð þeirra krafna sem stefnandi heldur fram að hafi verið greiddar með viðskiptunum. Þar er staðfest að við færslu bókhalds stefnanda í kjölfar viðskiptanna hafi skuldir stefnanda verið færðar niður um samtals 1.500.000 evrur eða sem nemur nafnverði hlutdeildarinnar sem var keypt.

Í greinargerð aðalstefnda var einnig farið fram á að stefnandi upplýsti um „öll kaup og allar sölur á tímabilinu 1. janúar 2006 til 9. október 2008 á hagsmunaeign í allsherjarskuldabréfum útgefnum af stefnanda“. Jafnframt var farið fram á að upplýst yrði hverjir hefðu verið gagnaðilar stefnanda í þessum viðskiptum, hvert hafi verið kaupverðið og til hvaða aðgerða hafi verið gripið í kjölfarið, „þ.e. hvort að hagsmunaeiginin hafi verið í áframhaldandi eigu stefnanda, endurseld, afskráð eða með öðrum hætti ráðstafað“. Í bókun stefnanda í þinghaldi 19. desember 2013 segir að áskorun þessi taki ekki til afhendingar á skjali sem stefnandi hafi í vörslum sínum, sbr. 2. mgr. 67. gr. laga nr. 91/1991. Hins vegar lagði stefnandi fram yfirlit sem stefnandi hafi „keyrt út úr viðskiptakerfum sínum og skýringarmyndir sem sýna öll viðskipti stefnanda með skuldabréf sem hann hafði sjálfur gefið út á umbeðnu tímabili“.

Í listanum sem stefnandi lagði fram í þinghaldinu er greint frá samtals 51 viðskiptum með hlutdeild í allsherjarskuldabréfi með ISIN nr. XS0194859277 á tímabilinu frá 16. nóvember 2007 til 22. september 2008. Þar er stefnandi ýmist kaupandi eða seljandi þeirra. Á listanum er ekki greint frá kaup- og söluverði hlutdeildanna, einungis nafnverði þeirra. Þar er heldur ekki upplýst við hvern stefnandi átti viðskiptin. Af þessum lista verður hins vegar ráðið að eftir að stefnandi hafði keypt hlutdeild í þessu allsherjarskuldabréfi seldi hann þau almennt jafnharðan, oftast samdægurs. Frávik frá þessu eru kaup sem áttu sér stað 20. maí

2008 með bréf að nafnverði 29.334.000 evrur sem ekki tengjast málinu.

Á listanum kemur fram að stefnandi hafi keypt hlutdeildir að nafnvirði 557.000 evrur 4. september 2008, 1.500.000 evrur 10. september 2008, sem eru þau viðskipti sem um er deilt, og 410.000 evrur 12. september 2008. Þar kemur einnig fram að stefnandi hafi selt hlutdeild að nafnvirði 2.467.000 evrur, sem er sama nafnverðsfjárhæð og stefnandi hafði keypt í framangreindum þremur viðskiptum. Af þessu skjali, sem stefnandi lagði fram undir rekstri málsins, verður ekki annað ráðið en að stefnandi hafi selt þá hlutdeild sem hér um ræðir nokkrum dögum eftir kaupin og daginn eftir að hann innti kaupverðið af hendi.

Við aðalmeðferð málsins dró aðalstefndi þá ályktun af þessu að greiðslan 15. september 2008 geti ekki hafa falið í sér greiðslu skuldar þar sem sama hlutdeild hafi verið endurseld. Þegar hefur verið gerð grein fyrir því að samkvæmt skilmálum umræddra skuldabréfa bar að fella skuldina niður við endurkaup stefnanda auk þess sem áskilið var að leita skyldi fyrir fram eftir leyfi Fjármálaeftirlitsins fyrir slíkum kaupum. Með dómi Hæstaréttar Íslands 27. september 2012 í máli nr. 702/2011 var víkið að hliðstæðri stöðu, þar sem útgefandi víxla, sem jafnfram átti að vera viðskiptavaki víxlanna, hafði keypt tvo víxla í útgáfunni og greitt fyrir þá tiltekið verð skömmu áður en hann var tekinn til slita. Riftunar var krafist á grundvelli 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991. Í dóminum kemur fram að sýnilega hafi verið gengið út frá því að útgefandinn kynni að eiga viðskipti með víxlana sem hann hafði sjálfur gefið út. Þrátt fyrir þá ráðagerð standi „engin haldbær heimild til að víkja við þessar aðstæður frá þeirri meginreglu fjármunaréttar að krafa falli niður með því að réttindi og skyldur komist á sömu hendi og getur þar engu breytt þótt áfrýjandi hefði í kjölfar kaupa á víxlunum getað stofnað á nýjan leik til skuldar með því að selja þá öðrum“.

Dómurinn telur að leggja beri forsendur Hæstaréttar Íslands í framangreindu máli til grundvallar úrlausn þessa máls. Þegar litið er til þess sem fram hefur komið um áhrif endurkaupa stefnanda á hlutdeild í skuldabréfaútgáfunni samkvæmt útgáfulýsingu verður að ganga út frá því að skuld stefnanda hafi fallið niður við kaupin þó að krafan hafi síðar verið seld öðrum. Samkvæmt öllu framansögðu verður að líta á greiðsluna, sem stefnandi innti af hendi 15. september 2008, sem greiðslu á skuld sem fór fram fyrir en eðlilegt var. Skilyrðum 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 fyrir riftun greiðslunnar er að þessu leyti fullnægt.

#### *4. Virðist greiðslan vera eðlileg eftir atvikum?*

Þó að framangreind skilyrði séu fyrir hendi í málinu verður greiðslunni ekki rift á grundvelli 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 hafi hún virst venjuleg eftir atvikum. Við úrlausn á þessu verður almennt að fara fram heildarmat með hliðsjón

af því sem fyrir liggur um ráðstöfunina og aðstæður á þeim tíma sem hún átti sér stað.

Af skilmálum skuldabréfanna verður ráðið að ætlast hafi verið til að viðskipti gætu farið fram á verðbréfamarkaði með hlutdeild í allsherjarskuldabréfinu. Jafnframt var þar tekið fram að útgefandi, stefnandi í máli þessu, gæti keypt slíka hlutdeild á frjálsum markaði. Til þess að slík viðskipti gætu átt sér stað varð stefnandi þó að afla samþykkis Fjármálaeftirlitsins. Gera verður ráð fyrir að sá áskilnaður hafi helgast af þeirri heimild sem stjórn stefnanda hafði til að breyta fjárskuldbindingu sinni í skilyrt eiginfjárframlag.

Í málinu liggur fyrir að stefnandi hafi á árinu 2008 talið hagfelld að nýta laust fé bankans til endurkaupa á hlutdeildum í eigin skuldabréfaútgáfum. Samkvæmt því sem fram hefur komið fyrir dómi virðist stefnandi hafa talið sér heimilt að lækka skuldir um nafnverð hlutdeildarinnar í kjölfar slíkra endurkaupa og bókfæra muninn á endurkaupsverði og nafnverði sem hagnað. Slík ráðstöfun gat einnig stuðlað að því að skuldatryggingarálag á bankann lækkaði. Ákvörðun um endurkaup eigin skulda virðist því almennt hafa byggst á ákveðnum, viðskiptalegum forsendum samkvæmt mati stjórnenda bankans á því hvernig best væri að bregðast við hættumerkjum í rekstri hans sem meðal annars birtust í háu skuldatryggingarálagi.

Þess ber þó að geta að endurkaup af þessu tagi höfðu einnig tíðkast hjá bankanum árin 2005, 2006 og 2007. Þau fóru hins vegar vaxandi milli ára. Þannig munu þau hafa numið um 35 milljónum evra að nafnverði árið 2005, um 120 milljónum evra árið 2006 og um 170 milljónum evra árið 2007. Þegar bankinn féll í október 2008 mun hann hafa keypt eigin skuldabréf að nafnverði tæplega 400 milljónir evra á því ári. Á þessu fjögurra ára tímabili munu endurkaup af þessu tagi hafa farið fram í samtals 493 sjálfstæðum viðskiptum. Leiða má líkur að því að aukin endurkaup stefnanda á eigin skuldum á árinu 2008 eigi rætur að rekja til erfiðleika í rekstri stefnanda og þverrandi tiltrúar á honum sem birtist meðal annars í háu skuldatryggingarálagi.

Samkvæmt gögnum sem stefnandi hefur lagt fram um endurkaup sín virðist stefnandi hafa keypti hlutdeildir í allsherjarskuldabréfinu sem hér um ræðir í samtals 26 viðskiptum á tímabilinu 16. nóvember 2007 til 22. september 2008. Samtals nam nafnverð þessara kaupa 83.851.000 evrum sem er rúmlega helmingur skuldabréfaútgáfunnar. Af sömu gögnum verður ráðið að stefnandi hafi selt jafnóðum hlutdeildir í sömu skuldabréfaútgáfu að nafnverði 54.517.000 evrur í 25 viðskiptum. Ekkert liggur fyrir um að stefnandi hafi aflað samþykkis Fjármálaeftirlitsins fyrir þessum umfangsmiklu endurkaupum á víkjandi skuldabréfum eins og áskilið var. Við endurkaup útgefanda á skuldabréfunum átti

fjárskuldbinding stefnanda samkvæmt þeim að falla niður, eins og rakið hefur verið. Ekki var því gengið út frá því að stefnandi gæti lagt stund á viðskipti með bréfin eins og hann virðist hafa gert. Þegar á allt framangreint er litið telur dómurinn að aðalstefndi hafi ekki fært sönnur á að viðskiptin hafi virst venjuleg eftir atvikum.

##### *5. Koma erlendar reglur sem gilda um gerninginn í veg fyrir riftun?*

Þrátt fyrir að dómurinn hafi komist að niðurstöðu um að öllum skilyrðum 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 sé fullnægt telur aðalstefndi að þar sem greiðslan sé ekki riftanleg samkvæmt þeim erlendu reglum sem gilda um gerninginn sé óheimilt að fallast á kröfu stefnanda. Um það vísar aðalstefndi til n-liðar 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, sem hafi innleitt 30. gr. tilskipunar 2001/24/EB í íslenskan rétt.

Ákvæði 99. gr. laga nr. 161/2002 ber yfirskriftina „Fjárhagsleg endurskipulagning lánastofnana með höfuðstöðvar á Íslandi og útibú í öðru EES-ríki“. Með fjárhagslegri endurskipulagningu er vísað til úrræða sem dómstólar hafa til að heimila greiðslustöðvun eða leita nauðasamninga. Þegar slíkar ráðstafanir eru heimilaðar ná þær sjálfkrafa til allra útibúa sem lánastofnun starfrækir í öðru aðildarríki EES-samningsins, eins og segir í 1. mgr. 99. gr. laganna. Um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd ákvörðunar gilda einnig íslensk lög með nánar tilgreindum frávikum, sem rakin eru í staflaðum a til n í 2. mgr. 99. gr. laganna. Þegar mál þetta var höfðað sagði í n-lið málsgreinarinnar að þrátt fyrir d- og e-liði væri heimilt að beita III. kafla laga um samningsgerð, umboð og ógilda gerninga, nr. 7/1936, nema lög gistiríkis heimiluðu ekki slíkt. Með lögum nr. 78/2011, er tóku gildi 29. júní 2011, var bætt við ákvæðið svohljóðandi setningu: „Löggerningur verður þó ekki ógiltur ef sá sem hag hefur af því að slíkur löggerningur haldi gildi sínu leggur fram fullnægjandi sönnun um að um löggerninginn eigi að gilda lög annars ríkis og að þar sé ekki að finna ógildingarreglu sem tekur til þess tilviks sem um ræðir.“

Stefnandi sætir ekki fjárhagslegri endurskipulagningu, heldur er félagið í slitameðferð, sbr. 101. gr. laga nr. 161/2002. Því á ákvæði 99. gr. laganna ekki við um stefnanda samkvæmt orðum greinarinnar. Aftur á móti segir í 1. mgr. 104. gr. laganna að taki dómstóll hér á landi ákvörðun um slit lánastofnunar, sem hefur staðfestu og starfsleyfi hér á landi, skuli heimildin ná sjálfkrafa til allra útibúa sem lánastofnunin starfrækir í öðrum aðildarríkjum. Í síðari málslið hennar kemur síðan fram að um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd ákvörðunar skuli fara að íslenskum lögum „með þeim takmörkunum sem greinir í 2. mgr. 99. gr.“.

Með síðari málslið 1. mgr. 104. gr. laganna er tekin afstaða til lagavals um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd við slit lánastofnunar með staðfestu og

starfsleyfi hér á landi þegar áhrif slitanna ná til annarra aðildarríkja EES-samningsins. Meginreglan er að íslensk lög gildi í því tilviki en með sömu undantekningum og komi fram í 2. mgr. 99. gr. laganna sem áður er getið. Í þessu ljósi gildir sú takmörkun sem kemur fram í n-lið 2. mgr. 99. gr. laganna um réttaráhrif, málsmeðferð og framkvæmd við slitameðferð lánastofnunar með höfuðstöðvar á Íslandi og útibú í öðru EES-ríki.

Framangreind ákvæði 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002 eiga rætur að rekja til tilskipunar nr. 2001/24/EB, sem íslenska ríkið skuldbatt sig til að innleiða í íslenskan rétt með aðild sinni að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Samkvæmt þeirri tilskipun gildir sú meginregla að lög heimaaðildarríkis, í þessu tilviki íslensk lög, eiga við um slit fjármálafyrirtækis, þ. á m. um það hvort „löggerningar, sem eru öllum lánardrottnum skaðlegir, séu ógildir eða skorti réttarvernd“, sbr. 1-lið 2. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar. Frá þessu er vikið í 30. gr. tilskipunarinnar, en ákvæðið er svohljóðandi: „Ákvæði 10. gr. skal ekki gilda um reglur er varða það hvort löggerningar, sem eru öllum lánardrottnum skaðlegir, séu ógildir, ógildanlegir eða skorti réttarvernd, í þeim tilfellum þegar sá sem hefur hag af þessum löggerningum leggur fram sannanir um að / - gerningurinn, sem er skaðlegur öllum lánardrottnum, fellur undir lög aðildarríkis annars en heimaaðildarríkis, og / - lögin bjóða engin úrræði til að vefengja gerninginn sem um ræðir.“

Með vísan til 3. gr. laga nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið, og að teknu tilliti til dóms EFTA-dómstólsins frá 17. október 2014 í máli LBI hf. gegn Merrill Lynch International Ltd., en niðurstaða í því máli er rakin í kafla IV, verður að túlka n-lið 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002 þannig að með orðalaginu „ógiltur“ sé ekki aðeins vísað til ógildingarreglna samningaréttar heldur einnig til reglna XX. kafla laga nr. 21/1991 um riftun gerninga sem eru skaðlegir öllum lánardrottnum. Í þessu ljósi ber að taka málsvörn aðalstefnda, sem byggir á lögum þess ríkis sem gildir um gerninginn, til álita, þó að færðar hafi verið sönnur á að skilyrðum riftunar samkvæmt ákvæðum XX. kafla laga nr. 21/1991 sé fullnægt. Sönnunarbyrðin hvílir á aðalstefnda um að í þeirri löggjöf séu engin úrræði til að vefengja gerninginn.

Samkvæmt 15. gr. útgáfulýsingarinnar lutu viðskipti með skuldabréf, sem heyrðu undir allsherjarskuldbréfið, enskum lögum, enda fyrirmæli um slík viðskipti og réttaráhrif endurkaupa útgefanda m.a. í 6. gr. útgáfulýsingarinnar. Telur dómurinn því að ensk lög hafi gilt um gerninginn þannig að aðalstefndi geti borið þau fyrir sig með skírskotun til n-liðar 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002.

Stefnandi hefur aflað matsgerðar dómkvadds matsmanns um efni enskra laga að þessu leyti og þannig fullnægt kröfu 2. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991. Það kemur aftur á móti í hlut dómsins að meta atvik í ljósi þeirra reglna sem þar er lýst með

tilliti til þeirra upplýsinga og gagna sem fyrir liggja.

Meginatriði matsgerðarinnar að þessu leyti eru rakin í kafla IV í dóminum. Skilja verður hana á þann veg að einungis ákvæði ensku gjaldþrotalaganna frá 1986 komi til álitu um téða ráðstöfun. Dómurinn telur einnig ljóst að hvorki ákvæði 244. gr. laganna um okurlánviðskipti né 245. gr. laganna um riftun tiltekinna fljótandi veða eigi ekki við um viðskiptin. Með vísan til matsgerðarinnar verður því að leggja til grundvallar að einungis 238. gr., 239. gr. og 423. gr. geti komið til álitu um þá greiðslu sem stefnandi krefst riftunar á.

Eins og rakið er í kafla V er unnt að víkja löggerningi til hliðar á grundvelli 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna ef umrædd viðskipti hafa farið fram á undirvirði að því skilyrði uppfylltu að þau hafi verið gerð á viðeigandi tíma.

Af matsgerðinni verður ráðið að vísbendingar séu til staðar í enskri dómaframkvæmd að virði kröfunnar, þegar mat er lagt á hvort endurkaup á skuld félags hafi farið fram á undirvirði, sé metið í ljósi þess að félagið hefur verið tekið til þrotameðferðar. Þegar litið er til þess að skilanefnd var skipuð yfir stefnanda fáeinum vikum eftir viðskiptin sem um er deilt í máli þessu og stefnanda veitt heimild til greiðslustöðvunar 24. nóvember 2008 telur dómurinn ekki hægt að útiloka að þau hafi farið fram á undirvirði í merkingu 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna.

Í matsgerðinni kemur fram að viðskipti hafi verið gerð á „viðeigandi tíma“ í skilningi 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna ef þau hafa átt sér stað á tveggja ára tímabili fyrir greiðsluþrot og að félagið hafi þá verið ófært um að greiða skuldir sínar eða orðið ófært um það sökum viðskiptanna. Umrædd viðskipti fóru fram innan þess tíma sem kveðið er á um í ákvæðinu. Við úrlausn á því hvort stefnandi hafi verið ófær um að greiða skuldir sínar þegar viðskiptin áttu sér stað þarf að greina raunverulega fjárhagsstöðu félagsins á þeim tíma, annars vegar með tilliti til þess hverjar líkurnar hafi verið á því að það gæti ekki greitt skuldir sínar þegar þær áttu að falla á gjalddaga, hins vegar með tilliti til þess hvort verðmæti eigna sé lægra en fjárhæð skulda þess. Ekki nægir í þessu sambandi að vísa til yfirlýsinga stefnanda, þar á meðal afkomutilkynningar 31. júlí 2008, eða ráðstafana íslenskra yfirvalda fyrir fall bankans í október 2008. Það stoðar heldur ekki að vísa til staðhæfinga í lögskýringargögnum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 172/2008, eins og aðalstefndi vísaði til við aðalmeðferð, til sönnunar um að bankinn hafi ekki orðið ógjaldfær fyrr en eftir að bresk yfirvöld gripu til aðgerða gegn dótturfélagi stefnanda. Í málinu liggja ekki fyrir sérfræðileg gögn um raunverulega fjárhagsstöðu stefnanda á þeim tíma sem viðskiptin áttu sér stað. Hefur aðalstefndi ekki fært sönnur á að stefnandi hafi verið gjaldfær þegar greiðslan var innt af hendi 15. september 2008.

Þrátt fyrir að framangreind skilyrði 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna séu fyrir hendi getur félag borið fyrir sig að viðskiptin hafi verið gerð í góðri trú sem lið í rekstri sínum enda hafi það haft réttmæta ástæðu til að ætla, á þeim tíma sem viðskiptin voru gerð, að þau myndu verða því hagfelld, sbr. 5. mgr. 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna. Þegar hefur verið gerð grein fyrir því að endurkaup stefnanda á hlutdeild í umræddu allsherjarskuldabréfi voru óheimil samkvæmt skilmálum útgáfunnar nema með fyrir fram samþykki Fjármálaeftirlitsins. Ekki liggur fyrir að samþykki þess hafi legið fyrir þegar kaupin áttu sér stað. Þá útilokuðu skilmálarnir að stefnandi gæti endurselt hlutdeildirnar. Þar sem endurkaupin voru í andstöðu við skilmála skuldabréfaútgáfu stefnanda gátu þau ekki verið gerð í góðri trú sem liður í rekstri bankans. Með þeim var lausu fé ráðstafað til kaupa á víkjandi skuldum stefnanda. Í þessu ljósi telur dómurinn að aðalstefnda hafi ekki tekist að sýna fram á að skilyrði séu uppfyllt til að hann geti borið fyrir sig 5. mgr. 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna.

Samkvæmt framansögðu hefur aðalstefndi ekki fært viðhlítandi sönnur á að útilokað sé að vefengja þá ráðstöfun sem stefnandi krefst að verði rift með vísan til 238. gr. ensku gjaldþrotalaganna. Í þessu ljósi telur dómurinn að tilvísun aðalstefnda til ensks réttar á grundvelli n-liðar 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002 komi ekki í veg fyrir að riftun nái fram að ganga samkvæmt 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 í máli þessu.

#### *6. Fjárhæð endurgreiðslukröfunnar*

Um fjárkröfu stefnanda vísar hann til þess að aðalstefndi hafi auðgast um þá fjárhæð sem stefnandi innti af hendi fyrir hlutdeildina í allsherjarskuldabréfinu 15. september 2008 og skírskotar þá til þess að aðalstefndi hefði ekki fengið kröfuna greidda eftir lausnardag. Þá nemi tjón stefnanda sömu fjárhæð og auðgun aðalstefnda. Aðalstefndi mótmælir þessu og kveður stefnanda hvorki hafa sýnt fram á að aðalstefndi hafi hagnast um þá fjárhæð né að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna greiðslunnar.

Ef riftun fer fram með stoð 134. gr. laga nr. 21/1991 ber þeim sem hafði hag af ráðstöfuninni að greiða þrotabúinu fé sem svarar til þess sem greiðsla þrotamannsins hefur orðið honum að notum, sbr. 1. mgr. 142. gr. sömu laga. Sú fjárhæð má þó ekki vera hærrí en sem nemur tjóni þrotabúsins. Þá gildir sú regla um peningagreiðslur, eins og þá sem hér um ræðir, að notkun peninganna skiptir engu um kröfu þrotabúsins.

Eins og rakið hefur verið verður að ganga út frá því að stefnandi hafi keypt umrædda hlutdeild af aðalstefnda fyrir 840.000 evrur og innt þá fjárhæð af hendi ásamt áföllnum vöxtum að fjárhæð 18.673,03 evrur, samtals 858.673,03 evrur.

Hafa þeir fjármunir orðið aðalstefnda að notum þó að hann hafi áður þurft að inna af hendi 825.000 evrur fyrir hlutdeildina, auk áfallinna vaxta að fjárhæð 18.673,03 evrur, þegar hann keypti hana af varastefnda. Að þessu leyti á fjárfrafa stefnanda stoð í 1. mgr. 142. gr. laga nr. 21/1991.

Í kafla V.3 er því lýst hvað ráða megi af lista yfir öll viðskipti þar sem stefnandi keypti og seldi hlutdeildir í eigin skuldabréfaútgáfum frá 1. janúar 2006 til 9. október 2008. Af honum verður dregin sú ályktun að stefnandi hafi selt hlutdeild í umræddu allsherjarskuldaþréfi að nafnvirði 2.467.000 evrur 16. september 2008 eftir að hafa keypt hlutdeild sem nam sömu fjárhæð í þremur sjálfstæðum viðskiptum. Kaup stefnanda 10. september 2008, sem mál þetta lýtur að, er ein þeirra. Ekki er upplýst um söluverð umræddrar hlutdeildar í skuldabréfinu. Hafi stefnandi fengið greiðslu fyrir hlutdeildina við sölu hennar, þó að viðskiptin í heild stangist á við skilmála skuldabréfsins, leiðir það til lækkunar á endurgreiðslukröfunni sem því nemur. Þar sem ekkert er upplýst um söluverð hlutdeildarinnar 16. september 2008 er tjón stefnanda af hinni riftanlegu ráðstöfun vanreifað. Því er ekki unnt að leggja efnisdóm á endurgreiðslukröfuna.

#### *7. Niðurstaða, málskostnaður o.fl.*

Í ljósi þess sem fram kemur í köflum V.3 og V.4 verður á það fallist að greiðsla til aðalstefnda 15. september 2008 hafi falið í sér greiðslu á skuld fyrir en eðlilegt var og að ekki liggi fyrir að hún hafi virst venjuleg eftir atvikum. Þar sem greiðslan átti sér stað innan þess tíma fyrir frestdag sem getið er í 1. mgr. 134. gr. laga nr. 21/1991 er það niðurstaða dómsins að öllum skilyrðum ákvæðisins sé fullnægt. Þá hefur aðalstefndi ekki sýnt fram á að reglur þess ríkis sem gilda um hina riftanlegu ráðstöfun komi í veg fyrir að unnt sé að vefengja hana, eins og rakið er í kafla V.5. Af þessum sökum ber að fallast á riftunarkröfu stefnanda á hendur aðalstefnda.

Hins vegar hefur stefnandi ekki reifað með hvaða hætti hann hafi orðið fyrir tjóni af ráðstöfuninni með tilliti til þess að hann seldi hlutdeildina fáeinum dögum eftir kaupin. Telst endurgreiðslukrafa stefnanda á grundvelli 1. mgr. 142. gr. laga nr. 21/1991 á hendur aðalstefnda því vanreifuð og ber að vísa henni frá dómi.

Með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, og að teknu tilliti til niðurstöðu Hæstaréttar Íslands frá 11. maí 2017 í hæstaréttarmálinu nr. 621/2016, þykir rétt að aðilarnir beri hver sinn kostnað af rekstri málsins fyrir dómi.

Ásmundur Helgason héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

**D Ó M S O R Ð:**

Rift er greiðslu stefnanda, Kaupþings hf., til aðalstefnda, Banca IMI S.p.A, 15. september 2008 að fjárhæð 858.673,03 evrur, vegna viðskipta 10. september 2008.

Fjárkröfu stefnanda á hendur aðalstefnda er vísað frá dómi.

Varastefndi, BPI Gestão de Activos – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Mobiliário SA, er sýkn af kröfum stefnanda.

Málskostnaður milli aðila fellur niður.