

Uppgjör afleiðusamninga: Mat á reglum út frá dómáfordæmum

Arnar Davíð Arngrímsson, Hersir Sigurgeirsson og Jakob Már Ásmundsson¹

Ágrip

Alþjóðlegar reglur og venjur um framkvæmd afleiðusamninga hafa í gegnum tíðina mótast af dómáfordæmum. Saga afleiðusamninga á Íslandi er stutt og framan af komu ekki mörg deilumál til kasta dómstóla. Þetta breyttist í kjölfar bankahrunsins árið 2008 þegar fjölmörg ágreiningsefni vegna afleiðusamninga rötuðu fyrir dómstóla. Í greininni er farið yfir helstu dóma, sem fjalla um uppgjör afleiðusamninga, með það að markmiði að draga fram þær reglur og leiðbeiningar sem íslenskir dómstólar hafa gefið um uppgjör slíkra samninga undanfarin ár. Reifaðar eru niðurstöður 35 hæstaréttardóma.

Ágreiningsefnum aðila er skipt í sjö flokka: (1) heimildir til afleiðuviðskipta, (2) gengisviðmiðun gjaldmiðlasamninga, (3) reiknireglur við uppgjör, (4) forsendubrestur, (5) skuldajöfnun, (6) viðbrögð bankanna við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins og (7) áhrif af yfirtöku Fjármálaeftirlitsins.

Meðal helstu niðurstaðna er að öllum er heimilt samkvæmt lögum að gera afleiðusamninga og framvirkir samningar um hlutabréf teljast ekki flóknir fjármála-gerningar. Miða skal við viðmiðunargengi Seðlabanka Íslands í uppgjöri gjaldmiðlasamninga ef annað viðmið er ekki sérstaklega tiltekið og samningur, sem verður til við framlengingu á eldri samningi, telst nýr sjálfstæður samningur.

Fjallað er um áhrif yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á bönkunum á stöðu afleiðusamninga og viðbrögð bankanna við yfirtökunni gagnvart viðskiptavinum með opna afleiðusamninga. Viðbrögðin voru mismunandi en Landsbanki Íslands og Glitnir ákváðu að senda viðskiptavinum sínum tilkynningu varðandi lokun samninganna. Tilkynning Landsbanka Íslands þótti óljós og túlka þurfti þýðingu hennar út frá viðbrögðum hvers viðskiptavinar sem leiddi til mismunandi meðferðar einstakra viðskiptavina.

Abstract

Practices and regulation in international derivatives markets have historically been significantly influenced by legal precedents. The Icelandic derivatives market is relatively young and legal precedents were few and far between until the collapse of the banking system in 2008, which gave rise to a myriad of legal disputes having to do with the settlement of derivative contracts. The purpose of this article is to

1 Arnar Davíð Arngrímsson er meistaranemi við hagfræðideild Háskóla Íslands. Netfang: ada23@hi.is. Hersir Sigurgeirsson er dósent við viðskiptafræðideild Háskóla Íslands og í bankaráði Landsbankans. Netfang: hersir@hi.is. Jakob Már Ásmundsson er lektor við viðskiptafræðideild Háskóla Íslands. Netfang: jma@hi.is

review the key findings of the Icelandic courts in this regard and attempt to identify some guiding principles. A review of 35 Supreme Court rulings is covered.

The disputes are divided into seven categories: (1) permissions to engage in derivative transactions, (2) reference rate for foreign exchange, (3) calculation methods, (4) force majeure, (5) netting of payments, (6) reaction to the intervention of the Financial Supervisory Authority (FSA), and (7) impact of FSA intervention.

Among some of the key findings is that everyone is entitled to engage in derivative contracts and that forward contracts on stocks are not considered a complex financial instrument. The foreign exchange rate of the Icelandic Krona, as determined by the Central Bank of Iceland, should be used for reference in settlement of derivatives if another reference is not explicitly stated. A derivatives contract that has been rolled, constitutes a new contract.

The intervention of the FSA in taking over individual banks and its impact on the settlement of outstanding derivatives contracts for respective banks is reviewed, including the impact of how individual banks communicated with their counterparties. The conduct of individual banks towards their counterparties differed, which impacted the settlement. Landsbanki and Glitnir both sent their clients announcements informing that outstanding derivatives contracts would be closed. However, the wording in the case of Landsbanki was somewhat unclear and had to be interpreted in the context of how individual clients responded, resulting in varying methods being applied to individual clients.

JEL flokkun: K12, K22, G01, G21, G23.

Lykilorð: Afleiður; afleiðusamningar; uppgjör afleiðusamninga; vanefnd; slitameðferð banka.

Keywords: Derivatives; default; bank liquidation.

Settlement of derivative contracts: Principles from legal precedents

1 Inngangur

Þegar íslensku viðskiptabankarnir féllu haustið 2008 voru þeir aðilar að umfangsmiklum afleiðusamningum við viðskiptavinum sína. Í árslok 2007 nam nafnvirði útistandandi afleiðusamninga bankanna þriggja á samstæðugrundvelli rúmlega 15 þúsund milljörðum króna, sem var ellefuföld verg landsframleiðsla þess árs, og hafði aukist um helming frá því árið áður.² Mótaðilar bankanna í afleiðuviðskiptunum voru allt frá einstaklingum og stórum sem smáum fyrirtækjum til lífeyrissjóða og alþjóðlegra banka.

Þessi markaður nær þurrkaðist út við fall bankanna árið 2008 en á undanförunum árum hefur afleiðusamningum aftur tekið að fjölga. Markaðurinn er þó enn langt frá því sem hann var á árunum fyrir hrún en í lok árs 2017 var nafnvirði afleiðusamninga íslensku bankanna um 850 milljarðar króna eða þriðjungur af vergri landsframleiðslu. Á tímabilinu 2006–2017 voru gjaldeyris- og vaxtaafleiður algengustu afleiðusamningar bankanna. Gjaldreyrisafleiður voru umfangsmestar þar til fyrir tveimur árum en þá jókst vægi vaxtaafleiðna umfram gjaldreyrisafleiður. Nafnvirði vaxtaafleiðna bankanna nam í lok árs 2017 tæpum 520 milljörðum króna en nafnvirði gjaldreyrisafleiðna um 300 milljörðum króna.

Þegar bönkunum var skipt upp í nýja og gamla banka voru afleiðusamningar þeirra skildir eftir í gömlu bönkunum þar sem ekki var talið að nýju bankarnir gætu staðið við

2 Upplýsingar um umfang afleiðuviðskipta íslensku viðskiptabankanna eru fengnar úr samstæðuársreikningum Glitnis, Kaupþings og Landsbanka Íslands á árunum 2006 og 2007 og Arion banka, Landsbankans og Íslandsbanka á árunum 2008–2017. Hluti afleiðusamninga gömlu bankanna var í erlendum dótturfélögum bankanna svo að fjárhæðirnar endurspeglar ekki einungis afleiðuviðskipti íslenskra aðila á árunum 2006–2007. Þá leiðir þessi aðferð til einhvers ofmats á umfangi afleiðusamninga þar sem hugsanlegir afleiðusamningar milli bankanna þriggja eru settir fram í ársreikningum tveggja þeirra og eru því tvítaldir.

þær skuldbindingar sem í þeim fólust. Við það þurftu gömlu bankarnir og mótaðilar þeirra að ná niðurstöðu um uppgjör samninganna. Fjölmörg ágreiningsefni komu upp milli aðila um uppgjörið og endaði sá ágreiningur í mörgum tilvikum fyrir dómstólum. Hæstiréttur hefur þegar fellt dóm í a.m.k. 35 málum tengdum afleiðuviðskiptum bankanna og því liggur fyrir niðurstaða um fjölmörg ágreiningsefni. Grein sem þessi getur þó aldrei verið tæmandi og þegar hún er rituð bíða enn nokkur ágreiningsmál úrlausnar fyrir dómstólum.

Meginmarkmiðið með ritun þessarar greinar er að draga fram þær reglur og leiðbeiningar sem íslenskir dómstólar hafa gefið um uppgjör afleiðusamninga. Á alþjóðavettvangi hafa reglur og venjur um framkvæmd afleiðusamninga í gegnum tíðina oft orðið til í kjölfar dómafordæma. Fyrir bankahrún höfðu ekki mörg deilumál vegna slíkra samninga komið til kasta íslenskra dómstóla en í kjölfar bankahrunsins fjölgaði málum verulega. Í ljósi mikillar fjölgunar afleiðusamninga á undanförunum árum er mikilvægt fyrir bæði banka og viðskiptavinum þeirra að hafa í huga hvaða fordæmi Hæstiréttur hefur gefið varðandi gerð og uppgjör þeirra.

Í þessari grein er farið yfir helstu ágreiningsefni aðila í þessum málum og niðurstöðu Hæstaréttar varðandi þau. Ágreiningsefnunum er skipt í sjö flokka: (1) heimildir til afleiðuviðskipta, (2) gengisviðmiðun gjaldmiðlasamninga, (3) reiknireglur við uppgjör, (4) forsendubrestur, (5) skuldajöfnun, (6) viðbrögð bankanna við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins og (7) áhrif af yfirtöku Fjármálaeftirlitsins. Greinin er þannig upp byggð að í hverjum kaflanna 2–8 er fjallað um sérhvern flokk ágreiningsefnanna og að lokum eru helstu niðurstöður greinarinnar teknar saman í kafla 9. Lista yfir þá dóma, sem reifaðir eru í greininni, er að finna í kafla 10.

1.1 Skilmálar afleiðusamninga á íslenskum markaði

Engin íslensk lög fjalla eingöngu um afleiðusamninga þó að þeirra sé getið í einstökum lögum. Ef ekki er kveðið sérstaklega á um annað í afleiðusamningi gilda því sömu lög um slíka samninga og aðra samninga. Ef samningur aðila tiltekur ekki hvernig taka skuli á tilteknu atriði getur því þurft að beita meginreglum laga eða lögum sem ekki voru sérstaklega samin með afleiðusamninga í huga til að leysa úr ágreiningi aðila.

Vegna sérstöðu afleiðusamninga og þeirra fyrirsjáanlegu ágreiningsefna, sem upp geta komið vegna þeirra, hafa flestir þeir aðilar, sem gera slíka samninga, sett fram skilmála sem gilda um þá og teljast hluti af hverjum samningi. Við upphaf viðskiptasambands undirrita samningsaðilar skilmálana og samþykkja að þeir gildi um öll afleiðuviðskipti þeirra í milli nema annað sé tekið fram í einstökum samningum. Í afleiðuviðskiptum íslenskra aðila hafa einkum þrjár tegundir skilmála gilt: (1) ISDA-skilmálar, (2) SFF-skilmálar og (3) skilmálar einstakra banka. Er nánar fjallað um hverja tegund skilmála hér á eftir. Í slíkum skilmálum er til dæmis að finna skilgreiningar á hugtökum sem notuð eru í afleiðusamningum, upplýsingar um almenn réttindi og skyldur samningsaðila, um hvað teljist vanefnd á samningi og hvernig uppgjóri milli aðila skuli háttáð eftir vanefnd. Skilmálarnir eru hins vegar misýtarlegir og misjafnt getur verið milli skilmála hvað telst vanefnd og hvernig uppgjóri skuli háttáð eftir vanefnd. Á þetta hefur reynt í íslenskri dómaframkvæmd og hefur niðurstaða dómstóla oft oltið á því hvaða skilmálar giltu um samninga aðila.

1.1.1 ISDA-skilmálar

Alþjóðasamtök um skiptasamninga og afleiður, The International Swaps and Derivatives Association eða ISDA, eru samtök sem voru stofnuð árið 1985³ með það að markmiði að gera afleiðumarkaði á heimsvísu skilvirkari og öruggari. Meðal þess sem ISDA hefur gert til að stuðla að þessum markmiðum er að útbúa staðlaða samninga og skilmála um

³ Þegar samtökin voru stofnuð hétu þau The International Swap Dealers' Association en nafni þeirra var breytt árið 1993.

afleiðuviðskipti. ISDA-skilmálarnir gilda yfirleitt í afleiðuviðskiptum milli banka og í viðskiptum banka við stærri fyrirtæki og stofnanir.

Fyrirkomulag skilmálanna er með þeim hætti að einn rammasamningur (e. master agreement) er almenns eðlis og gildir um öll afleiðuviðskipti milli samningsaðila. Við rammasamninginn eru gerðar viðbætur (e. schedules), sem eru hugsaðar til að sérsníða skilmálana að samningsaðilum, og auk þeirra viðauki vegna trygginga (e. credit support annex) og staðfestingar (e. confirmations) vegna einstakra samninga. Ef rammasamningur og viðbætur stangast á þá viku rammasamningurinn (ISDA, e.d.; ISDA, 2002). ISDA-skilmálarnir eru mjög ýtarlegir og nákvæmir og til dæmis eru skilgreindir sjö atburðir, sem teljast vanefnd, og fimm atburðir sem teljast sjálfkrafa uppsögn samninga. Undir hverjum lið eru svo allt að níu undirliðir sem skilgreina atburðina nánar og nær skilgreiningin á vanefnd og sjálfkrafa uppsögn í heild yfir þrjár blaðsíður.

1.1.2 SFF-skilmálar

Árið 1998 gáfu Samband íslenskra viðskiptabanka og Samband íslenskra sparisjóða (SÍSP) út leiðbeiningar fyrir framvirka samninga með gjaldmiðla og skiptasamninga með vexti og gjaldmiðla. Leiðbeiningarnar voru gefnar út vegna þess að slíkum samningum hafði fjölgað á árunum á undan og í þeim voru settir fram almennir skilmálar fyrir slíka samninga. Fyrir útgáfu leiðbeininganna var nokkur munur á því milli banka og sparisjóða hversu ýtarlegir skilmálar slíkra samninga voru og einnig gat það verið breytilegt innan sömu fyrirtækja. Þessu fylgdi nokkuð óhagræði sem ætlunin var að bæta úr með almennum skilmálum.

Skilmálarnir gilda um alla afleiðusamninga milli aðila sem hafa gengist undir þá. Þeir víkja þó ef misræmi er milli þeirra og samningsskilmála einstakra samninga (Samband íslenskra viðskiptabanka og Samband íslenskra sparisjóða, 1998). Skilmálarnir taka á flestum þeim atriðum sem huga þarf að við gerð afleiðusamninga en þeir eru ekki nándar nærri eins ýtarlegir eða nákvæmir og ISDA-skilmálarnir. Sem dæmi eru tilgreindir fjórir atburðir sem teljast vanefnd og er skilgreiningin á vanefnd í heild sett fram á tæpri blaðsíðu.

Samband íslenskra viðskiptabanka rann inn í Samtök banka og verðbréfafyrirtækja við stofnun þeirra samtaka í desember árið 2000 og í upphafi árs 2007 sameinuðust þau Sambandi íslenskra tryggingafélaga í Samtökum fjármálafyrirtækja (SFF) sem aðildarfélög SÍSP urðu jafnframt aðilar að. Eftir það voru skilmálarnir oftast nefndir SFF-skilmálar og er það heiti notað hér eftir.

1.1.3 Skilmálar einstakra banka

Íslenskir bankar eru með sína eigin skilmála sem viðskiptavinir þurfa að samþykka vilji þeir stunda verðbréfavíðskipti við þá. Þessir skilmálar eru samdir einhliða af bönkunum og bera þess skýrt merki. Í skilmálunum er nánast eingöngu kveðið á um rétt bankanna gagnvart viðskiptavinunum en mun minna um réttindi viðskiptavinar gagnvart bönkunum (sjá t.d. Arion banki, 2012).

1.1.4 Mál nr. 253/2012, Arnar Sigurðsson gegn SPB hf.

Arnar Sigurðsson gerði skiptasamning við SPB (áður Sparisjóðabanki Íslands hf.) þar sem viðmiðunarbréfin voru annars vegar ríkisskuldabréf, sem bankinn átti að fá greidda hækkun af, og hins vegar skuldabréf útgefin af Exista hf. sem viðskiptavinurinn átti að fá greidda hækkun af. SPB hélt því fram að í samningnum fælist einnig að ef skuldabréf Exista lækkaði í verði ætti viðskiptavinurinn að greiða lækkunina. Vegna þessa keypti SPB skuldabréfið til að verja sig. Viðskiptavinurinn taldi að aðeins hefði verið samið um að hann myndi njóta hækkana af viðmunarbréfum en þyrfti ekki að bera skaða af lækkunum.

Í dómi Hæstaréttar sagði að skilmálar samningsins hafi verið mótsagnarkenndir en þar sagði m.a. „Viðskiptamanni ber að greiða þær hækkningar sem kunna að verða á markaðs-

virði viðmiðunarbréfa viðskiptamanns frá samningsdegi miðað við markaðsgengi það sem bankinn býður á gjalddaga, en til frádráttar koma þær lækkanir sem kunna að verða á markaðsvirði viðmiðunarbréfa viðskiptamanns.“ Að mati dómsins felst í þessu þversögn þannig að greinin verður markleysa. Skilmálarnir eru samdir einhliða af SPB og sagði Hæstiréttur að gera mætti kröfu um að fjármálafyrirtæki sýndi vandvirkni og aðgæslu gagnvart viðskiptavinum sínum. Því var það niðurstaða Hæstaréttar að SPB skyldi bera hallann af þessu atriði.

Eins og niðurstaða í þessu máli ber með sér er mikilvægt að skilmálar séu skýrir. Þegar skilmálar, sem eru samdir einhliða af banka, eru í gildi er líklegt að vafamál, sem upp kunna að koma, verði túlkuð viðskiptavininum í hag.

2 Heimildir til afleiðuviðskipta

Fyrsta ágreiningsefnið, sem hér er fjallað um, er hverjir hafi heimild til að stunda afleiðuviðskipti. Því hefur verið haldið fram að með gildistöku nýrra laga um verðbréfaviðskipti árið 2007 hafi almennum fjárfestum verið bannað að eiga í viðskiptum með flókna fjármálagerninga og að afleiður falli þar undir. Aðilar, sem jafnvel hafa stundað afleiðuviðskipti í áraraddir, hafa m.a. haldið því fram að þeir hafi ekki haft næga þekkingu á þeim viðskiptum sem þeir stunduðu. Að þeirra mati bar bankanum, sem þeir voru í viðskiptum við, að upplýsa þá betur um eðli þeirra viðskipta, sem þeir voru að stunda, og gæta þess að viðskiptin hentuðu þeirra reynslu og markmiðum.

2.1 Helstu lagaákvæði

Hinn 1. nóvember 2007 tóku gildi ný lög um verðbréfaviðskipti nr. 108/2007, sem komu í stað eldri laga nr. 33/2003. Með lögunum var innleidd svokölluð MiFID-tilskipun Evrópusambandsins (e. Markets in Financial Instruments Directive). Markmiðið með tilskipuninni, og þar með lögunum, var að setja samræmdar reglur í Evrópu um neytendavernd fjárfesta. Helstu kröfum MiFID-tilskipunarinnar má skipta í þrennt (Fjármálaeftirlitið, 2008):

- Fjármálafyrirtæki komi fram af heiðarleika, sanngirni og fagmennsku gagnvart viðskiptavinum sínum.
- Fjármálafyrirtæki veiti ýtarlegar upplýsingar sem eru skýrar, ekki villandi og viðeigandi fyrir viðskiptavininn.
- Fjármálafyrirtæki veiti viðskiptavinum sínum þjónustu miðað við aðstæður hvers og eins.

Fjármálafyrirtækjum er skylt samkvæmt lögunum að flokka væntanlega viðskiptavinum sína í almenna fjárfesta, fagfjárfesta og viðurkennda gagnaðila og njóta viðskiptavinir mismikillar neytendaverndar á grundvelli þess hvernig þeir eru flokkaðir. Mestrar verndar njóta almennir fjárfestar, síðan fagfjárfestar og minnstu verndar njóta viðurkenndir gagnaðilar. Skilgreining á fagfjárfesti er á þá leið að hann skuli búa yfir „reynslu, þekkingu og sérfræðikunnáttu“ til að meta áhættu og taka sjálfstæðar ákvarðanir um fjárfestingar. Viðurkenndur gagnaðili er t.d. ríkisstjórn, sveitarfélag, seðlabanki eða stór alþjóðleg stofnun. Almennur fjárfestir er skilgreindur sem fjárfestir sem er ekki fagfjárfestir eða viðurkenndur gagnaðili.

Neytendaverndin í lögunum felst m.a. í strangari kröfum en áður til fjármálafyrirtækja um öflun upplýsinga um tilvonandi viðskiptavinum og um þá ráðgjöf og upplýsingar sem fjármálafyrirtækjum ber að veita viðskiptavinum sínum. Samkvæmt 16. gr. laganna skulu fjármálafyrirtæki leita eftir upplýsingum um reynslu og þekkingu viðskiptavinar á viðkomandi verðbréfaviðskiptum til að geta metið hvort þau séu viðeigandi fyrir hann. Þó eru taldar upp nokkrar undanþágur frá þessu ákvæði og þar á meðal eru tilteknir einfaldir fjármálagerningar.

Skilgreiningu á fjármálagerningum er að finna í 2. gr. laganna en þar segir m.a. (d-liður 2. tl. 1. mgr.): „Valréttarsamningar, framtíðarsamningar, skiptasamningar, framvirkir vaxtasamningar og aðrar afleiður sem byggjast á verðbréfum, gjaldmiðlum, vöxtum, ávöxtunarkröfu, öðrum afleiðum, fjárhagslegum vísitölum eða fjárhagslegum viðmiðum sem gera má upp efnislega eða með reiðufé.“ Samkvæmt þessu falla afleiður undir skilgreininguna á fjármálagerningum.

Skilgreining á því hvað telst einfaldur fjármálagerningur samkvæmt lögum, og fellur þar með undir fyrrnefndar undanþágur í 16. gr. laga nr. 108/2007, er að finna í 38. gr. reglugerðar nr. 995/2007. Þar kemur fram að fjármálagerningur teljist einfaldur ef hann uppfyllir eftirfarandi skilyrði:

- Fjármálagerningurinn fellur ekki undir tiltekna skilgreiningar í 3. tl. 2. gr. laga nr. 108/2007. Dæmi um skilgreiningar undir þeirri grein eru: „verðbréf sem veita rétt til að kaupa eða selja verðbréf eða leiða til uppgjörs í reiðufé sem ræðst af verðbréfum, gjaldmiðlum, vöxtum eða ávöxtunarkröfum, hrávörum eða öðrum vísitölum eða mælikvörðum“.
- Auðvelt er að selja fjármálagerninginn á verði, sem er opinbert og aðgengilegt fyrir markaðsaðila, eða ráðstafa gerningnum á annan hátt.
- Skuldbinding þess sem á fjármálagerninginn er takmörkuð við kaup á gerningnum.
- Upplýsingar um fjármálagerninginn eru opinberar og ýtarlegar þannig að almennur viðskiptavinur getur kynnt sér gerninginn og tekið upplýsta ákvörðun um hvort hann vilji eiga viðskipti með hann.

Þar sem undirliggjandi breyta í afleiðusamningum er yfirleitt einhver þeirra breyta, sem taldar eru upp í 3. tl. 2. gr. laga nr. 108/2007, mætti álykta að afleiður almennt féllu undir 3. tl. Því myndu nánast engar afleiður falla undir undanþáguna í 16 gr. varðandi skyldu fjármálafyrirtækja til að leita upplýsinga um tilvonandi viðskiptavinum. Þó ber að hafa í huga orðalag greinarinnar þar sem talað er um að verðbréfin veiti *rétt* til að kaupa eða selja önnur verðbréf. Samkvæmt skilgreiningum á afleiðutegundum eru það aðeins valréttir sem veita kaupendum þeirra rétt til að kaupa eða selja undirliggjandi eign. Aðrar afleiður kveða á um skilyrðislausu skyldu samningsaðila til að kaupa eða selja undirliggjandi eignir á tilgreindum tíma.

Í lögnum er einnig lögð sú skylda á fjármálafyrirtæki að hafa hag viðskiptavinar að leiðarljósi. Fjallað er um bestu framkvæmd í lögnum en í 18. gr. kemur fram að „fjármálafyrirtæki skuli leita allra leiða til að tryggja bestu mögulegu niðurstöðu fyrir viðskiptavinum sína“ en jafnframt að fjármálafyrirtækið skuli fara að fyrirmælum viðskiptavinarins ef hann fer fram á ákveðna framkvæmd. Fjármálafyrirtækjum er einnig skylt að starfa í samræmi við góða viðskiptavenju og „með trúverðugleika fjármálamarkaðarins og hagsmuni viðskiptavina að leiðarljósi“.

2.2 Dómar Hæstaréttar

2.2.1 Mál nr. 631/2012, Byggingarhúsið ehf. gegn LBI hf.

LBI, gamli Landsbankinn, stefndi Byggingarhúsinu vegna vanefnda á framvirkum samningi um hlutabréfakaup. Byggingarhúsið var flokkað sem almennur fjárfestir af Landsbankanum og hélt Byggingarhúsið því fram að samningarnir væru flóknir fjármálagerningar sem væru gríðarlega áhættusamir. Vegna þessa hefði Landsbankanum borið að afla sér upplýsinga um viðskiptavininn og veita honum ráðgjöf í samræmi við þær upplýsingar en það hefði hann ekki gert.

Hæstiréttur taldi ekki liggja fyrir að bankinn hefði uppfyllt að fullu skyldu sína um öflun upplýsinga um viðkomandi viðskiptavin og fjárfestingarmarkmið hans þannig að hann gæti veitt honum ráðgjöf í samræmi við hans aðstæður. Aftur á móti hafði fulltrúi viðskiptavinarins undirritað almenna markaðsskilmála bankans þar sem hann staðfesti

að hann hefði kynnt sér eðli slíkra samninga og myndi leita sér sérfræðiaðstoðar utan bankans ef hann teldi þörf á því. Viðskiptavininum hefði því átt að vera ljós sú áhætta sem fólst í samningunum. Þá leit Hæstiréttur einnig til þess að viðskiptavinurinn hafði stundað sams konar viðskipti um nokkurt skeið. Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að jafnvel þótt bankinn hefði ekki að öllu leyti farið eftir því sem löginn kveða á um varðandi upplýsingaöflun og ráðgjöf þá væru engar heimildir í lögnum til að ógilda samningana. Þá komst dómurinn einnig að þeirri niðurstöðu í málinu að framvirkir samningar um hlutabréfakaup teljist ekki til flókinna fjármálagerninga enda er áhættan af þeim sú sama og ef um er að ræða kaup á hlutabréfum sem fjármögnuð eru með lántöku.

2.2.2 Mál nr. 630/2012, Byggingarhúsið ehf. gegn LBI hf.

Í málinu voru sömu málsaðilar og í máli nr. 631/2012 (sjá 2.2.1) en undirliggjandi hlutabréf voru önnur. Niðurstaða Hæstaréttar var sú sama.

2.2.3 Mál nr. 509/2013, Einar Pétursson gegn LBI hf.

Einar Pétursson hafði gert framvirka samninga við gamla Landsbankann um kaup á hlutabréfum í Exista hf. Hlutabréfin lækkuðu verulega í verði í kjölfar bankahrunsins. Einar hélt því fram að bankinn hefði brugðist skyldum sínum samkvæmt lögum um verðbréfavíðskipti og að Einar hefði ekki notið þeirrar verndar sem honum bar sem almennum fjárfesti.

Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið sýnt fram á að bankinn hefði brugðist skyldu sinni samkvæmt lögum um verðbréfavíðskipti. Í dómnum kemur fram að nýju lögum um verðbréfavíðskipti leggi ekki „bann við því að almennir fjárfestar stundi afleiðuviðskipti“. Strangari fyrirmæli séu þó um form samninga, upplýsingaöflun um viðskiptavini, mat á hæfni þeirra og um ráðleggingar til þeirra við upphaf viðskiptasambands eða við breytingu á því. Hæstiréttur vísaði til athugasemda við lagafrumvarpið þar sem kemur fram að þau ákvæði laganna, sem hin aukna skylda um upplýsingaöflun og veitingu upplýsinga til viðskiptavina byggir á, eigi einungis við um nýja viðskiptavini eða þegar stofnað er til nýrra tegunda viðskipta. Einar hafði átt í sams konar viðskiptum við Landsbankann og deilt var um í málinu samfelld frá árinu 2005 og því hafi upplýsinga-skylda Landsbankans gagnvart honum ekki verið eins rík og ef um nýjan viðskiptavin hefði verið að ræða. Þá var vísað til framangreinds dóms í máli nr. 631/2012 (sjá 2.2.1) varðandi það að framvirkir samningar eins og þessir teljist ekki til flókinna fjármálagerninga.

Niðurstaðan byggir einnig á því að Einar hafi undirritað markaðsskilmála Landsbankans og hafi haft þó nokkra reynslu af gerð svipaðra samninga en hann hafði gert 149 samninga um framvirk hlutabréfakaup við Landsbankann frá árinu 2005. Hæstiréttur benti einnig á að jafnvel þótt Einar hefði getað sýnt fram á að Landsbankinn hefði brugðist skyldum sínum samkvæmt lögum um verðbréfavíðskipti þá væri engin heimild til ógildingar á samningunum í þeim lögum.

2.2.4 Mál nr. 493/2013, Bjarni Már Bjarnason gegn LBI hf.

Deilt var um heimild almennra fjárfesta til að stunda afleiðuviðskipti og komst Hæstiréttur að sömu niðurstöðu og í framangreindu máli nr. 509/2013 (sjá 2.2.3). Samkvæmt dómnum er ekkert í lögnum sem bannar almennum fjárfestum að stunda afleiðuviðskipti auk þess sem ekki þótti sýnt fram á að bankinn hefði brugðist skyldum sínum varðandi veitingu upplýsinga. Þá hafði viðskiptavinurinn skrifað undir almenna skilmála bankans þar sem hann staðfesti að hann gerði sér grein fyrir þeirri áhættu sem fylgdi samningunum.

2.2.5 Mál nr. 638/2010, Landsbanki Íslands hf. gegn Njálu ehf.

Landsbanki Íslands (gamli Landsbankinn) áfrýjaði dómi héraðsdóms í máli sem Njála hafði höfðað gegn bankanum. Njála höfðaði upphaflega málið á þeim grundvelli að félagið hefði ranglega verið flokkað sem fagfjárfestir án þess að uppfylla þau skilyrði sem löginn

kveða á um að fagfjárfestir þurfi að uppfylla. Njála hafði sótt um að fá flokkun fagfjárfestis en það var skilyrði fyrir því að félagið gæti verið í virkri gjaldeyrisstýringu og stöðutöku hjá Landsbankanum.

Til að fá flokkun sem fagfjárfestir þurfti að uppfylla a.m.k. tvö af þremur skilyrðum sem tilgreind eru í 1. mgr. 24. gr. laga um verðbréfavíðskipti. Eitt skilyrðanna var að virði verðbréfaeignar viðskiptavinar nemi a.m.k. 46,2 milljónum króna. Í umsókn sinni tiltók Njála annars vegar virði verðbréfaeignar félagsins og enginn ágreiningur var um að félagið uppfyllti það lágmarksskilyrði. Hins vegar tiltók félagið reynslu af verðbréfavíðskiptum. Umsækjandi þarf að lágmarki að hafi gegnt stöðu á fjármálamarkaði í a.m.k. eitt ár og viðkomandi þarf einnig að greina frá því hvar hann gegndi stöðunni. Njála skrifaði „Landsbankinn“ í umsókn sinni en enginn af forsvarsmönnum félagsins hafði gegnt slíku starfi hjá Landsbankanum. Aftur á móti hafði Landsbankanum verið veitt umboð til að taka ákvarðanir varðandi stofnun og lokun afleiðusamninga fyrir hönd félagsins.

Hæstiréttur taldi reynslu og sérþekkingu starfsmanna Landsbankans ekki geta komið í stað slíkrar þekkingar hjá viðskiptavininum. Því var það mat Hæstaréttar að Landsbankanum hefði ekki verið heimilt að flokka þennan viðskiptavin sem fagfjárfesti. Af þeim sökum hafði bankinn ekki veitt viðskiptavininum fullnægjandi upplýsingar til þess að hann gæti tekið upplýsta ákvörðun í samræmi við það sem lög nr. 108/2007 gera ráð fyrir. Efnislega komst Hæstiréttur að sömu niðurstöðu og héraðsdómur sem hafði fellt skuldbindingu Njálu samkvæmt samningunum niður. Það gerði héraðsdómur á grundvelli þess að bankinn hefði ekki fylgt lögum varðandi flokkun fjárfesta og upplýsingagjöf til þeirra ásamt því að hafa trúverðugleika fjármálamarkaðarins að leiðarljósi. Að mati Hæstaréttar er hins vegar enga heimild að finna í lögum til að ógilda samningana, jafnvel þótt fjármálafyrirtæki bregðist skyldum sínum gagnvart viðskiptavinum sínum samkvæmt lögum. Hæstiréttur tók ekki undir þau rök Njálu að um hefði verið að ræða forsendubrest þar sem dómurinn taldi flokkun viðskiptavinar ekki forsendu fyrir viðskiptunum þrátt fyrir að fram hefði komið í máli fyrrverandi starfsmanns Landsbankans fyrir héraðsdómi að flokkun sem fagfjárfestir væri forsenda þess að viðskiptavinir gætu verið í virkri gjaldeyrisstýringu og stöðutöku. Í málinu krafðist Njála ekki skaðabóta vegna samninganna heldur hélt félagið því fram að þeir væru ógildir og krafðist endurgreiðslu vegna handveðs sem Landsbankinn hafði gengið að. Eins og áður segir féllst Hæstiréttur ekki á að samningarnir væru ógildir og hafnaði því kröfu Njálu.

2.2.6 Mál nr. 668/2014, Gunnar Magnússon gegn Dróma hf.

Málavextir voru þeir að Gunnar Magnússon hafði gert gjaldmiðlaskiptasamning við Frjálsa fjárfestingarbankann sem síðar var sameinaður Dróma hf. og tap varð af samningnum. Gunnar bar því við að bankinn hefði ekki mátt gera við sig afleiðusamning þar sem hann væri almennur fjárfestir og að bankinn hefði einnig brugðist upplýsingaskyldu sinni.

Hæstiréttur komst að sömu niðurstöðu og áður að ekkert ákvæði væri í lögum sem bannaði almennum fjárfestum að stunda afleiðuviðskipti. Auk þess vitnaði dómurinn til framangreinds dóms í máli nr. 638/2010 (sjá 2.2.5) þar sem kemur fram að engin ógildingarákvæði séu í lögum um verðbréfavíðskipti þó að bankar bregðist skyldum sínum um flokkun viðskiptavina og upplýsingaskyldu sinni gagnvart þeim.

2.2.7 Mál nr. 184/2012, NVN ehf. og Einar Örn Jónsson gegn Landsbanka Íslands hf.

NVN og Landsbanki Íslands (gamli Landsbankinn) höfðu gert með sér framvirkan samning um kaup NVN á hlutabréfum í bankanum. Meðal þess sem deilt var um í málinu var hvort Landsbankinn hefði veitt NVN fullnægjandi upplýsingar í samræmi við lög um verðbréfavíðskipti. Málsaðilar höfðu átt í viðskiptum með framvirka samninga a.m.k. frá árinu 2006 þegar NVN tók yfir aðild að þremur framvirkum samningum sem Einar hafði gert við Landsbankann.

Við gildistöku laga nr. 108/2007 var fjármálafyrirtækjum skylt að flokka viðskiptavini

sína. Landsbankinn sendi NVN bréf þess efnis að félagið væri flokkað sem fagfjárfestir og það staðfesti Einar Örn fyrir hönd NVN. Þrátt fyrir það hélt NVN því fram fyrir dómi að Landsbankanum hefði verið óheimilt að flokka félagið sem fagfjárfesti án þess að það hefði óskað sérstaklega eftir því.

Héraðsdómur byggði á framangreindum dómi Hæstaréttar í máli nr. 638/2010 (sjá 2.2.5) þegar hann komst að þeirri niðurstöðu að engin ákvæði væru í lögum um ógildingu samninga á grundvelli rangrar flokkunar fjárfesta. Að mati Hæstaréttar var þó ekki hægt að vísa eingöngu til dómsins þar sem málsaðstæður voru ólíkar. Í máli nr. 638/2010 hafði viðskiptavinurinn óskað eftir því að vera flokkaður sem fagfjárfestir en í máli NVN var það ákvörðun bankans að flokka NVN sem fagfjárfesti án þess að fyrir lægi ósk um það frá viðskiptavininum auk þess sem félagið uppfyllti ekki skilyrði flokkunar sem fagfjárfestir. Atvik málsins varðandi þennan lið voru að mati Hæstaréttar vanreifuð og taldi hann ekki rétt að fella efnisdóm varðandi hann.

2.2.8 Mál nr. 553/2015, *Glitnir hf. gegn Þorsteini Hjaltsted*

Þorsteinn Hjaltsted hafði gert samning um eignastýringu við Glitni samkvæmt ákveðinni fjárfestingarstefnu. Þorsteinn var flokkaður sem almennur fjárfestir af Glitni. Í málinu var deilt um fjórar fjárfestingar sem einkabankaþjónustan fór í fyrir hönd Þorsteins.

Hæstiréttur taldi mögulegan rétt Þorsteins gagnvart Glitni hafa fallið niður vegna tómlætis vegna tveggja fjárfestinganna. Fram kemur í niðurstöðu Hæstaréttar að samkvæmt meginreglum fjármunaréttar geti samningsaðili glatað rétti sínum „til að bera fyrir sig vanefnd eða annað réttarbrot“ ef ekki eru gerðar athugasemdir við slíkt án ástæðulauss dráttar. Jafnframt var eftirfarandi getið í athugasemd með frumvarpi að lögum nr. 33/2003:

að tómlæti geti haft meiri áhrif á réttarstöðu samningsaðila í verðbréfa- viðskiptum en á öðrum sviðum, enda geti hver dagur skipt máli fyrir verðmæti verðbréfa og gætu rúmfræstir til athugasemda leitt til þess að samningsaðili tæki ekki aðeins mið af upplýsingum, sem lágu fyrir þegar viðskipti voru gerð, heldur einnig síðari upplýsingum.

Þorsteinn hafði tapað rúmum 23,5 milljónum kr. á afleiðutengdu skuldabréfi sem eignastýringin hafði keypt fyrir hans hönd. Vegna þessa vildi eignastýringin vinna upp tapið með gjaldeyrisstýringu. Þorsteinn skrifaði í kjölfarið undir samning um gjaldeyrisstýringu. Framlag Þorsteins var metið 22 milljónir króna. Hann greiddi þó ekkert vegna stýringarinnar en tapið af skuldabréfinu var flutt inn í gjaldeyrisstýringuna þannig að upphafsstaðan í henni var neikvæð sem nam tapinu af skuldabréfinu. Þegar bankinn var tekinn yfir af Fjármálaeftirlitinu nam tap gjaldeyrisstýringarinnar að meðtöldu tapi vegna skuldabréfsins um 103,6 milljónum króna. Því var mótmælt af hálfu Þorsteins þar sem viðskipti með gjaldeyri hefðu farið fram á óeðlilegu gengi. Byggt var á því að í fjögur skipti hefði verið seldur gjaldeyri fyrir hönd Þorsteins á gengi sem engin stoð hefði verið fyrir.

Fengnir voru dómkvaddir matsmenn til að leggja mat á viðskiptin. Í matsgerð þeirra kom fram að það væri markaðsvenja að miðlun legði á álag á stundargengi og vaxtamun framvirkra samninga sem þóknun fyrir viðskiptin. Venjan í stórum viðskiptum væri að álagið væri ekki meira en 2–5 aurar en frávik upp á tugi aura eða 27,87 kr. eins og í málinu gætu ekki talist innan eðlilegra marka. Það var því mat matsmanna að í stað taps upp á rúmar 80 milljónir af gjaldeyrisstýringunni hefði átt að vera hagnaður sem næmi rúmum 72 milljónum að teknu tilliti til þess taps sem var fært yfir vegna skuldabréfsins.

Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms um að Glitnir hefði brotið gegn ákvæðum um góða viðskiptahætti og skyldu um að hafa hagsmuni viðskiptavinar að leiðarljósi. Vegna þessa hefði bankinn bakað sér skaðabótaskyldu. Ekki var fallist á kröfu Glitnis um að þessi krafa væri niðurfalinn vegna tómlætis vegna þess að Þorsteinn var aldrei upplýstur um þennan mikla gengismun. Því var 72 milljóna króna krafa Þorsteins vegna gjaldeyrisstýringarinnar viðurkennd þó að hann hafi aldrei lagt fram neina fjármuni til hennar.

2.2.9 Mál nr. 222/2013, Glitnir gegn Ottó Birni Ólafssyni

Ottó Björn Ólafsson lýsti skaðabótakröfum við slitameðferð Glitnis vegna framvirks samnings um skuldabréfakaup sem starfsmenn Glitnis höfðu gert fyrir hönd Ottós. Ottó hafði gert samning við Glitni um einkabankaþjónustu sem stýrði fjárfestingum fyrir hann samkvæmt fyrir fram ákveðinni fjárfestingastefnu. Ottó hafði skrifað undir almenna skilmála um einkabankaþjónustu. Í skilmálunum kemur m.a. fram að viðskiptavinir, sem eru flokkaðir sem fagfjárfestar, geti óskað eftir því að fjárfestingar í einkabankaþjónustu nái til óskráðra verðbréfa. Ottó var flokkaður sem almennur fjárfestir.

Ottó krafðist skaðabóta vegna taps af gjaldeyrisstýringu. Málstaðstæður voru þær að eignastýringin hafði gert framvirkan samning um kaup á afleiðutengdu skuldabréfi útgefnu af Spron þar sem vextir af bréfinu réðust af hlutabréfaverði í Straumi banka. Rúmlega 46 milljóna króna tap varð á þeim viðskiptum. Eignastýringin bauð Ottó í kjölfarið að færa tapið inn í gjaldeyrisstýringu með það að markmiði að vinna upp tapið – sem hann þáði. Vegna viðskiptanna þurfti Ottó að leggja fram 41 milljón króna í tryggingu en ekki þótti sýnt fram á að hann hefði greitt fjárhæðina og því var skaðabótakröfu vegna hennar hafnað. Glitnir fór fram á að hann myndi greiða fjárhæð sem nam tapinu af framvirka samningnum.

Hæstiréttur hafnaði því á grundvelli þeirra skilmála sem viðskiptavinurinn hafði undirritað og heimiluðu aðeins fagfjárfestum að eiga viðskipti með óskráð verðbréf. Þar sem Ottó var almennur fjárfestir og umræddar afleiður voru ekki skráðar á verðbréfamarkað þá var ekki talið að einkabankaþjónustunni hefði verið heimilt að fjárfesta í þeim fyrir hans hönd. Vegna þessa var kröfu Glitnis um uppgjör á tapi vegna samninganna hafnað.

2.2.10 Mál nr. 158/2015, Eignarhaldsfélag RS hf. gegn SPB hf.

Deilt var um skiptasamning sem hafði verið gerður á milli RS og SPB hinn 5. október 2007. Skiptasamningurinn fól það í sér að viðskiptavinurinn tók á sig áhættu af verðlækkun tiltekinna skuldabréfa útgefnum af Exista hf. og skyldi greiða bankanum ef bréfin lækkuðu í virði á samningstímanum. Bankinn tók áhættu af hugsanlegri verðhækkun bréfanna og bar að greiða RS þá hækkun sem yrði á virði bréfanna á samningstímanum. Við bankahrunið urðu skuldabréf Exista nánast verðlaus.

RS krafðist þess að samningurinn yrði dæmdur ógildur þar sem félagið hefði ekki mátt stunda slík afleiðuviðskipti vegna þess að það hefði ekki uppfyllt kröfur sem eru gerðar í lögum um slík viðskipti. Vísaði RS til skyldu fjármálafyrirtækja um upplýsingaöflun og flokkun fjárfesta. Það lá fyrir í málinu að SPB hafði ekki aflað sér upplýsinga um eða flokkað RS og því naut félagið stöðu almenns fjárfestis. Því var haldið fram af RS að „samkvæmt íslenskum samningarétti sé samningur við aðila, sem að lögum sé ekki hæfur til að standa að slíkum löggerningi, ógildur frá upphafi“. Einnig kom fram í máli RS að „[m] eginregla laga um verðbréfaviðskipti sé sú að fjármálafyrirtæki megi ekki veita fjárfestum ráðgjöf eða eiga við þá afleiðuviðskipti af þeim toga sem skiptasamningarnir séu, nema þeim sem þau hafi metið með lögmæltum hætti“. Þá kom fram í máli RS að það skipti engu að engin ógildingarákvæði væri að finna í lögum um verðbréfaviðskipti þar sem „[s] lík skýring á verðbréfaviðskiptalögum samræmist þeirri meginreglu Evrópuréttar og EES réttar að einstaklingur eða lögaðili sem njóta eigi verndar ESB/EES reglna, skuli eiga áhrifarík réttarúræði til að ná rétti sínum ef brotið er gegn þeim reglum“.

Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms, þar sem kom fram að þar sem samningurinn var gerður áður en ný lög um verðbréfaviðskipti tóku gildi þá giltu þau ekki um þennan samning. Þá sagði einnig að fyrir lægi að RS væri umsvifamikill fjárfestir bæði á Íslandi og erlendis og ótvírætt að hann gerði sér grein fyrir þeirri áhættu sem fælist í samningunum. Hann hafði einnig undirritað almenna skilmála SPB um markaðsviðskipti þar sem kemur fram að viðskiptavinurinn geri sér grein fyrir þeirri áhættu sem fælist í samningunum og muni hann leita sér utanaðkomandi ráðgjafar telji hann þörf á því. Vegna alls þessa var ekki talið að RS hefði verið óhæft til að standa að afleiðusamningum og því samþykkti héraðsdómur kröfu SPB um að RS yrði gert að standa við samninginn.

2.3 Samantekt

Megintilgangur MiFID-tilskipunarinnar var að auka neytendavernd fjárfesta. Það var gert með því að leggja auknar kvaðir á fjármálafyrirtæki um upplýsingagjöf til viðskiptavina og að þau skuli tryggja að viðskiptavinurinn hafi þekkingu og reynslu til að eiga viðskipti með þær fjármálaafurðir sem hann óskar eftir að eiga viðskipti með. Þrátt fyrir þetta er það niðurstaða Hæstaréttar að í lögnum séu engar heimildir til ógildingar á samningum þótt fjármálafyrirtæki sinni ekki þessum skyldum sínum.

Viðskiptavinir geta þó höfðað skaðabótamál og krafist skaðabóta telji þeir fjármálafyrirtæki ekki hafa farið að lögum og með því valdið sér skaða. Hér hafa verið reifuð mál þar sem viðskiptavinum einkabankþjónustu hafa verið dæmdar skaðabætur í slíkum tilvikum. Þó ber að hafa í huga að Hæstiréttur vísaði í þeim málum einnig til skilmála sem viðskiptavinirnir undirrituðu um þjónustuna. Í þeim kemur fram að aðeins fagfjárfestum sé heimilt að óska eftir því að eiga viðskipti með óskráð bréf.

Hæstiréttur hefur einnig komist að þeirri niðurstöðu að það sé ekkert í lögum sem banni almennum fjárfestum að stunda afleiðuviðskipti. Að því marki sem afleiðurnar eru skilgreindar sem einfaldir fjármálagerningar er krafa um upplýsingagjöf minni. Niðurstaða Hæstaréttar hefur verið sú að framvirkir samningar með hlutabréf séu ekki flóknir fjármálagerningar og rökstuddi Hæstiréttur þá niðurstöðu sína m.a. með því að áhættan af framvirkum samningi sé sú sama fyrir viðskiptavininn og ef um væri að ræða lántöku fyrir kaupum á hlutabréfum. Þessi skilgreining er ekki í samræmi við skilgreiningu Evrópusambandsins sem skilgreinir alla afleiðusamninga sem flókna fjármálagerninga (Committee of European Securities Regulators, 2009, bls. 4).

3 Gengisviðmiðun gjaldmiðlasamninga

Við uppgjör gjaldmiðlasamninga, hvort sem um er að ræða skiptasamninga, framvirka samninga, valrétti eða aðrar gjaldmiðlaafleiður, þá skiptir það gengi, sem er til viðmiðunar í uppgjörinu, miklu máli. Viðskipti með íslensku krónuna fara fram á nokkrum mismunandi mörkuðum og nokkrir aðilar skrá og birta gengi hennar opinberlega, t.d. Seðlabanki Íslands, Seðlabanki Evrópu og fleiri seðlabankar, og einnig skrá viðskiptabankar kaup- og sölutilboð sín sem og miðgengi. Yfirleitt er ekki mikill munur á gengisskráningu milli aðila eða á gengi milli markaða enda myndu þá verða til högnunartækifæri. Þó geta þær aðstæður komið upp, þegar markaðir eru ekki fyllilega frjálsir, eins og gerðist hér á landi í kjölfar bankahrunsins. Ekki er alltaf kveðið á um við hvaða gengisskráningu skuli miða í samningum eða það er á einhvern hátt óskýrt.

3.1 Helstu lagaákvæði og aðstæður á markaði

Í 19. gr. laga nr. 36/2001 um Seðlabanka Íslands segir að Seðlabankinn skuli skrá gengi íslensku krónunnar gagnvart helstu gjaldmiðlum og að miða skuli við þá gengisskráningu í „dómsmálum, opinberum samningum og öðrum samningum“ þar sem ekki er kveðið sérstaklega á um við hvaða gengisskráningu skuli miða. Fram kemur í lögnum að Seðlabankinn hafi heimild til að skrá gengi þegar skipulegir gjaldeyrismarkaðir eru ekki starfandi. Þá segir í lögnum að Seðlabankinn skuli setja reglur um skipulega gjaldeyrismarkaði sem hann hefur gert með reglum nr. 1098/2008 um gjaldeyrismarkað sem komu í stað eldri reglna nr. 912/2002 um sama efni.

Samkvæmt reglunum skal Seðlabankinn skrá opinbert viðmiðunargengi evru gagnvart krónu⁴ á grundvelli tilboða allra viðskiptavaka. Gengi annarra gjaldmiðla reiknar Seðlabankinn út frá gengi evru. Þeir sem óska eftir að verða viðskiptavakar á gjaldeyrismarkaði þurfa að hafa „ótakmarkað starfsleyfi til gjaldeyrisviðskipta“. Þær skyldur, sem viðskiptavakar gangast undir, eru að þeir skuldbinda sig til að leggja reglulega fram bindandi kaup- og sölutilboð í upplýsingakerfi Reuters. Tilboðin skulu uppfærð á a.m.k. 30

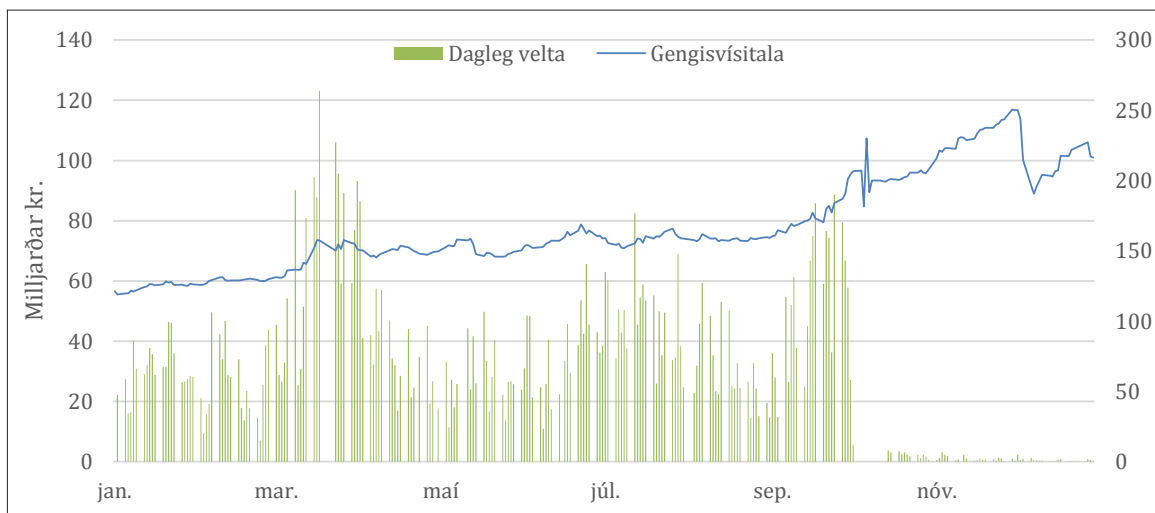
4 Í eldri reglum var miðað við Bandaríkjadal í stað evru.

sekúndna fresti. Miða skal við að tilboðin, sem viðskiptavakinn leggur fram, séu fyrir 100.000 evrur nema annað sé tekið fram. Markaðsaðilum er skylt að eiga viðskipti við Seðlabanka Íslands í samræmi við reglurnar en Seðlabankanum er ekki skylt að eiga viðskipti við aðra markaðsaðila. Markaðsaðilar eru viðskiptavakar auk Seðlabanka Íslands. Seðlabankinn ákveður fyrir hvaða gjaldmiðla gengi er skráð (Reglur um gjaldeyrismarkað nr. 1098/2008).

Viðskiptabankarnir Þrír, Glitnir hf., Landsbanki Íslands hf. og Kaupþing hf., gegndu hlutverki viðskipavaka á gjaldeyrismarkaði við hrun fjármálakerfisins. Á tímabilinu 7.–9. október árið 2008 voru þeir allir teknir yfir af Fjármálaeftirlitinu og hættu að sinna því hlutverki sínu. Vegna þessa og þeirrar óvissu, sem ríkti, féll gengi íslensku krónunnar gagnvart öðrum gjaldmiðlum. Seðlabankinn brást við þessari þróun með aðgerðum til að hafa áhrif á gengi krónunnar. Því var ljóst að opinber gengisskráning bankans endurspeglaði ekki markaðsvirði íslensku krónunnar gagnvart öðrum gjaldmiðlum á þessum tíma.

Hinn 7. október 2008 sendi Seðlabankinn frá sér tilkynningu þar sem kom fram að hann ætlaði að grípa til aðgerða til að styðja við gengi krónunnar. Gengið hafði þá lækkað hratt. Einnig kom fram að Seðlabankinn ætlaði að eiga í viðskiptum sem tækju mið af því að gengisvísitalan væri 175 stig sem samsvaraði því að gengi krónu gagnvart evru næmi 131 kr. (Seðlabanki Íslands, 2008a). Daginn eftir sendi Seðlabankinn frá sér aðra tilkynningu þar sem kom fram að bankinn hefði „í tvo daga átt viðskipti með erlendan gjaldeyri á öðru gengi en myndast hefur á markaði“ en hann ætlaði ekki að halda því áfram (Seðlabanki Íslands, 2008b). Í framhaldi af þessu sendi bankinn innlánsstofnunum tilmæli um tímabundna temprun á útflæði gjaldeyris þar sem kom m.a. fram að „[f]orðast ætti að nýta gjaldeyri, sem kemur inn í bankana, til fjármálatengdra gjaldeyrisviðskipta af neinu tagi“. Var þetta gert vegna mikillar markaðsröskunar vegna þess sem áður hafði gerst (Seðlabanki Íslands, 2008c). Seðlabankinn hóf í kjölfarið dagleg uppboð á gjaldeyri.

Mynd 1 sýnir veltu á millibankamarkaði með gjaldeyri og gengisvísitöluna. Á myndinni sést að velta á innlendum gjaldeyrismarkaði minnkaði verulega eftir setningu neyðarlaganna í byrjun október 2008 sem hömluðu frjálsum viðskiptum á markaði. Veltan, sem þó var, kom til vegna daglegra gjaldeyrisútboða Seðlabankans.



Mynd 1. Velta á gjaldeyrismarkaði (vinstri ás) og gengisvísitala (hægri ás) árið 2008

Heimild: Seðlabanki Íslands.

Hinn 28. nóvember 2008 voru tilmælin um temprun útflæðis felld úr gildi þegar breytingar höfðu verið gerðar á lögum um gjaldeyrismál sem heimiluðu Seðlabankanum að setja á reglur sem takmörkuðu fjármagnsflutning milli landa. Seðlabankinn nýtti sér þá heimild og setti reglur nr. 1082/2008 um gjaldeyrismál sem í daglegu tali eru nefnd fjármagnshöftin (Seðlabanki Íslands, 2008d). Höftin bönnuðu allan flutning á fjármagni til og frá landinu

nema til að greiða fyrir vöru og þjónustu auk þess sem heimilt var að greiða vexti og afborganir af erlendum lánum sem höfðu verið tekin fyrir gildistöku reglnanna. Reglurnar bönnuðu kaup erlendra aðila á verðbréfum í krónum, nema að þeir ættu krónur fyrir gildistöku, sem og kaup innlendra aðila á verðbréfum í erlendri mynt. Þó var heimilt að endurfjárfesta arð- og vaxtagreiðslum í erlendri mynt sem og söluandvirði erlendra eigna. Í 5. gr. reglnanna er fjallað um afleiðusamninga og þar er lagt bann við afleiðusamningum sem fela í sér viðskipti með íslenska krónu gegn erlendum gjaldeyri að undanskildum samningum um vöru- og þjónustuviðskipti (Reglur um gjaldeyrisráð nr. 1082/2008).

Seðlabanki Evrópu heldur utan um gengisskráningu fjölmargra gjaldmiðla gagnvart evru og birti bankinn gengi evrunnar gagnvart íslensku krónunni fram til 3. desember 2008. Bankinn hóf að nýju að birta gengi evru gagnvart íslensku krónunni þann 1. febrúar 2018 eftir rúmlega 9 ára hlé. Gengisskráningin byggir á samráði bankans við aðra seðlabanka og á hún að endurspeglar markaðsaðstæður hverju sinni. Þó er einnig tekið fram að gengisskráning bankans sé einungis til upplýsingar: „The rates are intended for information purposes only“ (European Central Bank, e.d.).

3.2 Dómar Hæstaréttar

3.2.1 Mál nr. 773/2013, Síminn hf. gegn Glitni hf.

Síminn hafði gert gjaldmiðlaskiptasamninga við Glitni og sex þeirra voru á lokagjalddaga á árinu 2008 eftir að Glitni hafði verið tekinn yfir af Fjármálaeftirlitinu. Aðilar voru sam-mála um að samningarnir skyldu gerðir upp á lokagjalddaga þeirra en ósammála um við hvaða gengi skyldi miða. Síminn fór fram á að miðað yrði við skráð gengi Seðlabanka Evrópu frekar en gengi Seðlabanka Íslands. Vísaði Síminn til reglna, sem hann hafði undirritað, sem og SFF-skilmálanna þar sem kemur fram að útreikningur, sem fer fram við upp-gjör, skuli vera byggður á markaðsskilyrðum.

Héraðsdómur Reykjavíkur komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri að finna nein ákvæði í samningum milli aðilanna eða þeim skilmálum, sem giltu um viðskiptin, um við hvaða gengisskráningu skyldi miða. Því skyldi miða við gengisskráningu Seðlabanka Íslands samkvæmt lögum um bankann. Dómurinn vísaði til þess að starfandi hefði verið uppboðsmarkaður á vegum Seðlabanka Íslands á öllum lokagjalddögum samninganna og viðskipti hefðu farið fram á skráðu gengi bankans. Þá breytti það engu að mati dómsins þó að gengið réðist ekki af frjálsum viðskiptum í hvívetna.

Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms og lagði jafnframt áherslu á að samkvæmt lög-um er Seðlabankanum skylt að skrá gengi krónunnar á hverjum þeim degi sem skipulegir gjaldeyrismarkaðir eru almennt starfandi. Þá hafi hann einnig heimild samkvæmt lögum til að ákvarða gengið þegar skipulegir gjaldeyrismarkaðir eru ekki starfandi.

3.2.2 Mál nr. 39/2016, Brim hf. gegn LBI ehf.

Í málinu var deilt um viðmiðunargengi í gjaldmiðlasamningum. Meðal þess sem Brim hélt fram var að samningarnir skyldu falla niður á grundvelli þess að alvarlegir hagsmunaárekstrar hefðu verið á milli bankans og Brims sem hefðu varðað við 8. gr. laga nr. 108/2007. Greinin leggur skyldu á fjármálafyrirtæki að gera allar tiltækar ráðstafanir til koma í veg fyrir hagsmunaárekstra við viðskiptavini sína.

Það var mat Brims að Landsbankinn hefði hvatt félagið og fleiri viðskiptavini til að taka stöðu með íslensku krónunni⁵ þrátt fyrir að bankanum hefði verið ljóst að margar vísbendingar væru um yfirvofandi gengislækkun krónunnar. Einnig hélt Brim því fram að Landsbankinn hefði haft ríka hagsmuni af falli krónunnar. Því til stuðnings hélt Brim því fram að afkoma bankans á síðustu 20 mánuðunum fyrir hrun hefði verið borin uppi af gengishagnaði vegna lækkunar á gengi íslensku krónunnar.

⁵ Gera framvirka samninga um sölu á erlendum gjaldeyri fyrir krónur þannig að viðkomandi hagnast ef gengi krónunnar styrkist gagnvart erlendum gjaldmiðlum en tapar ef það veikist.

Matsmenn voru dómkvaddir til að meta gengisáhrif á efnahags- og rekstrarreikninga bankans. Niðurstaða matsins var sú að áhrif gengisbreytinga á efnahags- og rekstrarreikning bankans á fyrri helmingi ársins 2008 hefðu numið tæpum 64 milljörðum króna. Bókfært eigið fé bankans nam á þessum tíma tæpum 202 milljörðum króna og heildarhagnaður tímabilsins nam rúmum 29 milljörðum króna (Landsbanki, 2008b). Því hefði verið tap á tímabilinu ef ekki hefði komið til gengishagnaðar. Því var haldið fram í málinu að Landsbankinn hefði haft beina hagsmuni af því að gengi krónunnar myndi lækka og að bankinn hefði ekki leyft viðskiptavinum sínum að taka stöðu gegn krónunni.

Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að málið væri ekki vanreifað af hálfu Landsbankans varðandi gengisviðmiðun. Hann féllst á þau rök Landsbankans að honum hefði verið heimilt samkvæmt almennum skilmálum bankans að umreikna þær erlendu myntir, sem Brim átti að greiða, í íslenskar krónur m.v. gengisskráningu Seðlabanka Íslands þar sem Brim stóð ekki skil á þeim í samræmi við samninginn.

Í dómi Hæstaréttar sagði að þekkt væri að bankar leituðust við að gera samninga sem vega hver upp á móti öðrum til að draga úr áhættu en einnig að bankar gætu haft sjálfstæða hagsmuni af þróun undirliggjandi eignar þar á meðal gengi gjaldmiðla. Dómurinn tók undir það að gögn bentu til þess að bankinn hefði hagnast a.m.k. til skamms tíma á lækkun gengis íslensku krónunnar. Að mati dómsins voru þó ekki lögð fram fullnægjandi gögn sem sýndu að bankinn hefði markvisst stuðlað að gengislækkun eða búið yfir sértækum upplýsingum sem honum væri skylt að upplýsa viðskiptavinum sína um. Kröfu Brims var því hafnað.

3.3 Samantekt

Í þeim tveimur málum, sem voru reifuð hér að framan, giltu SFF-skilmálarnir sem og skilmálar bankanna. Í samningunum var ekki sérstaklega tekið fram við hvaða gengisskráningu skyldi miða og vegna þess komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu í báðum málum að miða skyldi við gengi Seðlabanka Íslands. Það breytti engu þó að gengisskráningin hefði ekki byggt á markaðsaðstæðum enda hefði bankinn haft heimild í lögum til að skrá gengi þegar gjaldeyrismarkaðir voru ekki starfandi. Það skipti engu máli – að mati dómstóla – þótt fram hefði komið í SFF-skilmálunum að útreikningar skyldu byggðir á markaðsaðstæðum.

Í máli Símans gegn Glitni nr. 773/2013 (sjá 3.2.1) mátu dómkvaddir matsmenn markaðsgengi krónunnar gagnvart nokkrum gjaldmiðlum, þar á meðal evru. Aðferðafræði matsmanna byggðist á því að finna vegið meðalgengi í viðskiptum yfir þann tíma sem hefði tekið að loka viðkomandi samningum. Byggt var á gengisskráningu frá upplýsingaveitunni Reuters Dealing. Þau gögn endurspegluðu best gjaldeyrisviðskipti í frjálsum viðskiptum að mati matsmanna.

Mynd 2 sýnir gengi evru gagnvart íslensku krónunni samkvæmt skráningu Evrópska seðlabankans (blá lína), Seðlabanka Íslands (græn lína) og gengismati matsmanna samkvæmt Reuters Dealing á þremur dögum (gráir punktar). Eins og sést á myndinni var mikill samhlómur milli gengisskráningar seðlabankanna tveggja fram í október 2008 en punktalínan sýnir dagslokagengi þann 3. október eða síðasta viðskiptadag áður en neyðarlögin voru sett og tveimur viðskiptadögum áður en Seðlabankinn tilkynnti um að hann ætlaði að festa gengisvísitöluna í 175 stigum.

Eins sjá má af myndinni þá getur munað umtalsverðum fjárhæðum eftir því við hvaða gengi er miðað við uppgjör á samningum. Hæstiréttur hefur verið afdráttarlaus með að miða skuli við skráð gengi Seðlabanka Íslands sé ekki önnur gengisskráning tiltekin og breytir þá engu hvort gengið hafi myndast á markaði eða ekki. Þá hefur Hæstiréttur staðfest niðurstöðu héraðsdóms varðandi það að ekki hafi verið sýnt fram á að bankarnir⁶ „hafi

6 Málið fjallaði um viðskipti Landsbanka Íslands en samkvæmt skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis (2010) tók bankinn svipaða stöðu á gjaldeyrismarkaði og hinir viðskiptabankarnir tveir og því var líklegt að Hæstiréttur kæmist að sömu niðurstöðu varðandi hina tvo.

markvisst stuðlað að lækkun íslensku krónunnar eða búið yfir sértækum upplýsingum um þróun gengis hennar sem honum var skylt að upplýsa viðskiptavinum sína um“ (Brim hf. gegn LBI ehf., 2016).



Mynd 2. Gengi krónu gagnvart evru árið 2008.

Heimildir: Seðlabanki Íslands, Evrópski seðlabankinn og dómur Hæstaréttar í máli nr. 773/2013.

4 Reiknireglur við uppgjör

Í SFF-skilmálunum kemur fram að falli samningur úr gildi vegna vanefndar skuli sá sem olli vanefndinni bæta mótaðilanum það tjón sem hann kann að hafa orðið fyrir. Þar segir einnig að við útreikning á virði samnings skuli beita núvirðingaraðferð sem byggir á markaðsaðstæðum. Hér verða reifuð tvö mál þar sem var deilt um uppgjörsaðferð fyrir dómstólum.

4.1 Dómar Hæstaréttar

4.1.1 Mál nr. 421/2011, Glitnir banki hf. gegn Marel hf.

Glitnir og Marel höfðu gert með sér nokkra gjaldmiðlaskiptasamninga. Málsaðilar höfðu samið sín á milli um öll deilumál varðandi samningana nema hvaða uppgjörsaðferð skyldi beitt. Glitnir vildi beita núvirðingaraðferð en Marel svokallaðri uppsöfnunaraðferð.

Í dómi Hæstaréttar kom fram að núvirðingaraðferð felur það í sér að gera aðilana eins setta og ef samningurinn hefði verið efndur á gjalddögum. Þannig er stuðst við þær forsendur að allar vaxtagreiðslur og höfuðstólsgreiðslur hafi farið fram í samræmi við samninginn og þær greiðslur eru núvirtar m.v. þann dag sem samningunum var lokað. Uppsöfnunaraðferðin byggir á því að samningurinn hafi verið gerður upp þegar honum var lokað, þ.e. ekki er gert ráð fyrir frekari greiðslum samkvæmt samningnum heldur er staða hans reiknuð m.v. þann dag sem samningnum var lokað. Höfuðstólsgreiðslur og áfallnar vaxtagreiðslur eru þannig skuldajafnaðar hvorar á móti öðrum.

Í þessu máli hafnaði bankinn því að efna samningana eins og Marel hafði óskað eftir. Það var því bankinn sem vanefndi samningana með því að greiða ekki vaxtagreiðslu á gjalddaga hennar. Við vanefnd hans á samningunum virkjaðist heimild Marel til að rifta þeim samkvæmt skilmálum. Samkvæmt SFF-skilmálunum, sem giltu um viðskiptin, varð að tilkynna riftunina skriflega sem Marel gerði þó ekki. Bankinn hélt því m.a. fram að skapast hefði sú markaðsvenja að gera samninga sem þessa upp með núvirðingaraðferð. Undir það sjónarmið tók dómurinn ekki.

Hæstiréttur taldi að þar sem bankinn hefði vanefnt samninginn yrði ákvæði í skilmálunum ekki notað honum til hagsbóta þar sem þau ákvæði miða að því að bæta þeim sem verður fyrir vanefnd það tjón sem hann verður fyrir. Bankinn hélt því einnig fram að þar sem Marel rifti samningnum ekki skriflega, eins og kveðið er á um í SFF-skilmálunum, þá hefði Marel í reynd ekki rift samningnum. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að fyrirsjáanleg vanefnd hefði orðið við fall bankans og hún orðið raunveruleg nokkrum dögum síðar þegar bankinn átti að greiða vaxtagreiðslu sem hann greiddi ekki. Marel hafði einnig í tvígang lýst því yfir að félagið vildi efna samningana til lokagjalddaga og féllst dómurinn á að Marel skyldi ekki gjalda fyrir það að hafa ekki rift samningnum skriflega. Því skyldi niðurstaðan vera að gera Marel eins sett og að félagið hefði rift samningnum. Var talið að uppsöfnunaraðferðin væri best til þess fallin að gera Marel eins sett og að samningunum hefði verið rift. Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms.

4.1.2 Mál nr. 127/2014, Kaupþing hf. gegn Reykjavíkurborg

Kaupþing og Reykjavíkurborg höfðu gert með sér gjaldmiðla- og vaxtaskiptasamninga sem Reykjavíkurborg rifti í kjölfar hrunsins. Að mati Kaupþings var riftunin óheimil. Borgin hafði gert samningana til að verja sig gegn gengisáhættu af erlendum lánnum sem hún hafði tekið. Samningarnir voru til nokkuð langs tíma eða fimm ára. Að mati Kaupþings hafði komið til vanefndar af hálfu borgarinnar þegar hún rifti samningunum og því gjaldfelldi Kaupþing þá og vildi uppgjör í samræmi við núvirðingaraðferðina. Borgin hafði þó aldrei staðfest markaðsskilmála Kaupþings sem að hennar mati voru mjög einhliða enda ekkert kveðið á um rétt viðskiptavinarins, ef bankinn stæði ekki í skilum, heldur aðeins um rétt bankans.

Á gjalddögum samninganna hafði skapast sú venja að Kaupþing sæi um uppgjör á milli aðila. Uppgjörið var með þeim hætti að skuldbindingar hvors aðila fyrir sig voru reiknaðar og sá aðili sem átti að greiða hærri fjárhæð greiddi hinum mismuninn. Í október árið 2008 átti Kaupþing að greiða Reykjavíkurborg en gerði það ekki og í kjölfar þess sendi borgin bankanum bréf þar sem hún lýsti yfir riftun á öllum samningunum vegna fyrirsjáanlegrar vanefndar. Hin fyrirsjáanlega vanefnd fólst í því að Kaupþing hafði þegar vanefnt einn samning auk þess sem heimild Fjármálaeftirlitsins til að taka bankann yfir byggðist á því að hann hefði átt við sérstaka, „fjárhags- og/eða rekstrarerfiðleika“ að stríða, samanber 5. gr. laga nr. 125/2008. Jafnframt byggðist riftunin á þeirri staðreynd að afleiðusamningar hefðu ekki verið meðal þeirra eigna sem voru færðar yfir í nýja bankann sem ætlað var að taka við hlutverki eldri bankans sem viðskiptabanki.

Bankinn mótmælti riftuninni og sagði að hann liti svo á að samningarnir væru enn opnir og að hann ætti kröfu á borgina ef samningarnir væru neikvæðir fyrir borgina. Ef samningarnir yrðu jákvæðir fyrir borgina ætti hún almenna kröfu á bankann. Bankinn hélt því fram að ekki hefðu verið færð nægileg rök fyrir því að fyrirsjáanleg vanefnd hefði verið yfirvofandi á þessum tímamarki enda hefði síðar komið í ljós að ekki hefðu orðið frekari vanefndir af hálfu bankans. Ástæðan var sú að bankinn var í hagnaði á síðari gjalddögum og þurfti ekki að greiða neitt.

Á þessum tíma var fyrirséð að almennar kröfur myndu ekki innheimtast að fullu og því vísaði borgin til þess að ósanngjarnt væri að hún bæri ein áhættu af þróun markaða þar sem nokkuð langur tími var eftir af samningunum og alls óljóst hvernig þróun á mörkuðum yrði; það hefði verið allt eins líklegt að þróunin yrði borginni hagfelld. Borgin vildi að farið yrði eftir meginreglum kröfuréttar og aðilar gerðir jafnsettir eins og samningarnir hefðu aldrei verið gerðir.

Héraðsdómur og síðar Hæstiréttur tóku undir þessi rök borgarinnar, bæði varðandi það að henni hefði verið heimilt að rifta samningunum og að farið skyldi eftir meginreglu kröfuréttar þar sem ekki hefði verið tekið fram hvernig samningarnir skyldu gerðir upp við þessar aðstæður og hvorki skilmálar bankans (sem voru ekki undirritaðir af borginni) né SFF-skilmálarnir giltu. Meginreglan er sú að sé samningi rift þá skulu samningsað-

ilar vera eins settir og samningar hefðu aldrei verið gerðir. Reykjavíkurborg hafði í apríl 2009 sent Kaupþingi útreikning á þeim greiðslum, sem hún hafði fengið frá bankanum ásamt vöxtum, í kjölfar þess að bankinn hafði ekki svarað óskum borgarinnar um viðræður vegna samninganna. Borgin greiddi þá fjárhæð inn á reikning bankans. Því féllst Hæstiréttur ekki á að bankinn ætti frekari kröfu á hendur borginni.

4.2 Samantekt

Hæstiréttur hefur í báðum þeim málum, sem hafa verið rakin hér að framan, vikið frá þeirri uppgjörsaðferð sem SFF-skilmálarnir gera ráð fyrir að sé beitt, þ.e. núvirðingaraðferð. Annars vegar er það vegna þess að skilmálarnir verða ekki túlkaðir til hagsbóta fyrir þann sem vanefnir samning. Hins vegar kemst dómurinn að þeirri niðurstöðu að þar sem sérstakir skilmálar um afleiðuviðskipti hafa ekki verið staðfestir, hvort sem um er að ræða skilmála banka eða SFF-skilmálana, þá gildir hin almenna regla kröfuréttar að við riftun samninga skuli aðilar verða gerðir eins settir og ef samningar hefðu aldrei verið gerðir.

5 Forsendubrestur

Fyrrverandi viðskiptavinir hinna föllnu banka hafa gjarnan vísað til brostinna forsenda í sínum málflytningi og þá gjarnan til 33. og 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa nr. 7/1936. Í 33. gr. er kveðið á um að ekki megi bera fyrir sig löggæring ef það er talið óheiðarlegt vegna atvika, sem áttu sér stað áður en hann var gerður, og sá sem ber fyrir sig gerninginn vissi af eða mátti hafa vitað af. Í 36. gr. laganna kemur fram að víkja megi samningi til hliðar ef það er „andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig“. Meðal mála, sem hafa ratað fyrir dómstóla, eru mál sem varða uppgjör á framvirkum hlutabréfasamningum. Samningarnir eiga það margir sameiginlegt að undirliggjandi eign voru hlutabréf í bönkunum sjálfum. Bréfin urðu verðlaus í kjölfar bankahrunsins og vildu þeir aðilar sem höfðu skuldbundið sig til að kaupa bréfin ekki standa við samningana.

5.1 Dómar Hæstaréttar

5.1.1 Mál nr. 561/2010, Landsbanki Íslands hf. gegn Gift fjárfestingarfélagi ehf.

Landsbankinn og Gift höfðu gert með sér framvirkan samning um að Gift myndi kaupa hlutabréf í Landsbankanum á lokagjalddaga samningsins. Þegar kom að lokagjalddaga samningsins neitaði Gift að efna samninginn og bar fyrir sig forsendubresti. Í rökstuðningi sínum vísaði félagið m.a. til skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis.

Fram kemur í skýrslunni að það sé mat rannsóknarnefndarinnar að allir bankarnir hafi reynt að kalla fram óeðlilega eftirspurn eftir hlutabréfum í þeim sjálfum. Bent er á að bankarnir hafi mjög sjaldan verið á söluhlið í þöruðum viðskiptum.⁷ Á árinu 2008 voru bankarnir í 44,42%–46,45% tilfella á kauphlið í slíkum viðskiptum en aðeins í 0,67%–1,61% tilvika á söluhlið. Við þetta eignuðust bankarnir mikið magn eigin bréfa sem þeir þurftu að losa um til að fara ekki upp fyrir lögboðin háværk um eigin hluti eða þurfa að flagga.⁸ Bankarnir losuðu um þessi bréf m.a. með því að selja þau utan kauphallar og í mörgum tilfellum lánuðu þeir fyrir kaupunum með veði í bréfunum sjálfum. Þannig var áhættan af bréfunum áfram hjá bönkunum sjálfum (Rannsóknarnefnd Alþingis, 2010, 4. bindi bls. 62–67). Rannsóknarnefnd Alþingis taldi að áhætta af eigin bréfum hafi í mörgum tilfellum verið vanmetin af bönkunum. Við útreikning á lögbundnu eigin fé banka beri að draga frá eigin bréf en í mörgum tilfellum hafi þó áhætta af bréfum, sem bankarnir áttu ekki sjálfir, verið enn hjá bönkunum, t.d. í gegnum lánasamninga þar sem bréfin voru að veði. Því hefðu bankarnir átt að draga frá öll hlutabréf í þeim sjálfum sem þeir báru áhættuna af. Einnig drógu Landsbankinn og Glitnir ekki frá eigin bréf sem þeir höfðu keypt til að verja

7 Viðskipti sem fara fram í kerfi kauphallar þar sem kaup- og sölutilboð eru þöruð saman.

8 Senda tilkynningu á markaðinn um að eignarhald félagsins hafi farið yfir ákveðin værk.

framvirka hlutabréfasamninga. Af þessum sökum telur nefndin að eigið fé bankanna hafi verið stórlega ofmetið (Rannsóknarnefnd Alþingis, 2010, 3. bindi bls. 17–23).

Í máli Landsbankans gegn Gift vísaði Gift til þess að starfsmenn bankans hefðu mátt vita að verð á hlutabréfum í bankanum endurspeglaði ekki raunverulegt markaðsvirði þeirra. Ástæða þess væri óheiðarlegar athafnir starfsmanna bankans og því væri það andstætt góðri viðskiptavenju að bankinn bæri samninginn fyrir sig. Hæstiréttur hefur tekið undir að skýrslan gefi vísendingar um háttsemi bankanna við að halda uppi hlutabréfa-verði. Engu að síður telur hann skýrsluna ekki fullnægjandi sönnun fyrir því að bankarnir hafi beitt blekkingum. Því hefur dómurinn hafnað því að víkja samningunum til hliðar á grundvelli 33. eða 36. gr. samningalaga.

Gift hélt því einnig fram að bankinn gæti ekki efnt skyldur sínar um afhendingu á hlutabréfum sem uppfylltu þau skilyrði sem tiltekin voru í samningnum en þar var tekið fram að bréfin væru skráð í kauphöll. Eftir yfirtöku á bankanum voru bréfin afskráð úr kauphöllinni vegna þess að þau voru ekki hæf til skráningar. Jafnframt hélt Gift því fram að ósanngjarnt væri að fara fram á efndir þar sem bréfin væru verðlaus.

Héraðsdómur féllst á þau rök að vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði, sem leiddu til þess að verðbréfin höfðu ekki þá eiginleika sem Gift hafði mátt búast við að bréfin hefðu þegar samningurinn var gerður, þá hefði orðið forsendubrestur. Niðurstaða héraðsdóms var því að Gift yrði ekki kafið um efndir á samningnum. Hæstiréttur sneri dómnum við og sagði það eðli framvirkra samninga að veðja á tiltekna verðþróun. Jafnframt vísaði dómurinn til þess að ekkert ójafnræði hefði verið á milli aðilanna. Sú áhætta, sem tekin væri í slíkum viðskiptum, væri ekki takmörkuð við það að hagnaður eða tap væri innan ákveðinna marka. Varðandi staðhæfingu þess efnis, að hlutabréfin hefðu mist þá eiginleika sem kveðið væri á um í samningnum, sagði Hæstiréttur að sveiflur á virði hlutabréfa gætu verið vegna ýmissa ástæðna og bréf gætu orðið verðlaus óháð skráningu í kauphöll. Vegna eðlis viðskiptanna þá yrði ekki tekið undir það að víkja bæri samningnum frá.

Í grein Aðalsteins E. Jónssonar (2011) um þetta mál segir hann að niðurstaða málsins dragi fram sérkenni framvirkra samninga sem er það að áhættan af undirliggjandi eign flyst til kaupanda frá seljanda strax við gerð samningsins en ekki á afhendingardegi. Aðalsteinn bendir á að „[a]ðalskylda afleiðusamninga felst í flutningi áhættu frá einum aðila til annars, en ekki afhendingu tiltekinna verðmæta“ og að þetta eðli afleiðusamninga skilji þá frá flestum öðrum löggerningum. Að mati Aðalsteins er fordæmisgildi dómsins ekki einskorðað við framvirka samninga með hlutabréf heldur sé hann fordæmisgefandi fyrir allar gerðir afleiðusamninga.

5.1.2 Mál nr. 509/2013, Einar Pétursson gegn LBI hf.

Hæstiréttur komst að svipaðri niðurstöðu í máli nr. 509/2013 sem hefur áður verið reifað í kafla 2.2.3. Einar Pétursson, fyrrverandi viðskiptavinur Landsbankans, bar fyrir sig að forsendubrestur hefði orðið. Forsendubresturinn hafi falist í því að mótaðili hans í samningunum, Landsbankinn, hafi verið viðskiptabanki „sem sé einn helsti orsakavaldur að efnahagskreppu heillar þjóðar“. Vísaði Einar m.a. til skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis og umfjöllunar þar um bankana. Var því m.a. haldið fram að ef einhver hafi getað séð að það stefndi í bankahrún væri það Landsbankinn.

Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að framvirkir samningar um hlutabréfaviðskipti væru í eðli sínu áhættusamir og takmarkist ekki við það að hagnaður eða tap sé innan einhverra marka. Því sé ekki hægt að halda því fram að lækun á hlutabréfaverði sé forsendubrestur. Upplýsingar úr skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis teljast að mati Hæstaréttar ekki fullnægjandi sönnun fyrir þeim forsendubresti sem Einar hélt fram að hefði átt sér stað.

5.1.3 Mál nr. 93/2011, SPB hf. gegn Þorgils Einari Ámundasyni

SPB hafði gert skiptasamning við Þorgils Einar Ámundason um skipti á gjaldmiðlum annars vegar og íbúðabréfi hins vegar. Lokagjalddagi samningsins var í október 2007. Um það leyti sem kom að lokagjalddaga hafði Þorgils samband við bankann og óskaði eftir því að samningurinn yrði framlengdur um eitt ár sem bankinn féllst á. Bankinn hafði sent Þorgils samninginn til undirritunar en hann sinnti því ekki að undirrita hann og senda til baka. Vegna þessa hélt hann því fram að samningurinn hefði aldrei komist á. Þorgils neitaði að efna samninginn og vísaði hann m.a. til skyldu fjármálafyrirtækja, samkvæmt lögum um verðbréfavíðskipti, til að gera skriflegan samning við viðskiptavinina sína sem tiltekur réttindi þeirra og skyldur. Einnig kemur fram í markaðsskilmálum bankans, sem viðskiptavinurinn undirritaði, að staðfesta skuli skriflega alla samninga nema stundarsamninga innan tíu daga frá dagsetningu þeirra. Að öðrum kosti sé bankanum heimilt að gjaldfella eða loka samningi.

Í dómi Hæstaréttar kom fram að í lögnum sé ekki gerð krafa um að hver samningur skuli staðfestur skriflega heldur sé nóg að það sé gert í upphafi viðskiptasambands og var sú krafa uppfyllt með staðfestingu á skilmálum bankans. Hæstiréttur benti á að það sé meginregla fjármunaréttar að gildi samnings sé ekki háð því í hvaða formi hann sé gerður nema það leiði beint af lögum. Samkvæmt skilmálum bankans hefur bankinn heimild til að gjaldfella samning berist samningurinn ekki undirritaður af viðskiptavininum innan tíu daga en hann er á engan hátt skyldugur til að gera það. Vegna þessa komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að samningurinn hefði verið framlengdur þó að viðskiptavinurinn hefði ekki staðfest hann skriflega.

5.1.4 Mál nr. 184/2012, NVN ehf. og Einar Örn Jónsson gegn Landsbanka Íslands hf.,

Aðstaður voru með svipuðum hætti og í máli SPB gegn Þorgils nr. 93/2011 (sjá 5.1.3). Landsbankinn hafði sent viðskiptavininum sínum, Einari Erni Jónssyni, samning í kjölfar fyrir-mæla viðskiptavinar en aldrei fengið hann sendan undirritaðan til baka. Í skilmálum, sem viðskiptavinurinn hafði undirritað, kom fram að bankinn skyldi færa efni allra samninga í letur. Með því að Landsbankinn sendi viðskiptavininum samninginn til undirritunar var talið að bankinn hefði uppfyllt þá skyldu sína. Með vísan til dóms í máli SPB gegn Þorgils sló Hæstiréttur því föstu að gildi einstakra samninga væri ekki háð því að þeir væru undirritaðir af báðum aðilum.

5.1.5 Mál nr. 112/2015, Eignarhaldsfélag RS ehf. gegn Glitni hf.

RS hafði gert framvirkan samning við Glitni um kaup á skuldabréfi útgefnu af Kaupþingi. Við hrun fjármálakerfisins hafði samningurinn verið framlengdur alls sjö sinnum. Síðasta framlenging samningsins hafði ekki verið undirrituð af viðskiptavininum og hélt hann því fram að sá samningur hefði aldrei komist á. Hæstiréttur taldi Glitni hafa sýnt fram á að viðskiptavinurinn hafi viljað framlengja samninginn, m.a. með tölvupóstum milli starfsmanna Glitnis og viðskiptavinarins. RS hélt því einnig fram að þar sem Glitnir hefði aldrei afhent skuldabréfið þá hefði bankinn vanefnt samninginn. Í samningi milli aðilanna kom fram að viðskiptavinurinn var beðinn um að hafa samband tveimur virkum bankadögum fyrir lokagjalddaga samningsins til að ljúka honum. Vegna þessa ákvæðis var það mat dómstóla að viðskiptavininum hefði borið að eiga frumkvæði að efndum samningsins. Því var það niðurstaða héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, að viðskiptavininum bæri að greiða kröfu bankans enda var ekki deilt um útreikning hennar.

5.1.6 Mál nr. 513/2012, Landsbanki Íslands hf. gegn Dynjanda ehf.

Gamli Landsbankinn höfðaði mál gegn fyrrverandi viðskiptavininum sínum, Dynjanda, vegna gjaldmiðlaskiptasamnings sem hafði verið vanefndur af hálfu viðskiptavinarins. Á lokagjalddaga samningsins stóð Landsbankinn við sinn hluta samningsins og greiddi íslenskar krónur inn á reikning viðskiptavinarins sem átti á sama tíma að greiða Landsbankanum

japönsk jen sem hann gerði ekki. Viðskiptavinurinn hélt því fram að enginn samningur hefði komist á þar sem hann hefði ekki undirritað samninginn. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að Landsbankinn hefði sýnt fram á að samningurinn hefði komist á. Því úrskurðaði Hæstiréttur, með vísan til sömu raka og í öðrum málum sem hér hafa verið reifuð, að ekki sé krafa í lögum um að allir samningar séu gerðir skriflega heldur aðeins að gerður sé skriflegur samningur í upphafi viðskiptasambands. Þá sé það meginregla fjármunaréttar að samningar skuli standa sama í hvaða formi þeir eru.

5.1.7 Mál nr. 509/2013, Einar Pétursson gegn LBI hf.

Einar Pétursson hélt því fram að hlutabréf í íslensku bönkunum hefðu verið gölluð í skilningi lausafjárlaga. Byggt var á því að opinberar upplýsingar, sem bankarnir og stjórnendur þeirra hafi sent frá sér, hafi gefið í skyn að verðmyndun hlutabréfa í bönkunum væri eðlileg og að markaðsverð endurspegladi raunverulegt verðmæti bréfanna. Bankarnir hafi þó vitað eða mátt vita að verðmyndun á bréfum bankanna á árunum 2007–2008 hefði verið óeðlileg. Þá hafi upplýsingum um innri áhættu og hættu á bankakreppu verið haldið leyndum. Hlutabréf í bönkunum hafi því ekki samsvarað þeim verðmætum sem þau hafi borið með sér og þetta hafi Landsbankanum verið ljóst. Auk þess hafi fjárhagsstaða bankans verið þannig að hann hafi ekki verið hæfur til að eiga í slíkum viðskiptum.

Hæstiréttur vísaði til niðurstöðu héraðsdóms sem féllst ekki á þetta. Að mati héraðsdóms hafði ekki verið sýnt fram á markaðsmisnotkun, svik eða vanhæfi við gerð samninganna af hálfu Landsbankans. Ásamt því vísaði dómurinn til þess að hlutabréfaviðskipti væru í eðli sínu áhættusöm og ekki hægt að treysta á verðhækkningar, það sé ekki forsendubrestur að hlutabréf hækki ekki í verði.

5.2 Samantekt

Í þeim málum, sem hér hafa verið reifuð, hefur Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé ástæða til að ógilda eða víkja samningi af þeirri ástæðu að undirliggjandi eign verði verðlaus. Áhættan af undirliggjandi eign flyst milli aðila við gerð afleiðusamninga en ekki við afhendingu. Þá hefur hann einnig komist að þeirri niðurstöðu í fjölmörgum málum að það sé ekki forsenda samninga að þeir séu skriflegir. Lögin kveða aðeins á um að gerður sé skriflegur samningur milli aðila við upphaf viðskiptasambands en engin kvöð er á samningsaðilum um að staðfesta alla samninga sín á milli skriflega. Því telst það ekki forsendubrestur ef annar aðili samnings skrifar ekki undir hann enda hafi hann samþykkt samninginn með öðrum hætti. Þá er það mat dómstóla að hlutabréf bankanna hafi ekki verið gölluð í skilningi lausafjárlaga.

6 Skuldajöfnun

Í flestum afleiðusamningum hafa báðir samningsaðilar einhverja skyldu, þ.e. þeir eiga að afhenda greiðslu eða eign á ákveðnum tíma. Ef samningar eru gerðir upp í reiðufé, þ.e. raunveruleg afhending á eign á sér ekki stað eða um er að ræða t.d. vaxtaskiptaviðskipti, þá hvílir skylda á báðum aðilum að afhenda greiðslu. Ef greiðslurnar eru í sömu mynt er yfirleitt óþarft að báðir aðilar greiði heldur nægir að sá sem á að greiða hærri greiðslu greiði mismuninn. Þetta kallast skuldajöfnun innan samnings. Ef aðilar hafa gert með sér fleiri en einn samning eða viðskiptasamband þeirra varðar fleiri skuldbindingar þá getur verið heppilegt að gera þær upp á sama tíma. Þannig getur verið heppilegt að jafna greiðslum milli samninga. Við vanefnd er ekki sjálfgefið að slík skuldajöfnun fari fram og hefur fjöldi slíkra mála ratað fyrir dómstóla.

Þegar íslensku viðskiptabankarnir voru teknir yfir af Fjármálaeftirlitinu þá var hverjum þeirra skipt í tvennt, nýja og gamla bankann. Eignum og skuldum viðskiptavina var skipt á milli þessara banka. Í þeim tilvikum þar sem eignir og skuldir viðskiptavina lentu sínar í hvorum bankanum gat verið uppi óvissa um rétt til skuldajöfnunar. Í tilkynningu, sem Fjármálaeftirlitið sendi frá sér í tilefni af uppskiptingu bankanna, segir: „Framsál kröfurétt-

inda samkvæmt þessari ákvörðun skal ekki svipta skuldara rétti til skuldajöfnuðar [sv0] sem hann átti gagnvart fyrri kröfuhafa eða þrotabúi hans.“

6.1 Helstu lagaákvæði

Sextánda kafli laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti fjallar um kröfur á hendur þrotabúi. Þar kemur fram að allar kröfur gagnvart þrotabúi falla sjálfkrafa á gjalddaga þegar dómari hefur úrskurðað að búið skuli tekið til gjaldþrotaskipta. Kröfur á hendur þrotabúi sem eru í erlendum gjaldeyri skulu reiknaðar í íslenskar krónur m.v. skráð sölugengi á þeim degi sem úrskurður um upphaf gjaldþrotaskipta féll. Um skuldajöfnun segir í 100 gr. laganna (Lög um gjaldþrotaskipti nr. 21/1991):

Hver sá, sem skuldar þrotabúinu, getur dregið það frá sem hann á hjá því hvernig sem skuld og gagnkröfu er varið ef lánardrottinn hefur eignast kröfuna áður en þrjú mánuðir voru til frestdags, hvorki vitað né mátt vita að þrotamaðurinn átti ekki fyrir skuldum og ekki fengið kröfuna til að skuldajafna, enda hafi krafa þrotabúsins á hendur honum orðið til fyrir frestdag.

Í 1. mgr. 2. gr. laganna segir um frestdag: „Í lögum þessum telst frestdagur vera sá dagur sem héraðsdómara berst beiðni um heimild til greiðslustöðvunar eða til að leita nauðasamnings eða krafa um gjaldþrotaskipti“.

Fimmti kafla laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti fjallar um samningsbundið uppgjör afleiðna.⁹ Í 40. gr. kemur fram að ef aðilar hafa gert með sér samning um skuldajöfnun á afleiðum „við endurnýjun eða við vanefnd, greiðslustöðvun, nauðasamninga eða gjaldþrotaskipti“ haldi skuldajöfnunin gildi sínu þrátt fyrir ákvæði 100. gr. laga um gjaldþrotaskipti. Skuldajöfnunin gengur þannig framur ákvæðum í gjaldþrotalögum sem segja að greiðslur úr búinu skuli vera almennar kröfur og að þær hafi þurft að verða til að lágmarki þremur mánuðum fyrir frestdag. Ekki eru hins vegar sérstök lagaákvæði um skuldajöfnun kröfu eða skuldar vegna afleiðusamninga við skuld eða kröfu vegna annars konar samninga.

Í skilmálum afleiðusamninga er oftast kveðið á um heimildir til skuldajöfnunar. Í ISDA-skilmálum (sjá kafla 1.1.1) er fjallað um skuldajöfnun í öðrum kafla rammásamningsins. Ef skuldbinding samkvæmt afleiðusamningi er í sama gjaldmiðli, vegna sömu viðskipta og krafa gagnvart mótaðila þá skal skuldajafna greiðslum hverri á móti annarri. Í því felst að aðeins sá aðili, sem skuldar hærri fjárhæð, greiðir einungis mismuninn af þeim greiðslum sem áttu að fara fram. Einnig er heimilt að jafna greiðslum vegna fleiri samninga sem eru í sama gjaldmiðli og með sama gjalddaga (ISDA, 2002).

Í SFF-skilmálunum (sjá kafla 1.1.2) segir um skuldajöfnun að ef aðilar eru skuldbundnir til að greiða hvor öðrum greiðslu á sama degi í sama gjaldmiðli skuli skuldajafna greiðslunum þannig að einungis komi mismunurinn til greiðslu. Sé vanefnd til staðar á samningi, sem er með erlenda gjaldmiðla undirliggjandi, er mótaðila heimilt að uppreikna þá fjárhæð, sem er í vanskilum, yfir í íslenskar krónur og krefjast greiðslu á þeirri fjárhæð. Sama á við um dráttarvexti (Samband íslenskra viðskiptabanka og Samband íslenskra sparisjóða, 1998).

Í skilmálum Arion banka vegna verðbréfavíðskipta segir að bankinn hafi heimild til skuldajöfnunar ef skuldbindingar hafa sama gjalddaga og ef þær falla allar undir skilmálana. Ef skuldbinding er í erlendri mynt hefur bankinn heimild til að umreikna hana í íslenskar krónur og skuldajafna á móti kröfu í íslenskri mynt. Ef skuldbindingar eru gjaldfelldar vegna vanefndar af hálfu viðskiptavinar hefur bankinn heimild til að skuldajafna

⁹ Bjarki H. Diego (2001a, 2001b) fjallaði í tveimur greinum í Lögmannablaðinu árið 2001 um afleiður og ákvæði laga um samningsbundið uppgjör afleiðna og vísast til þeirra greina um nánari umfjöllun um efnið.

kröfum sínum á móti kröfum viðskiptavinar á hendur bankanum sem falla undir skilmálana. Þessi heimild takmarkar þó ekki rétt bankans til að skuldajafna kröfunum gagnvart öðrum hugsanlegum skuldbindingum bankans við viðskiptavininn (Arion banki, 2012).

6.2 Dómar Hæstaréttar

6.2.1 Mál nr. 15/2012, Þorgils Einar Ámundason gegn Landsbanka Íslands hf.

Þorgils Einar Ámundason höfðaði mál gegn gamla Landsbankanum vegna þess að hann taldi sig eiga rétt á að skuldajafna láni í erlendri mynt sem hann hafði tekið hjá bankanum á móti afleiðusamningi sem hafði verið gerður til að eyða gengisáhættu af láninu. Landsbankinn bar fyrir sig að hann ætti ekki lánið lengur enda hefði það verið flutt yfir til nýja bankans við yfirtöku skilanevndar. Afleiðusamningurinn var aftur á móti enn í gamla bankanum og hafði viðskiptavinurinn fengið kröfu sína samþykkt í búið enda var afleiðusamningurinn í hagnaði fyrir viðskiptavininn eftir fall krónunnar. Afleiðusamningurinn var samþykktur sem almenn krafa í búið en þegar á þessum tíma var vitað að þær kröfur myndu ekki innheimtast að fullu. Lánið hafði aftur á móti hækkað mikið vegna gengisfallsins og því hafði viðskiptavinurinn töluverða hagsmuni af því að fallist yrði á skuldajöfnun.

Í dómi héraðsdóms var vitnað til fyrrnefndar tilkynningar sem Fjármálaeftirlitið hafði sent frá sér í tilefni af uppskiptingu bankanna þar sem segir: „Framsál kröfuréttinda samkvæmt þessari ákvörðun skal ekki svipta skuldara rétti til skuldajöfnuðar [svo] sem hann átti gagnvart fyrri kröfuhafa eða þrotabúi hans.“ Með vísan til þessarar tilkynningar taldi dómurinn að skuldarar mættu beina kröfu um skuldajöfnun til gamla bankans. Þá vísaði Þorgils m.a. til 100. gr. laga um gjaldþrotaskipti en dómurinn taldi að þeir samningar, sem hagnaður hefði orðið af, hefðu verið gerðir innan þriggja mánaða frá frestdegi.

Með lögum nr. 129/2008 um breytingu á lögum um fjármálafyrirtæki var ákveðið að frestdagur í þeim fjármálafyrirtækjum, sem Fjármálaeftirlitið hafði þegar tekið yfir, yrði 15. nóvember 2008. Þar sem síðasta framlenging samningsins hafði verið eftir 15. ágúst 2008, þ.e. innan þriggja mánaða frá frestdegi, þá úrskurðaði Hæstiréttur að heimild til skuldajöfnunar á þessum grundvelli væri ekki til staðar. Viðskiptavinurinn vísaði einnig til greinar um skuldajöfnun afleiðusamninga í lögum um verðbréfavíðskipti varðandi skuldajöfnun á láninu og afleiðusamningnum. Héraðsdómur hafnaði því að greinin gæti átt við í þessu máli þar sem ekki var um skriflegan samning að ræða, þ.e. lánið og afleiðusamningarnir væru ekki hluti af sama samningnum. Áður hafði viðskiptavinurinn haldið því fram að lánasamningurinn væri í raun afleiðusamningur með gengi krónunnar sem afleidda breytu en dómurinn tók ekki undir þau rök. Dómurinn hafnaði því skuldajöfnun á afleiðusamningnum og láninu; lagagreinin fjalli eingöngu um skuldajöfnun afleiðusamninga og því geti lánasamningurinn ekki fallið undir þá grein. Hæstiréttur staðfesti síðan dóm héraðsdóms.

6.2.2 Mál nr. 130/2011, Óskar Veturliði Sigurðsson gegn Landsbankanum hf.

Deiluefni þessa máls var af sama toga og í máli Þorgils gegn gamla bankanum (sjá 6.2.1). Óskar Veturliði Sigurðsson vildi fá lánasamningi skuldajafnað á móti gjaldmiðlaskiptasamningi. Gjaldmiðlaskiptasamningurinn var dagsettur þann 18. september 2008 og í honum var samið um skipti málsaðila á evrum fyrir dollara. Samningurinn var framlenging á eldri samningi en upphaflega höfðu aðilar gert með sér gjaldmiðlaskiptasamning þann 10. september 2007. Samningarnir voru yfirleitt gerðir til eins mánaðar í senn og síðan framlengdir og réðst gengið í hverjum samningi af gengi í eldri samningi að viðbættu álagi.

Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að hver samningur væri sjálfstæður að efni og formi. Hver samningur hafði sérstakt númer og skuldbindingu vegna hvers samnings var að finna í texta hans án þess að vísað væri til eldri samninga. Hæstiréttur taldi það einn-

ig mikilvægt að í hverjum samningi kæmi fram skuldbinding um að hann skyldi efndur á gjaldaga á fyrir fram umsömdu gengi. Sú staðreynd að málsaðilar hefðu kosið að gera samningana upp með nýjum samningi breytti engu. Vegna þessa var það mat Hæstaréttar að síðasti samningurinn, sem var gerður, hafi stofnast innan þriggja mánaða frá frestdegi og því var skuldajöfnunarkröfu Óskars hafnað. Í dómnum kemur einnig fram að óumdeilt sé að 100. gr. gjaldþrotalaga gildi um þessar aðstæður og því hefði ekkert verið því til fyrirstöðu að skuldajafna samningnum á móti láninu ef samningurinn hefði verið gerður meira en þremur mánuðum fyrir frestdag.

6.2.3 Mál nr. 415/2011, Íslensk verðbréf hf. gegn Kaupþingi banka hf.

Deilt var um hvort nota mætti skuldabréf útgefin af Kaupþingi í skuldajöfnun gagnvart kröfum Kaupþings. Kaupþing hafði handveð í bréfunum vegna afleiðusamninga Íslenskra verðbréfa við Kaupþing. Afleiðusamningarnir voru til varnar gengisáhættu af skuldabréfunum sem voru í evrum. Kaupþing byggði á því að þar sem bréfin hefðu verið lögð að handveði þá væri ekki hægt að nota þau til skuldajöfnunar án samþykkis Kaupþings. Þessu var Hæstiréttur ekki sammála og úrskurðaði að skuldajöfnunin væri heimil.

6.2.4 Mál nr. 212/2012, Þrotabú Flugvals ehf. gegn Glitni hf.

Deilt var um það hvort Glitnir gæti lýst yfir skuldajöfnun vegna þess að bankinn hefði verið gjaldþrota. Um það segir í dómnum: „Skuldajöfnuður [svó] einnar kröfu við aðra samsvarar greiðslu. Enda þótt sá, sem vill nýta sér heimild sína til að greiða skuld með skuldajöfnuði, kunni að vera ófær um að greiða hana með reiðufé verður honum ekki meinað af þeim sökum að efna skyldu sína með skuldajöfnuði.“ Því taldi dómurinn ekki þörf á að taka afstöðu til þess hvort bankinn hefði verið gjaldþrota. Í málinu höfðu aðilar gert með sér gjaldmiðlaskiptasamning og efndi hvorugur aðili samninginn á seinni gjaldaga hans.

Glitnir hafði umreiknað allar kröfur í íslenska mynt og beitt skuldajöfnun á kröfur bankans og kröfur Flugvals. Þrotabú Flugvals hélt því fram að þar sem Glitnir hefði ekki gjaldfellt samninginn skriflega, eins og kveðið er á um í SFF-skilmálunum, þá mætti hann ekki beita skuldajöfnun. Hæstiréttur staðfesti þá niðurstöðu héraðsdóms að þar sem skuldajöfnun var ekki beitt fyrr en eftir að samningarnir voru fallnir í gjalddaga þá hefðu samningarnir gjaldfallið sjálfkrafa og Glitni ekki borið skylda til að senda sérstaka tilkynningu um gjaldfellinguna. Af þessum sökum var ekki fallist á að skuldajöfnunin hefði verið óheimil.

6.2.5 Mál nr. 378/2014, Stapi lífeyrissjóður gegn Kaupþingi hf.

Deilt var um það hvort Kaupþing hefði sýnt tómlæti við innheimtu á vaxtaskiptasamningi sem bankinn gerði við Stapa lífeyrissjóð. Vaxtaskiptasamningurinn var gerður til að verja sjóðinn fyrir gengisbreytingum á erlendu skuldabréfi sem sjóðurinn átti og giltu SFF-skilmálarnir um samninginn. Í honum kom fram að greiðslurnar skyldu skuldajafnast hvor á móti annarri en í raun var það aldrei gert. Kaupþing hafði annast allar greiðslur fyrir báða aðila. Í því fólst að um leið og Stapi fékk greiðslur af erlenda bréfinu þá skuldfærði bankinn reikning sjóðsins fyrir allri evru-greiðslunni og lagði inn á eigin reikning. Á sama tíma greiddi bankinn fulla vaxtagreiðslu í íslenskum krónum inn á reikning sjóðsins í samræmi við samninginn.

Í málinu hélt Stapi því fram að venja hefði skapast um að skuldajafna ekki greiðslum af samningnum og því gæti bankinn ekki gert það. Auk þess hefði bankinn sýnt tómlæti við innheimtu samningsins þar sem fyrst hefði verið krafist efnda á honum í lok júní árið 2012. Það var tæpum fjórum árum eftir að skilanefnd var skipuð yfir bankanum og báðir aðilar hættu að efna samninginn. Kaupþing hélt því aftur á móti fram að samningar hefðu staðið yfir við Landssamtök lífeyrissjóða, m.a. fyrir hönd Stapa, frá því í desember 2008 um uppgjör á afleiðusamningum.

Í dómi Hæstaréttar kom fram að breytt greiðslutilhögun hefði ekki breytt þeim skuldbindingum sem aðilarnir gengust undir með samningnum og því hefði Kaupþingi verið heimilt að skuldajafna greiðslunum og umreikna þær í íslenskar krónur í samræmi við SFF-skilmálana. Jafnframt komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að vegna heimildar annarra lífeyrissjóða til að ganga inn í samninga Landsamtaka lífeyrissjóða og þeirra þriggja lífeyrissjóða, sem fóru fyrir viðræðunum, þá hefði Kaupþing mátt líta svo á að viðræður stæðu yfir. Ekki hefði verið rétt að aðhafast á meðan þær viðræður voru í gangi jafnvel þó að Stapi hefði ekki verið beinn aðili að samningnum.

6.3 Samantekt

Af framangreindu má ráða að Hæstiréttur lítur ekki á lánasamning og afleiðusamning, sem gerður er til varnar láni, sem sama gerninginn. Því verður þeim ekki skuldajafnað við gjaldþrot nema í samræmi við almennar reglur gjaldþrotalaga. Af því leiðir að sé afleiðusamningur gerður þegar innan við þrjú mánuðir eru til frestdags þá er ekki heimilt að skuldajafna honum á móti kröfum þrotabúsins á hendur viðskiptavini. Jafnframt getur gjaldþrota aðili lýst yfir skuldajöfnun og ekkert er því til fyrirstöðu að nota eign, sem sett hefur verið að handveði, í skuldajöfnun gagnvart veðhafa.

7 Viðbrögð bankanna við yfirtöku FME

Fjármálaeftirlitið tók yfir Landsbankann og Glitni þann 7. október 2008 og Kaupþing þann 9. október og skipaði hverjum banka skilanevnd (Fjármálaeftirlitið, 2008a–c). Viðbrögð bankanna við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins gagnvart viðskiptavinum, sem voru með opna afleiðusamninga, voru nokkuð mismunandi. Hér verður farið yfir viðbrögð hvers banka ásamt því að skoða áhrif þeirra á niðurstöður mála sem rötudu fyrir dómstóla.

Fjármálaeftirlitið birti tilkynningu um ráðstöfun eigna og skulda Landsbankans þann 9. október. Þar kom m.a. fram að réttindi og skyldur samkvæmt afleiðusamningum skyldu færast yfir til Nýja Landsbankans (Fjármálaeftirlitið, 2008d). Þremur dögum síðar birti Fjármálaeftirlitið aðra tilkynningu þar sem fyrri ákvörðun um að færa afleiðusamninga yfir í nýja bankann var dregin til baka. Samkvæmt tilkynningu eftirlitsins gat bankinn ekki staðið við þær skuldbindingar sem fólust í afleiðusamningunum. Þar sagði orðrétt: „Verði ákvörðuninni ekki breytt er talið sýnt að Nýi Landsbanki Íslands hf. muni vanefna skuldbindingar samkvæmt þeim samningum með ófyrirsjáanlegum afleiðingum“ (Fjármálaeftirlitið, 2008e).¹⁰

Í kjölfar þessarar tilkynningar Fjármálaeftirlitsins sendi skilanevnd Landsbankans tilkynningu til allra viðskiptavina sinna sem höfðu opnar afleiðustöður. Tilkynningin var þess efnis að vegna ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins lægi fyrir að afleiðusamningum yrði lokað en án þess þó að tilgreina nánar hvenær þeim yrði lokað.

Fjármálaeftirlitið sendi tilkynningu þann 14. október varðandi ráðstöfun eigna og skulda Glitnis þar sem fram kemur að afleiðusamningar Glitnis flytjst ekki yfir til nýja bankans (Fjármálaeftirlitið, 2008f). Eins og Landsbankinn sendi Glitnir tilkynningu til viðskiptavina sinna varðandi stöðu afleiðusamninga en í bréfi Glitnis var orðalagið annað en í tilkynningu Landsbankans. Í tilkynningunni, sem Glitnir sendi viðskiptavinum sínum þann 27. október 2008, kemur fram að bankinn ynni að því að loka og gera upp þá afleiðusamninga sem væru útistandandi. Viðskiptavinir voru jafnframt hvattir til að hafa samband við sinn tengilið í bankanum og finna leiðir til að ljúka samningunum og með uppgjöri eftir því sem við ætti. Í bréfinu sagði einnig (Glitnir, tölvupóstur 27. október 2008):

Viðskiptamenn sem ekki kjósa að flýta uppgjöri í samkomulagi við Gamla Glitni verða krafðir um greiðslur í samræmi við viðkomandi samninga. Hins vegar liggur fyrir að samkvæmt ákvörðun skilanevndar verða kröf-

10 Ýtarlega umfjöllun um skiptingu eigna milli gömlu og nýju bankanna og álitamál henni tengd er að finna í 4. kafla bókar Ásgeirs Jónssonar og Hersis Sigurgeirssonar (2016), *The Icelandic Financial Crisis*.

ur sem viðskiptamenn eiga á hendur Gamla Glitni að meginstefnu ekki greiddar að svo stöddu. Skuldajöfnuður kemur þá fyrst til greina þegar kröfur hafa fallið í gjalddaga, annað hvort samkvæmt efni samnings eða á grundvelli samkomulags um að flýta gjalddaga.

Verði bú Gamla Glitnis tekið til gjaldþrotaskipta lokast allir afleiðusamningar sjálfkrafa og kröfur sem stofnast á grundvelli þeirra falla í gjalddaga. Búið mun innheimta kröfur sem stofnast hafa á hendur viðskiptamönnum að fullu, en ótryggðar kröfur viðskiptamanna á hendur búinu verða greiddar út í samræmi við reglur gjaldþrotaskiptalaga, eins og eignir búans hrökkva til.

Fjármálaeftirlitið sendi tilkynningu varðandi ráðstöfun eigna og skulda Kaupþings þann 22. október 2008 þar sem kom fram að afleiður flyttust ekki yfir til nýja bankans (Fjármálaeftirlitið, 2008g). Kaupþing virðist ekki hafa sent viðskiptavinum sínum tilkynningu þess efnis að afleiðusamningum skyldi lokað í kjölfar yfirtöku Fjármálaeftirlitsins, a.m.k. hafa ekki risið deilumál sem hafa ratað fyrir dómstóla varðandi efni slíkrar tilkynningar.

7.1 Dómar Hæstaréttar

7.1.1 Mál nr. 320/2014, LBI hf. gegn Íslenskum verðbréfum hf.

Landsbankinn og Íslensk verðbréf höfðu gert með sér gjaldmiðlaskiptasamning sem Landsbankinn krafðist fullra efnda á en samningurinn var með lokagjalddaga eftir að bankinn var tekinn yfir af Fjármálaeftirlitinu. Íslensk verðbréf héldu því fram að bankinn gæti ekki krafist fullra efnda eftir að hann var búinn að lýsa því yfir að hann myndi ekki standa við samninginn af sinni hálfu, sbr. fyrirnefnda tilkynningu um lokun afleiðusamninga, enda hefði gengisþróunin geta breyst á þann veg að bankinn yrði í tapi af samningnum.

Að mati Hæstaréttar átti tilkynningin, sem Landsbankinn sendi viðskiptavinum sínum, sér enga stoð, hvorki í skilmálum bankans né í SFF-skilmálunum. Tilkynningin um lokun hefði ekki verið byggð á vanefnd af hálfu viðskiptavinar og því leit dómurinn svo á að bankinn hefði með tilkynningunni fellt einhliða niður afleiðusamninga. Bankinn hefði lýst því yfir að hann ætlaði ekki að standa við samningana af sinni hálfu og ætlaðist ekki til þess af hálfu viðskiptavina sinna. Þar sem ekkert hefði verið í þeim skilmálum, sem giltu um viðskiptasamband málsaðila sem heimilaði einhliða uppsögn á samningi án þess að komið hefði til vanefndar, þá réðist gildi tilkynningarinnar af viðbrögðum mótaðila við henni.

Í þessu tilfelli var það í verkahring bankans að annast allar greiðslur vegna samningsins. Bankanum bar því að sjá til þess að samningurinn skyldi efndur og hafði heimild til að nota reikninga viðskiptavinar til að efna hann. Bankinn framkvæmdi ekki greiðslur samkvæmt samningnum á gjalddögum og ástæða þess var ekki rakin til viðskiptavinarins. Því leit rétturinn þannig á að Landsbankinn hefði vanefnt samninginn. Vegna athafnaleysis bankans á gjalddaga og tilkynningar, sem bankinn sendi, þá hefði viðskiptavinurinn mátt líta svo á að bankinn hefði einhliða fellt niður samninginn og að bankinn ætlaðist ekki til þess að viðskiptavinurinn myndi efna samninginn fyrir sitt leyti. Því ætti bankinn¹¹ „ekki rétt til uppgjors á skiptasamningnum sem tekur mið af því að áfrýjandi verði eins settur og samningurinn hefði verið réttilega efndur af hálfu beggja aðila til lokadags“.

Íslensk verðbréf höfðu sent Landsbankanum skuldajöfnunaryfirlýsingu þar sem félagið krafðist þess að skuldajafna skuldabréfum bankans við afleiðusamninginn og taldi Hæstiréttur að Íslensk verðbréf hafi með því viðurkennt að bankinn ætti gilda kröfu gegn félaginu og því væri ekki hægt að sýkna félagið af kröfu Landsbankans. Því var fallist á varakröfu Íslenskra verðbréfa og niðurstaða Hæstaréttar var sú að samningurinn skyldi gerður upp og uppgjör hans skyldi miða við 16. október 2008, þegar Landsbankinn sendi viðskiptavinum sínum tilkynninguna.

11 Bankinn var áfrýjandi í þessu máli.

7.1.2 Mál nr. 303/2013, LBI hf. gegn Norvik hf.

Deilt var um uppgjör á fjórum gjaldmiðla- og vaxtaskiptasamningum sem gamli Landsbankinn og Norvik höfðu gert með sér. Þegar Landsbankinn sendi tilkynninguna varðandi lokun afleiðusamninga brást Norvik við með því að senda bankanum beiðni um að samningarnir fengju að renna sitt skeið en beiðninni var ekki svarað af hálfu bankans. Í þessu máli var það einnig í verkahring bankans að sjá um allar greiðslur en hann sinni því ekki eftir að honum var skipuð skilanefnd. Niðurstaða Hæstaréttar var að Norvik hafi mátt líta svo á að Landsbankinn hefði fellt einhliða niður samninginn með tilkynningu sinni og því dæmdi Hæstiréttur að hann skyldi niður falla. Hæstiréttur leit m.a. til þess að langur tími hefði verið eftir af samningnum þegar Landsbankinn sendi tilkynninguna og ómögulegt hefði verið að sjá fyrir á þeim tíma hvernig virði samningsins myndi þróast.

7.1.3 Mál nr. 245/2011, Landsbanki Íslands hf. gegn Ístaki hf.

Mál þetta varðaði tólf gjaldmiðlaskiptasamninga sem málsaðilar höfðu gert með sér. Þegar Ístak fékk tilkynninguna frá bankanum um lokun afleiðusamninga brást félagið við henni með því að senda bankanum svar til baka í tölvupósti. Þar sagði m.a. að félagið liti svo á að með bréfi sínu hefði skilanefndin lýst því yfir að ekki yrði staðið við samningana. Þrátt fyrir að engin heimild væri fyrir slíku þá samþykkti Ístak að fella samningana niður fyrir sitt leyti og sagði að félagið liti svo á að samningarnir féllu niður án frekari greiðslna. Þessu bréfi svaraði bankinn ekki og tók Hæstiréttur undir það að Ístak hefði mátt túlka tilkynningu bankans og viðbrögð hans við tölvupóstinum á þennan veg. Því var Ístak sýknað af kröfu Landsbankans um að standa við samningana.

7.1.4 Mál nr. 288/2014, LBI hf. gegn Þrotabúi Baugs Group hf.

Deilt var um gildi fjórtán gjaldmiðlasamninga og fimm framvirkra hlutabréfasamninga sem Landsbankinn og Baugur höfðu gert með sér. Þar sem lokagjaldalagi gjaldmiðlasamninganna var áður en tilkynning Landsbankans um lokun afleiðusamninga var send var það mat Hæstaréttar að tilkynningin hefði ekki haft áhrif á þá. Varðandi hlutabréfasamningana horfði Hæstiréttur til þess að viðskiptavinurinn hefði ekkert aðhafst þegar hann fékk bréfið frá bankanum. Því leit dómurinn þannig á að samningurinn hefði ekki fallið niður enda bankanum óheimilt að fella hann einhliða niður án þess að til vanefndar hefði komið af hálfu viðskiptavinarins. Baugur hélt því einnig fram að bankinn hefði ekki efnt sinn hluta samningsins, þ.e. að afhenda bréfin, og því hefði orðið vanefnd af hans hálfu. Hæstiréttur vísaði til niðurstöðu í máli nr. 630/2012 (sjá 2.2.2) þar sem dómurinn hefði verið skýr varðandi það að kaupanda bæri að hafa frumkvæði að því að bjóða greiðslu og þá fyrst væri seljanda skylt að hafa eignina, sem átti að afhenda, tiltæka. Til þess var einnig horft í þessu máli. Því var Baugur talinn hafa vanefnt samninginn þegar félagið bauð ekki greiðslu að fyrra bragði eða leitaði eftir því að samningurinn skyldi efndur á lokagjald-daga.

7.1.5 Mál nr. 647/2013, Straumborg ehf. gegn Glitni hf.

Straumborg og Glitnir höfðu gert með sér framvirkna hlutabréfasamning um hlutabréf í Kaupþingi hf. Samningurinn var upphaflega gerður í ársbyrjun 2008 og var svo framlengdur nokkrum sinnum án þess að til uppgjörs kæmi. Straumborg hélt því m.a. fram að Glitnir hefði fellt niður samninginn með tilkynningu sinni um uppgjör afleiðusamninga.

Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms, sem sagði varðandi þessa málsvörn Straumborgar að Glitnir hefði ekki haft neina heimild til að fella samningana niður einhliða. Við mat á því hvort viðskiptavinir mættu skilja tilkynningu bankans á þá leið að hann ætlaði ekki að efna samninginn sagði héraðsdómur að ekkert í yfirlýsingu Glitnis gæfi til kynna að viðskiptavinir hefðu mátt líta svo á að samningarnir væru niður fallnir. Þvert á móti kæmi það fram að ef viðskiptavinir kysu ekki að flýta uppgjöri þá yrðu þeir krafðir um greiðslur í samræmi við samninga. Kröfu Straumborgar var því hafnað.

7.1.6 Mál nr. 216/2014, Havfisk ASA gegn Glitni hf.

Norska fyrirtækið Havfisk rifti gjaldmiðlaskiptasamningi sem það hafði gert við Glitni. Riftunin fór fram í desember 2008 eða eftir að bankinn hafði fengið heimild til greiðslustöðvunar. Samninginn hafði fyrirtækið gert við bankann samhliða skuldabréfaútboði í íslenskum krónum og átti samningurinn að losa fyrirtækið undan gengisáhættu. Heildaráhrif skuldabréfaútboðsins og samningsins saman voru sambærileg því að fyrirtækið hefði gefið út skuldabréf í norskum krónum. Þetta var grundvallarforsenda af hálfu viðskiptavinarins fyrir samningsgerðinni og hann hafði því mikla hagsmuni af því að samningurinn yrði efndur eftir efni sínu.

Í dómi Hæstaréttar kom fram að í lok október hefði verið fyrirsjáanleg vanefnd á grundvelli þess að ekki lék vafi á að bankinn væri orðinn ógjaldfær þegar hann var tekinn yfir. Auk þess var vísað í tilkynningu, sem hafði verið send til viðskiptavina daginn eftir að bankinn var tekinn yfir, þar sem fram kom að engar kröfur erlendra aðila yrðu greiddar að svo stöddu. Þetta var á grundvelli ákvæðis 5. gr. laga nr. 125/2008, neyðarlaganna, þar sem segir að Fjármálaeftirlitið geti „takmarkað eða bannað ráðstöfun fjármuna og eigna fjármálaefirtækis“. Vegna þess að fyrirsjáanleg vanefnd varð við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á bankanum var Havfisk heimilt að lýsa yfir riftun þrátt fyrir þá vernd sem greiðslustöðvun veitir samkvæmt lögum. Hæstiréttur sagði einnig að tilkynning Havfisk um riftun hefði gefið Glitni tilefni til að gefa svör um það hvort bankinn ætlaði að efna samninginn. Riftunartilkyningin væri sambærileg því að viðskiptavinurinn krefðist svara við því hvort bankinn hygðist efna samninginn í samræmi við 2. mgr. 91. gr. gjaldþrotalaga. Samkvæmt þeirri grein getur viðsemjandi beint því til þrotabús hvort það hyggist nýta sér heimild sem það hefur til að taka við réttindum og skyldum samkvæmt samningnum sem sá aðili, sem fór í prot, er aðili að. Það gerði Glitnir ekki og sýknaði Hæstiréttur Havfisk af kröfu Glitnis um að standa við samninginn.

7.2 Samantekt

Í kjölfar þess að Landsbankanum var skipuð skilanefnd af Fjármálaeftirlitinu sendi bankinn viðskiptavinum sínum tilkynningu varðandi uppgjör á afleiðusamningum. Orðalag tilkynningarinnar var nokkuð óljóst. Í henni kom m.a. fram að samningum viðskiptavina yrði lokað en ekki hvenær. Þar sem orðalagið var óljóst og Landsbankanum var ekki heimilt að lýsa yfir einhliða lokun á samningunum þá hefur Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að bankinn hafi tekið áhættu af því að hver og einn viðtakandi leggi þann skilning í bréfið sem geti átt við aðstöðu viðkomandi. Því hafi gildi tilkynningarinnar ráðist af viðbrögðum viðskiptavinar. Í málum þar sem viðskiptavinur sendi svar við tilkynningunni þar sem kom fram samþykki hans við niðurfellingunni, eða það var í verkahring bankans að sjá um greiðslur af samningum fyrir hönd viðskiptavinar en því var ekki sinnt af ástæðum sem verða ekki raktar til viðskiptavina, þá leit Hæstiréttur svo á að samningarnir hefðu fallið niður með tilkynningunni. Í máli þar sem viðskiptavinur sýndi tómlæti við tilkynningunni var það niðurstaða dómsins að samningarnir hefðu ekki fallið niður þar sem bankanum var ekki heimilt að fella þá einhliða niður.

Tilkynning Glitnis til viðskiptavina sinna um uppgjör afleiðusamninga í kjölfar þess að Fjármálaeftirlitið tók bankann yfir var ekki eins óljós og tilkynning Landsbankans. Hún var í raun boð til viðskiptavina um að semja um snemmbúna lokun samninganna en að öðrum kosti yrði innheimt í samræmi við þá. Hæstiréttur tók afstöðu til tilkynningarinnar í máli Straumborgar þar sem kom skýrt fram að dómurinn taldi engan vafa á því að viðskiptavinir máttu ekki skilja tilkynningu bankans á þann veg að hann væri einhliða að fella niður samningana. Það kvað við nokkuð annan tón í máli erlends aðila, Havfisk. Þar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að jafna mætti stöðu Glitnis við það að bankinn væri ógjaldfær þegar hann var tekinn yfir af Fjármálaeftirlitinu. Hæstiréttur vísaði einnig til tilkynningar Glitnis um að engar kröfur erlendra aðila yrðu greiddar að svo stöddu. Því hefði viðskiptavinurinn haft heimild til rifta samningnum í kjölfar þess. Einnig var litið

svo á að riftunin jafngildi því að Havfisk væri að krefjast svara um það hvort bankinn ætlaði að efna samningana í samræmi við lög um gjaldþrotaskipti. Þar sem bankinn svaraði ekki riftunaryfirlýsingu félagsins var hún lögmat að mati Hæstaréttar.

8 Áhrif af yfirtöku Fjármálaeftirlitsins

Mikilvægt er að gera sér grein fyrir því hvenær gjaldfellingarheimildir virkjast í samningum. Það getur verið mismunandi eftir því hvaða skilmálar eiga við og um hvers konar fyrirtæki er að ræða. Allir helstu skilmálar afleiðusamninga, þ.e. ISDA-skilmálar, SFF-skilmálarnir og skilmálar einstakra banka, kveða á um að við gjaldþrot mótaðila gjaldfalli allir afleiðusamningar án sérstakrar tilkynningar þar um. Samkvæmt lögum er félögum skylt að fara fram á gjaldþrotaskipti þegar þau geta ekki lengur greitt skuldir sínar að fullu. Aðrar reglur gilda þó um fjármálafyrirtæki og samkvæmt lögum um fjármálafyrirtæki geta þau ekki farið fram á gjaldþrotaskipti með sama hætti og önnur félög. Reynt hefur á það í nokkrum málum hver staða bankanna hafi verið við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins. Því hefur m.a. verið haldið fram að staðan, sem bankarnir voru í, hafi jafngilt því að gjaldþrotameðferð væri hafin vegna þeirra forsendna sem lágu að baki yfirtökunni.

8.1 Helstu lagaákvæði

Reglur um gjaldþrotaskipti hefðbundinna félaga, annarra en fjármálafyrirtækja, er að finna í lögum nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti. Samkvæmt lögnum hafa hefðbundin fyrirtæki almennt þrjá valkosti lendi þau í greiðsluferðleikum: greiðslustöðvun, nauðasamninga og gjaldþrotaskipti.

Greiðslustöðvun er tímabundið ástand sem veitir skuldara grið fyrir kröfuhöfum sínum á meðan hann reynir að styrkja rekstrargrundvöll sinn og geta kröfuhafar ekki gjaldfellt eða krafist greiðslu á kröfum sínum á meðan. Skuldari getur einnig óskað eftir heimild til nauðasamningsumleitana. Í því felst að skuldari semji við kröfuhafa sína, yfirleitt um lengingu eða eftirgjöf skulda.

Nauðasamningur, sem samþykktur er af tilteknum meirihluta kröfuhafa og staðfestur af dómstólum, bindur alla almenna kröfuhafa. Á meðan heimild skuldara til að leita nauðasamnings stendur gilda sömu reglur og við greiðslustöðvun varðandi vernd skuldara gegn kröfuhöfum.

Skuldari, sem er bókhaldsskyldur, skal krefjast þess að vera tekinn til gjaldþrotaskipta ef hann getur ekki staðið að fullu við gjaldfallnar skuldbindingar sínar gagnvart lánardrottnum og ekki er talið líklegt að greiðsluörðugleikar hans muni líða hjá innan skamms. Þegar dómari hefur fallist á gjaldþrotabeiðni skuldara skipar hann skiptastjóra sem fer með forráð á búinu. Skiptastjóri birtir auglýsingu þar sem hann óskar eftir því að allir þeir sem telji sig eiga kröfu á búinu lýsi henni innan lögbundins frests og þegar kröfulýsingarfrestur er útrunninn tekur hann afstöðu til þeirra krafna, sem hafa borist, og kröfuraðar þeirra. Skiptastjóri sér um að ráðstafa eignum búins til kröfuhafa í samræmi við kröfur þeirra og kröfuröð (Lög um gjaldþrotaskipti nr. 21/1991).

Reglur, sem gilda um slit fjármálafyrirtækja, er að finna í lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Þar kemur fram að fjármálafyrirtæki verði ekki tekin til gjaldþrotaskipta eftir almennum reglum. Í stað þess að krefjast gjaldþrotaskipta í fjárhags- eða rekstrarerfiðleikum skal stjórn fjármálafyrirtækis leita eftir því við Fjármálaeftirlitið að það fái yfirráð yfir fyrirtækinu. Fallist Fjármálaeftirlitið á beiðnina þá ber því að víkja stjórn félagsins frá og skipa bráðabirgðastjórn. Á meðan bráðabirgðastjórnin er við völd í félaginu gilda sömu takmarkanir á heimildum kröfuhafa til að beita fullnustuaðgerðum eða öðrum þvingunarúrræðum og við greiðslustöðvun. Bráðabirgðastjórn getur farið fram á það við héraðsdóm að fyrirtækið verði tekið til slita og skipar héraðsdómari því þá slitastjórn. Reglur um skiptastjóra samkvæmt gjaldþrotalögum gilda um slitastjórnina nema í þeim tilfellum þar sem annað er tekið fram í lögum um fjármálafyrirtæki (Lög nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki).

Þegar Fjármálaeftirlitið tók yfir bankana í byrjun október 2008 skipaði það svokallaða skilanevnd yfir bönkunum. Skilanevnd gegnir sama hlutverki og bráðabirgðastjórn í skilningi laga um fjármálafyrirtæki. Gömlu bankarnir fengu síðan heimild til greiðslustöðvunar þann 24. nóvember 2008.

8.2 Dómar Hæstaréttar

8.2.1 Mál nr. 665/2013, *Brim hf. gegn Kaupþingi hf.*

Brim hafði gert vaxtaskiptasamning í japönskum jenum við Kaupþing árið 2000 sem hafði verið efndur allt fram til október 2008. Brim byggði kröfu sína á því að yfirtaka Fjármálaeftirlitsins á Kaupþingi jafngilti gjaldþroti. Ástæðan var að forsenda fyrir yfirtöku á bankanum samkvæmt lögum væri að félagið ætti í verulegum greiðsluerfiðleikum og bankinn hefði í raun verið gjaldþrota ef ekki hefði komið til inngríps stjórnvalda. Þess vegna hefðu samningarnir gjaldfallið án sérstakrar tilkynningar í samræmi við SFF-skilmálana.

Héraðsdómur vísaði til tilkynningar, sem Fjármálaeftirlitið gaf út við yfirtökuna, þar sem tekið var fram að engar skuldbindingar skyldu gjaldfalla við aðgerðina og engin vaxendurúrreiði virkjast. Því var ekki fallist á það að yfirtakan á Kaupþingi jafngilti gjaldþroti í skilningi SFF-skilmálanna. Hæstiréttur staðfesti þessa niðurstöðu.

8.2.2 Mál nr. 11/2014, *Toppfiskur ehf. gegn Glitni hf.*

Toppfiskur og Glitnir höfðu gert með sér þrettán gjaldmiðlasamninga sem voru á loka-gjalddaga í október 2008 eftir að Glitnir hafði verið tekinn yfir. Toppfiskur taldi sig ekki þurfa að efna samningana þar sem þeir hefðu fallið í gjalddaga við yfirtöku Glitnis sem jafna mætti við gjaldþrot í skilningi SFF-skilmála og að greiðsluskylda félagsins hefði fallið niður. Með vísan til dóms í framangreindu máli nr. 665/2013 (sjá 8.2.1) og tilkynningar Fjármálaeftirlitsins um að ekki ætti að gefa út innköllun krafna komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að við yfirtökuna hefði staða Glitnis ekki jafngilt gjaldþroti og hafnaði því þeim rökum Toppfisks.

8.2.3 Mál nr. 17/2013, *Kaupþing hf. gegn The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ Ltd.*

Málsaðilar höfðu gert með sér skiptasamning um gjaldmiðla og átti seinni greiðsla samningsins að fara fram 9. október 2008 eða sama dag og Kaupþing var tekið yfir. Japanski bankinn efndi samninginn fyrir sitt leyti um morguninn en engin greiðsla barst frá Kaupþingi. Japanski bankinn fór fram á að krafa hans nyti hæsta forgangs við greiðslu úr þrotabúinu, þ.e. samkvæmt 109. gr. gjaldþrotalaga sem kveður á um eignir annarra í vörslu þrotabús, kallaðar sértökukröfur.

Í dómnum sagði Hæstiréttur að þrátt fyrir að Kaupþing hefði ekki verið tekið til slita fyrr en 22. apríl 2009 þá „voru öll málefni hans sett undir skilanevnd, sem skipuð var í skjóli opinbers valds og hlaut samkvæmt heiti sínu að hafa verið ætlað að leggja drög að aðgerðum til skuldaskila sóknaraðila.“ Af þessum sökum mátti líta svo á að gjaldþrotaskipti væru hafin á Kaupþingi um leið og skilanevndin tók bankann yfir.

8.2.4 Mál nr. 175/2014, *Deutsche Bank AG London gegn Kaupþingi hf.*

Deutsche Bank hafði rift öllum afleiðusamningum við Kaupþing á grundvelli ISDA-skilmálanna. Vísaði bankinn þar til ákvæðis 5(a)(vii) að bankinn hefði verið ógjaldfær. Hæstiréttur tók undir þessa túlkun bankans með vísan til fyrri dóma sem höfðu fallið í Hæstarétti varðandi kröfuröðun, þar á meðal máls nr. 17/2013 (sjá 8.2.3).

8.2.5 Mál nr. 441/2011, *Landsbanki Íslands hf. gegn Landsvaka hf.*

Deilt var um eignarhald á greiðslum af erlendu víkjandi skuldabréfi sem sjóður á vegum Landsvaka hafði keypt af Landsbankanum en bankinn sá um að koma greiðslum af skuldabréfinu til sjóðsins. Landsbankinn hafði upphaflega keypt bréfið af Deutsche Bank AG og

var áfram eigandi bréfsins gagnvart þýska bankanum. Landsbankinn fékk því greiðslur af bréfinu en átti að skila þeim áfram til sjóðsins. Eftir að bankanum var skipuð skilanevnd fékk hann áfram greiðslur af bréfinu en hætti að skila þeim til sjóðsins. Sjóðurinn fór því fram á að krafa hans á hendur Landsbankanum yrði flokkuð sem forgangskrafa enda væri hann réttmætur eigandi greiðslna af bréfinu. Hæstiréttur féllst á þetta og sagði:

Að því virtu verður að líta svo á að á tímabilinu frá 7. október 2008 til 22. apríl 2009 hafi sóknaraðili verið í aðstöðu, sem leggja má að jöfnu við að hafin væru gjaldþrotaskipti á búi hans að því er varðar tilkall annarra á grundvelli eignarréttinda til peninga í vörslum hans.

8.2.6 Mál nr. 77/2011, ALMC hf. gegn Landsbanka Íslands hf.

Deilt var um það hvort ALMC (áður Straumur-Burðarás Fjárfestingarbanki hf.) hefði verið heimilt að rifta afleiðusamningum við Landsbankann í kjölfar yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á bankanum. Skilmálar Landsbankans og SFF-skilmálarnir giltu um viðskiptin en ef þeir stönguðust á þá giltu skilmálar Landsbankans. Einnig var deilt um heimild til skuldajöfnunar. Krafa Landsbankans var annars vegar að riftunin yrði dæmd ógild og uppgjör samninganna yrði miðað við samningsbundna gjalddaga og hins vegar að samningunum yrði skuldajafnað. ALMC fór fram á að einungis yrði tekið tillit til þeirra samninga þar sem ALMC var í hagnaði og þeim samningum yrði skuldajafnað á móti öðrum kröfum Landsbankans.

ALMC vísaði til þess að í skilmálum Landsbankans væri aðeins fjallað um rétt bankans við vanefnd gagnvart viðskiptavininum en ekki væri gert ráð fyrir því að bankinn gæti vanefnt samninginn. Af þeim sökum taldi ALMC skilmála bankans ekki eiga við heldur SFF-skilmálana og vísaði því til riftunarheimilda í þeim. ALMC sagðist hafa upplýsingar um að samningum hefði verið rift við bankann sem lögðu greiðsluskyldu á hann. Þá vísaði ALMC einnig til ákvæðis í skilmálunum sem heimilar riftun ef mótaðila er skipt upp í tvö eða fleiri félög. Varðandi kröfu sína um að aðeins yrði tekið tillit til þeirra samninga sem voru í hagnaði fyrir ALMC var vísað til þess að í SFF-skilmálunum segir að sá sem vanefnir samninginn eigi að bæta þeim sem riftir honum allt tjón og miðað skuli við þann dag sem samningunum var rift. Það sé aðeins ef samningar falla úr gildi með samkomulagi sem það komi til þess að tekið sé tillit til taps þess sem riftir við útreikning á samningi.

Landsbankinn vísaði m.a. til 40. gr. laga nr. 108/2007 um skuldajöfnun afleiðusamninga en ALMC hélt því fram að það ákvæði gildi aðeins ef sérstaklega hefði verið samið um það og því breytti það engu um SFF-skilmálana.

Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að engin vanefnd hefði orðið af hálfu Landsbankans og þar með hefði ALMC verið óheimilt að rifta samningunum. Í niðurstöðu dómsins segir:

Í tilvitnuðum ákvæðum er þannig ekkert fjallað um afskipti eða inngríp Fjármálaeftirlitsins í starfsemi samningsaðila, og verður með engu móti fallist á að þeim aðgerðum verði jafnað við þau atvik sem sérstaklega eru talin þar upp. Ekki verður heldur fallist á að ákvörðun Fjármálaeftirlitsins 9. október 2008 um að ráðstafa tilteknum eignum og skuldum Landsbanka Íslands hf. til Nýja Landsbanka Íslands hf. hafi jafngilt því að sóknaraðila hafi í raun verið skipt í tvö félög.

Héraðsdómur komst því að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að eignum og skuldum Landsbankans hafi verið skipt í nýja og gamla bankann með hvor sína kennitölu að þá hafi bankanum ekki verið skipt í tvö félög.

Landsbankinn lagði fram upplýsingar, eftir áskorun ALMC fyrir Hæstarétti, sem sýndu að margir viðskiptavinir gjaldfelldu eða riftu samningum sínum í kjölfar yfirtöku Fjármálaeftirlitsins. Með vísan til greina 3.2 og 9.2 í SFF-skilmálunum komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að ALMC hefði verið heimilt að rifta samningunum. Í greinunum

kemur fram að ef samningar eru gjaldfelldir gagnvart samningsaðila vegna vanefndar þá sé mótaðila hans heimilt að rifta öllum samningum þeirra á milli, skriflega. Þetta ákvæði virðist því ekki háð því að aðrir samningar hafi verið gjaldfelldir af sama mótaðila vegna vanefndar gagnvart honum, heldur er nóg að samningsaðili hafi vanefnt samning gagnvart einhverjum mótaðila sem hafi leitt til gjaldfellingar. Í þeim skilmálum Landsbankans, sem ALMC skrifaði undir, kom fram að skyldur samningsaðila skyldu jafnast hvor á móti annarri og einnig var vísað til greinar í lögum um verðbréfavíðskipti þar sem fjallað er um skuldajöfnun. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að þessi grein skilmála Landsbankans gengi framár SFF-skilmálum. Því var það niðurstaða Hæstaréttar að ALMC hefði verið heimilt að rifta samningunum og þeir skyldu gerðir upp m.v. það en að kröfum samningsaðila skyldi skuldajafnað.

8.3 Samantekt

Nokkur munur hefur verið á niðurstöðu dómstóla um stöðu bankanna eftir yfirtöku Fjármálaeftirlitsins eftir því hvaða skilmálar voru í gildi milli aðila. Hæstiréttur var skýr varðandi þá afstöðu sína að yfirtaka Fjármálaeftirlitsins á fjármálafyrirtækjum jafngildi ekki gjaldþroti í skilningi SFF-skilmála um afleiðuviðskipti enda var það tekið fram í tilkynningu Fjármálaeftirlitsins að engin vanefndarúrræði virkjuðust við aðgerðina. Þrátt fyrir þetta hefur Hæstiréttur tekið undir það að skipun skilaneftndar jafngildi því að gjaldþrotaskipti séu hafin varðandi sértökukröfur og afhendingu eigna vegna þeirra, og einnig hefur hann fallist á að um vanefnd sé að ræða samkvæmt ISDA-skilmálum. Það var því mat Hæstaréttar að bankarnir¹² hefðu verið í stöðu sem jafna mætti við að gjaldþrotaskipti væru hafin m.t.t. sértökukrafna en ekki varðandi afleiðusamninga sem SFF-skilmálarnir og skilmálar einstakra banka giltu um.

9 Niðurstöður og umræður

Í þessari grein hefur verið farið yfir helstu ágreiningsmál varðandi uppgjör afleiðusamninga sem hafa komið til kasta íslenskra dómstóla. Markmiðið var að skýra betur hvaða reglur gilda um afleiðusamninga, hvenær mótaðili í samningum er gjaldþrota og hvenær gjaldfellingarheimildir virkjast. Ágreiningsefnum var skipt gróflega sjö flokka. Hér á eftir má sjá helstu reglur sem höfundar telja að lesa megji úr þeim dómum sem hafa verið reifaðir í þessari grein.

9.1 Helstu niðurstöður

9.1.1 Heimildir til afleiðuviðskipta

Ekkert í lögum bannar almennum fjárfestum að stunda afleiðuviðskipti og því er öllum heimilt að stunda slík viðskipti. Þó eru mismunandi kröfur eftir flokkun viðskiptavina gerðar til fjármálafyrirtækja varðandi upplýsingaöflun um viðskiptavini og ráðgjöf til þeirra.

Engar heimildir eru í lögum um verðbréfavíðskipti til að ógilda afleiðusamninga þó að fjármálafyrirtæki bregðist lagalegum skyldum sínum varðandi flokkun viðskiptavina, upplýsingaöflun um viðskiptavini eða ráðgjöf til þeirra. Viðskiptavinir, sem telja sig hafa orðið fyrir tjóni vegna þess að fjármálafyrirtæki hafi ekki flokkað þá rétt eða ekki veitt nægjanlegar upplýsingar eða ráðgjöf, geta þó höfðað skaðabótamál.

Framvirkir samningar, a.m.k. um hlutabréf, eru ekki flóknir fjármálagerningar og því ekki eins rík krafa gerð til fjármálafyrirtækja um upplýsingaöflun um viðskiptavini og ráðgjöf til þeirra og ef um væri að ræða flókna fjármálagerninga.

Auknar skyldur um upplýsingaöflun fjármálafyrirtækja um viðskiptavini og ráðgjöf

12 Dómar, sem áður voru reifaðir, sneru að Kaupþingi og Landsbankanum en þar sem Glitnir var í sömu stöðu má telja líklegt að sama gildi um hann.

til þeirra vegna nýrra laga um verðbréfavíðskipti frá árinu 2007, MiFID, eiga ekki við um eldri viðskiptavini nema viðskiptasambandið taki breytingum.

9.1.2 Gengisviðmiðun við uppgjör gjaldmiðlasamninga

Miða skal við gengisskráningu Seðlabanka Íslands þegar ekki er kveðið á um aðra gengisviðmiðun í afleiðusamningum. Það breytir engu þó komi fram í skilmálum að miða skuli við gengi sem taki mið af markaðsaðstæðum ef ekki er tekið fram við hvaða gengisskráningu skuli miða.

9.1.3 Reiknireglur við uppgjör

Samkvæmt SFF-skilmálunum skulu samningar, sem falla niður vegna vanefndar, gerðir upp með núvirðingaraðferð. Ákvæðið í skilmálunum skal þó ekki nýtt til hagsbóta fyrir þann sem veldur vanefndinni. Ef sérstakir skilmálar gilda ekki um afleiðusamning gilda almennar reglur kröfuréttar um riftun sem segja að samningsaðilar skuli gerðir eins settir og samningurinn hafi aldrei verið gerður. Ekki þýðir að vísa til ákvæða SFF-skilmálanna sem almennrar venju sem hafi skapast við riftun eða uppgjör.

9.1.4 Forsendubrestur

Afleiðusamningar eru samningar um flutning áhættu frá einum aðila til annars og áhættuflutningurinn á sér stað um leið og samningurinn er gerður en ekki við uppgjör hans. Almenn er hagnaður eða tap af samningunum ekki takmörkuð við eitthvað hámark eða lágmark. Því telst það ekki forsendubrestur ef undirliggjandi eign verður verðlaus. Þá breytir engu þó kveðið hafi verið á um í samningum að undirliggjandi eign væri skráð í kauphöll en væri ekki hæf til skráningar á gjalddaga samnings.

Engin krafa er að afleiðusamningar séu skriflegir og því er það ekki forsenda afleiðusamninga. Engin slík krafa er í lögum og bæði SFF- og ISDA-skilmálar gera almennt ráð fyrir að samningar geti verið munnlegir, s.s. með símtali milli aðila, en skuli þó staðfestir skriflega. Í lögum um verðbréfavíðskipti er gerð krafa um að gert sé skriflegt samkomulag í upphafi viðskiptasambands banka og viðskiptavinar. Heimildir fjármálafyrirtækja til að gjaldfella samninga, ef þeir berast ekki undirritaðir innan ákveðins frests, leggja engar skyldur á fjármálafyrirtæki og hafa engin áhrif á gildi samninganna ef heimildin er ekki nýtt.

9.1.5 Skuldajöfnun

Kröfu eða skuld skv. afleiðusamningi, sem gerður er til að verja áhættu af öðrum eignum eða skuldum, verður ekki skuldajafnað á móti þeirri eign eða skuld sem hann var til varnar nema eftir almennum gjaldþrotalögum. Við framlengingu afleiðusamnings með nýjum samningi, jafnvel þó að það sé án eiginlegs uppgjörs, verður til nýr sjálfstæður samningur. Miða skal við dagsetningu þess samnings, sem var í gildi við gjaldþrot mótaðila, þegar tekin er afstaða til þess hvort hann varð til fyrir frestdag. Gjaldþrota aðila er heimilt að krefjast skuldajöfnunar.

9.1.6 Viðbrögð bankanna við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins

Samningsaðilum er óheimilt að lýsa yfir einhliða lokun á samningum án þess að komið hafi til vanefndar af hálfu mótaðila. Tilkynning Landsbankans til viðskiptavina vegna opinna afleiðusamninga var óljós og túlka þurfti þýðingu hennar út frá viðbrögðum hvers viðskiptavinar. Tilkynning Glitnis var skýrari og mátti aðeins túlka á einn veg.

9.1.7 Áhrif af yfirtöku Fjármálaeftirlitsins

Eftir yfirtöku Fjármálaeftirlitsins voru bankarnir í stöðu sem mátti jafna við upphaf gjaldþrotaskipta m.t.t. sértökukrafna og skilyrða ISDA-skilmála en ekki hvað varðar skilyrði SFF-skilmálanna. Í slíkum málum hefur reynt á hversu víðtæk skilgreining á vanefnd var

samkvæmt þeim skilmálum sem giltu um samningana og var það niðurstaða dómstóla að yfirtakan félli undir vanefnd skv. skilgreiningu ISDA-skilmála en ekki SFF-skilmála.

9.2 Umræður

Hæstaréttardómar, sem fallið hafa um uppgjör afleiðusamninga undanfarin ár, hafa skýrt réttarstöðu samningsaðila í afleiðusamningum og að einhverju leyti leitt í ljós brotalamir í framkvæmd samninga. Bankar og viðskiptavinir þeirra þurfa að huga að því að breyta venjum og verklagi varðandi afleiðusamninga í samræmi við dómafordæmin.

Eitt skýrasta dæmið um þetta er framlenging afleiðusamninga. Það er viðtekin venja að gera afleiðusamninga til skamms tíma og framlengja þá þegar kemur að gjalddaga. Ef framkvæmdin við framlengingu afleiðusamnings er með þeim hætti að nýr samningur er gerður í stað þess eldri þá geta mikilvæg réttindi samningsaðila glatast, t.d. réttur til skuldajöfnunar á móti öðrum kröfum eða skuldum aðila. Sumir bankar hafa þegar tekið upp það verklag að við framlengingu afleiðusamnings er ekki gerður nýr samningur heldur er eldri samningi skilmálabreytt. Ekki hefur reynt á það verklag fyrir dómi en ætla má að þá sé litið til upphafs dags upphaflega samningsins við ákvörðun á rétti til skuldajöfnunar.

Dómar Hæstaréttar sýna einnig að viðbrögð samningsaðila við vanefnd eða hugsanlegri vanefnd geta haft mikla þýðingu varðandi uppgjör afleiðusamninga. Gamli Landsbankinn sendi tilkynningu til viðskiptavina sinna um lokun afleiðusamninga sem reyndist mjög afdrifarík. Þar sem orðalag tilkynningarinnar var óljóst var það niðurstaða Hæstaréttar að hún skyldi túlkuð út frá viðbrögðum hvers viðskiptavinar við henni. Ef viðskiptavinir lýstu því yfir að þeir samþykktu lokunina án frekari greiðslna féll samningurinn niður. Ef viðskiptavinir svöruðu henni ekki þá gátu þeir ekki borið því við að bankinn hefði fellt einhliða niður samningana enda var það ekki heimilt. Tilkynningin hafði veruleg áhrif á kröfur Landsbankans vegna afleiðusamninga og rétt viðbrögð viðskiptavina hans við tilkynningunni gátu haft veruleg jákvæð fjárhagsleg áhrif fyrir þá.

Sú niðurstaða Hæstaréttar að framvirkir samningar, a.m.k. um hlutabréf, teldust ekki flóknir fjármálagerningar er eftirtektarverð. Í rökstuðningi sínum benti Hæstiréttur réttilega á að lítill efnislegur munur væri á að gera framvirkan samning um að kaupa hlutabréf og að taka lán til kaupa á sömu hlutabréfum og því er þessi niðurstaða rökrétt. Hún er þó í andstöðu við skilgreiningu Evrópusambandsins sem skilgreinir alla afleiðusamninga sem flókna fjármálagerninga.

Í dómum Hæstaréttar kom fram að bankarnir hefðu verið í stöðu sem mátti jafna við upphaf gjaldþrotaskipta m.t.t. sértökukrafna og skilyrða ISDA-skilmála við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins. Það átti þó ekki við m.t.t. SFF-skilmálanna vegna þess að við yfirtöku Fjármálaeftirlitsins sendi það tilkynningu þess efnis að samningarnir myndu ekki gjaldfalla. Það er áhugavert að þessi tilkynning skyldi hafa haldið fyrir dómstólum og þeir í raun tekið form tilkynningarinnar til greina umfram efni þeirra aðgerða sem Fjármálaeftirlitið réðst í.

Athygli vekur að þó að íslenskir lífeyrissjóðir hafi verið meðal stærstu viðskiptavina bankanna í gjaldmiðlasamningum þá fór aðeins eitt ágreiningsmál þeirra vegna afleiðusamninga fyrir Hæstarétt, mál Stapa lífeyrissjóðs gegn Kaupþingi hf. nr. 378/2014 (sjá 6.2.5). Sem dæmi nam nafnvirði gjaldmiðlaskiptasamninga sex stærstu lífeyrissjóðanna um 900 milljónum evra við hrun (Rannsóknarnefnd Alþingis, 2010, 4. bindi bls. 117–134). Það er þó ekki þannig að enginn ágreiningur hafi verið milli aðila um hvernig samningarnir skyldu gerðir upp heldur var að mestu leyti leyst úr honum með samningum milli aðila án aðkomu dómstóla (Landssamtök lífeyrissjóða, 2012; Lífeyrissjóður verkfræðinga, 2013). Samningarnir hafa ekki verið birtir opinberlega en af fréttum af þeim að dæma bendir flest til að þeir hafi verið lífeyrissjóðunum nokkuð hagfelldir miðað við niðurstöðu Hæstaréttar í sambærilegum málum.

10 Skrá yfir hæstaréttardóma

- ALMC hf. (Hörður F. Harðarson hrl.) gegn Landsbanka Íslands hf. (Jóhannes Sigurðsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 77/2011. Þann 23. maí 2011.
- Arnar Sigurðsson (Hjörleifur B. Kvaran hrl.) gegn SPB hf. (Ólafur Eiríksson hrl., Heiðar Örn Stefánsson hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 253/2012. Þann 24. janúar 2013.
- Bjarni Már Bjarnason (Guðmundur Ágústsson hrl.) gegn LBI hf. (Pétur Örn Sverrisson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 493/2013. Þann 23. september 2013.
- Brim hf. (Grímur Sigurðsson hrl.) gegn LBI ehf. (Kristinn Bjarnason hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 39/2016. Þann 6. október 2016.
- Brim hf. (Þorsteinn Einarsson hrl.) gegn Kaupþingi hf. (Hlynur Halldórsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 665/2013. Þann 27. mars 2014.
- Byggingahúsið ehf. (Arnar Þór Stefánsson hrl.) gegn LBI hf. (Kristinn Bjarnason hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 630/2012. Þann 2. maí 2013.
- Byggingahúsið ehf. (Arnar Þór Stefánsson hrl.) gegn LBI hf. (Kristinn Bjarnason hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 631/2012. Þann 2. maí 2013.
- Deutsche Bank AG, London (Baldvin Björn Haraldsson hrl.) gegn Kaupþingi hf. (Þróstur Ríkharðsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 175/2014. Þann 24. mars 2014.
- Eignarhaldsfélag RS ehf. (Hjörleifur B. Kvaran hrl.) gegn Glitni hf. (Ólafur Eiríksson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 112/2015. Þann 3. desember 2015.
- Eignarhaldsfélag RS ehf. (Hjörleifur B. Kvaran hrl.) gegn SPB hf. (Ólafur Eiríksson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 158/2015. Þann 14. janúar 2016.
- Einar Pétursson (Gísli Guðni Hall hrl.) gegn LBI hf. (Pétur Örn Sverrisson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 509/2013. Þann 16. janúar 2014.
- Glitnir hf. (Andri Árnason hrl., Guðmundur Ingvi Sigurðsson hdl.) gegn Marel hf. (Gestur Jónsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 421/2011. Þann 27. september 2012.
- Glitnir hf. (Steinunn Hólm Guðbjartsdóttir hrl.) gegn Ottó Birni Ólafssyni (Arnar Þór Stefánsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 222/2013. Þann 17. apríl 2013.
- Gunnar Magnússon (Kristján Stefánsson hrl.) gegn Dróma hf. (enginn). Hæstaréttardómur í máli nr. 668/2014. Þann 27. október 2014.
- Havfisk ASA (Eiríkur Elís Þorláksson hrl.) gegn Glitni hf. (Aðalsteinn E. Jónasson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 216/2014. Þann 12. mars 2015.
- Íslensk verðbréf hf. (Gestur Jónsson hrl.) gegn Kaupþingi banka hf. (Stefán A. Svensson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 415/2011. Þann 18. október 2011.
- Kaupþing hf. (Anton B. Markússon hrl.) gegn The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ Ltd. (Oddgeir Einarsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 17/2013. Þann 25. febrúar 2013.
- Kaupþing hf. (Eiríkur Elís Þorláksson hrl.) gegn Reykjavíkurborg (Kristbjörg Stephensen hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 127/2014. Þann 6. nóvember 2014.
- Landsbanki Íslands hf. (Jóhannes Sigurðsson hrl.) gegn Dynjanda ehf. (Ragnar Halldór Hall hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 513/2011. Þann 22. mars 2012.
- Landsbanki Íslands hf. (Jóhannes Sigurðsson hrl.) gegn Gift fjárfestingarfélagi ehf. (Anton B. Markússon hrl., Kristbjörg Stephensen hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 561/2010. Þann 7. apríl 2011.
- Landsbanki Íslands hf. (Jóhannes Sigurðsson hrl.) gegn Ístaki hf. (Einar Baldvin Axelsson hrl., Hjördís Halldórsdóttir hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 245/2011. Þann 26. janúar 2012.
- Landsbanki Íslands hf. (Pétur Örn Sverrisson hrl.) gegn Landsvaka hf. (Stefán Geir Þórisson hrl., Helga Melkorka Öttarsdóttir hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 441/2011. Þann 28. nóvember 2011.
- Landsbanki Íslands hf. (Kristinn Bjarnason hrl.) gegn Njálu ehf. (Sigurður G. Guðjónsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 638/2010. Þann 24. janúar 2011.
- LBI hf. (Kristinn Bjarnason hrl.) gegn Íslenskum verðbréfum hf. (Reimar Pétursson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 320/2014. Þann 15. janúar 2015.
- LBI hf. (Kristinn Bjarnason hrl.) gegn Norvik hf. (Ragnar Tómas Árnason hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 303/2013. Þann 17. október 2013.
- LBI hf. (Kristinn Bjarnason hrl.) gegn Þrotabúi Baugs Group hf. (Erlendur Gíslason hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 288/2014. Þann 12. maí 2014.
- NVN ehf. og Einar Örn Jónsson (Guðjón Ármann Jónsson hrl., Jón Ármann Guðjónsson hdl.) gegn Landsbanka Íslands hf. (Kristinn Bjarnason hrl., Guðbjarni Eggertsson hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 184/2012. Þann 29. nóvember 2012.
- Óskar Veturliði Sigurðsson (Ólafur Eiríksson hrl., Sigurður Snædal Júlíusson hdl.) gegn Landsbankanum hf. (Ólafur Haraldsson hrl., Guðmundur Ingvi Sigurðsson hdl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 130/2011. Þann 19. janúar 2012.
- Síminn hf. (Andri Árnason hrl.) gegn Glitni hf. (Aðalsteinn E. Jónasson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 773/2013. Þann 20. mars 2014.
- SPB hf. (Ólafur Eiríksson hrl.) gegn Þorgils Einari Ámundasyni (Björn Jóhannesson hrl.). Hæstaréttardómur í

- máli nr. 93/2011. Þann 24. nóvember 2011.
- Stapi lífeyrissjóður (Hjörleifur B. Kvaran hrl.) gegn Kaupþingi hf. (Hlynur Halldórsson hrl.) og gagnsök. Hæstaréttardómur í máli nr. 378/2014. Þann 26. febrúar 2015.
- Straumborg ehf. (Ragnar Tómas Árnason hrl.) gegn Glitni hf. (Ólafur Haraldsson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 647/2013. Þann 3. apríl 2014.
- Toppfiskur ehf. (Eiríkur Elís Þorláksson hrl.) gegn Glitni hf. (Ólafur Eiríksson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 11/2014. Þann 11. september 2014.
- Porgils Einar Ámundason (Björn Jóhannesson hrl.) gegn Landsbanka Íslands hf. (Pétur Örn Sverrisson hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 15/2012. Þann 30. janúar 2012.
- Protabú Flugvals ehf. (Svanhvít Yrsa Árnadóttir hdl.) gegn Glitni hf. (Steinunn Hólm Guðbjartsdóttir hrl.). Hæstaréttardómur í máli nr. 212/2012. Þann 26. apríl 2012.

Heimildir

- Aðalsteinn E. Jónsson. (2011). Grunneðli afleiðna sem áhættugerninga: Í ljósi dóms Hæstaréttar í máli nr. 561/2010. *Tímarit lögfræðinga*, 61(1), 35–58.
- Arion banki. (2012). *Almennir markaðsskilmálar fyrir verðbréfa viðskipti milli Arion banka hf. og viðskiptavina bankans*. Reykjavík: Höfundur.
- Arion banki. (2008–2017). *Ársskýrslur 2008–2017*. Reykjavík: Höfundur.
- Ásgeir Jónsson og Hersir Sigurgeirsson. (2016). *The Icelandic financial crisis: A study into the world's smallest currency area and its recovery from total banking collapse*. Basingstoke, Englandi: Palgrave Macmillan.
- Bjarki H. Diego. (2001a). Afleiðusamningar. *Lögmannablaðið*, 7(1), 15–18.
- Bjarki H. Diego. (2001b). Um samningsbundið uppgjör afleiðusamninga. *Lögmannablaðið*, 7(3), 13–15.
- Committee of European Securities Regulators. (2009, 3. nóvember). *MiFID complex and non-complex financial instruments for the purposes of the directive's appropriateness requirements* (nr. CESR/09-559). París: Höfundur.
- European Central Bank. (e.d.). *Framework for the euro foreign exchange reference rates*. Frankfurt am Main, Þýskalandi: European Central Bank.
- Fjármálaeftirlitið. (2008). *Upplýsingar um MiFID fyrir neytendur: Að fjárfesta í fjármálaafurðum*. Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008a, 7. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanevndar fyrir Glitni banka hf.* Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008b, 7. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanevndar fyrir Landsbanka Íslands hf.* Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008c, 9. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um skipan skilanevndar fyrir Kaupþing banka hf.* Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008d, 9. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda Landsbanka Íslands hf., kt. 540291-2259, til Nýja Landsbankans hf., kt. 471008-0280*. Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008e, 12. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um breytingu á ákvörðun Fjármálaeftirlitsins þann 9. október 2008 um ráðstöfun eigna og skulda Landsbanka Íslands hf., kt. 540291-2259, til Nýja Landsbankans hf., kt. 471008-0280*. Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008f, 14. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda Glitnis banka hf., kt. 550500-3530, til Nýja Glitnis banka hf., kt. 491008-0160*. Reykjavík: Höfundur.
- Fjármálaeftirlitið. (2008g, 22. október). *Ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda Kaupþings banka hf., kt. 560882-0419, til Nýja Kaupþings banka hf., kt. 581008-0150*. Reykjavík: Höfundur.
- Glitnir. (2008). *Annual Report 2007*. Reykjavík: Höfundur.
- International Swaps and Derivatives Association. (e.d.). *About ISDA*. Sótt af <https://www.isda.org/about-isda/>
- International Swaps and Derivatives Association. (2002). *ISDA master agreement*. New York: Höfundur.
- Íslandsbanki. (2008–2015). *Ársskýrslur 2008–2015*. Reykjavík: Höfundur.
- Kaupþing Bank. (2008). *Annual report 2007*. Reykjavík: Höfundur.
- Landsbanki. (2008a). *Annual report 2007*. Reykjavík: Höfundur.
- Landsbanki. (2008b). *Condensed consolidated interim financial statements 1 January – 30 June 2008*. Reykjavík: Höfundur.
- Landsbankinn. (2008–2017). *Ársreikningar 2008–2017*. Reykjavík: Höfundur.
- Landsamtök lífeyrissjóða. (2012, 4. maí). Samkomulag Glitnis og lífeyrissjóða um skuldauppgjör. Sótt af <https://www.lifeyrismal.is/is/frettir/samkomulag-glitnis-og-lifeyrissjoda-um-skuldauppgjor>
- Lífsværk lífeyrissjóður. (2013, 11. janúar). Samkomulag Kaupþings hf. og lífeyrissjóða um skuldauppgjör. *Fréttir*. Sótt af <https://www.lifsværk.is/um-sjodinn/frettir/nr/92>
- Rannsóknarnefnd Alþingis. (2010). *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Reykjavík: Alþingi.
- Samband íslenskra viðskiptabanka og Samband íslenskra sparissjóða. (1998). *Framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamningar*. Reykjavík: Höfundur.
- Sedlabanki Íslands. (2008a, 7. október). Unnið að lausn gjaldeyrisvanda [frétt nr. 34/2008]. Sótt af <https://www.sedlabanki.is/utgefing-efni/frettir-og-tilkynningar/frett/2008/10/07/Unni%C3%B0-a%C3%B0->

lausn-gjaldeyrisvanda/

Seðlabanki Íslands. (2008b, 8. október). Gjaldeyrismarkaður [frétt nr. 36/2008]. Sótt af <https://www.seðlabanki.is/utgefid-efni/frettir-og-tilkynningar/frettasafn/frett/2008/10/08/Gjaldeyrismarka%C3%B0ur-/>

Seðlabanki Íslands. (2008c, 10. október). Tímabundin temprun á útlæði gjaldeyris [tilkynning Seðlabanka Íslands til innlánsstofnana]. Sótt af <https://www.seðlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=6491>

Seðlabanki Íslands. (2008d, 28. nóvember). Frétt: Nýjar reglur um gjaldeyrismál [frétt nr. 46/2008]. Sótt af <https://www.seðlabanki.is/utgefid-efni/frettir-og-tilkynningar/frettasafn/frett/2008/11/28/Fr%C3%A9tt-N%C3%BDjar-reglur-um-gjaldeyrism%C3%A11-/>