

Frumvarp til laga

um breytingu á lögum um fjármálafyrirtæki, nr. 161/2002, með síðari breytingum
(skuldajöfnun, greiðslujöfnunarsamningar og ógildir löggerningar).

Frá fjármála- og efnahagsráðherra.

1. gr.

Við 1. mgr. 1. gr. a laganna bætist nýr töluliður sem orðast svo: *Greiðslujöfnunarsamningur*: Samningur sem felur í sér að unnt er að umreikna samrættar kröfur eða skuldbindingar fjármálafyrirtækis og viðsemjanda þess í eina jafnaða kröfu, þ.m.t. samningur um greiðslujöfnun til upp-
gjörs.

2. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 2. mgr. 99. gr. laganna:

- a. J-liður orðast svo: Samningur um skuldajöfnuð á grundvelli greiðslujöfnunarsamnings sem gerður hefur verið áður en fjárhagsleg endurskipulagning fjármálafyrirtækis hefst fer eftir lögum þess aðildarríkis sem um samninginn gilda. Jafnframt hefur lánardrottinn rétt til þess að krefjast skuldajöfnunar kröfu sinnar gagnvart kröfu fjármálafyrirtækis, enda sé skuldajöfnun heimil samkvæmt lögum þess aðildarríkis sem gilda um kröfu fjármálafyrirtækisins. Réttur til skuldajöfnunar skv. 2. málsl. takmarkast þó af rétti fjármálafyrirtækis til þess að krefjast ógildingar eða riftunar eftir reglum laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, nr. 7/1936, eða XX. kafla laga um gjaldþrotaskipti o.fl., nr. 21/1991.
- b. N-liður orðast svo: Þrátt fyrir ákvæði d- og e-liðar er heimilt að beita ákvæðum III. kafla laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, nr. 7/1936, um ógilda löggerninga, nema lög gistiríkis heimili ekki slíkt. Hið sama á við reglur XX. kafla laga um gjaldþrotaskipti o.fl., nr. 21/1991. Löggerningur verður þó ekki ógiltur ef sá sem hag hefur af því að slíkur gerningur haldi gildi sínu leggur fram fullnægjandi sönnun um að um löggerninginn eigi að gilda lög annars ríkis og að þar sé ekki að finna ógildingar- eða riftunarreglu sem tekur til þess tilviks sem um ræðir.

3. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Greinargerð.

1. Inngangur.

Frumvarp þetta er samið í fjármála- og efnahagsráðuneytinu. Með frumvarpinu eru lagðar til breytingar á XII. kafla laga um fjármálafyrirtæki, nr. 161/2002, en kaflinn fjallar um endurskipulagningu fjárhags fjármálafyrirtækja, slit þeirra og samruna við önnur fjármálafyrirtæki.

Reglur XII. kafla laganna eru að stofni til frá árinu 2002 þegar lög um fjármálafyrirtæki tóku gildi, en frá þeim tíma hefur þeim verið breytt, einkum vegna þess að við framkvæmd slita fjármálafyrirtækja hér á landi síðustu árin hafa komið upp tilvik sem voru ófyrirséð við setningu laganna 2002.

Meginhluti tilskipunar 2001/24/EB frá 4. apríl 2001, um endurskipulagningu og slit lána-stofnana, var innleiddur í íslenskan rétt með lögum nr. 130/2004, sem breyttu lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki. Þar voru leidd í lög ýmis ákvæði um samstarf yfirvalda í mál-um sem lúta að endurskipulagningu fjárhags og slitum fjármálafyrirtækja, samræmdar reglur um tilkynningar til eftirlitsaðila og þekktra kröfuhafa sem og reglur um birtingu ákvarðana um slíkar ráðstafanir og réttaráhrif þeirra á Evrópska efnahagssvæðinu. Auk þess voru settar sér-reglur um þau lög sem beita skal við endurskipulagningu fjárhags og slit fjármálafyrirtækja og útibúa þeirra í öðru EES-riki, í kjölfar samskipta íslenskra stjórnvalda við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) vegna innleiðingar tilskipunar 2001/24/EB með breytingarlögum nr. 78/2011.

Í frumvarpi þessu er að finna ákvæði sem ætlað er að skýra frekar atriði sem upp hafa komið í kjölfar dóma Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins þar sem reynt hefur á ýmis atriði tengd innleiðingu fyrrgreindrar tilskipunar í íslenskan rétt.

2. Tilefni og nauðsyn lagasetningar.

Tilskipun 2001/24/EB miðast í meginatriðum við að ef fjármálafyrirtæki er tekið til slita skuli slitameðferðin fara eftir lögum heimaríkis fjármálafyrirtækisins, sbr. 10. gr. tilskipunarinnar. Af þessu leiðir að ef fjármálafyrirtækið rekur útibú í öðrum löndum eða á í viðskiptum við fyrirtæki og einstaklinga utan heimaaðildarríkisins fer einungis fram ein slitameðferð en ekki margar. Eignum er þá ráðstafað og kröfum lýst á grundvelli reglna heimaríkisins óháð þjóðerni viðsemjandans eða því hvar viðskiptin áttu sér stað. Þessi meginregla sætir þó undan-tekningum vegna séreðlis starfsemi fjármálafyrirtækja og með tilliti til þeirra sem eiga viðskipti við fjármálafyrirtæki. Það er samspilið á milli þessara meginreglna og undanþága sem reynt hefur á við slit fjármálafyrirtækja hér á landi, þ.e. að hvaða marki sérreglur íslenskra laga um gjaldþrotaskipti o.fl., nr. 21/1991, sem vísað er til í slitakafla laga um fjármálafyrirtæki, um skilyrði fyrir skuldajöfnun og riftun ráðstafana þrotamanns, samþýðast 23., 25., og 30. gr. áðurnefndrar tilskipunar. Í þeim greinum er í stórum dráttum kveðið á um að slitameðferð skuli ekki hafa áhrif á rétt lánardrottna til að krefjast *skuldajöfnunar* gegn kröfum lánastofnunar „þegar slík skuldajöfnun er heimiluð í lögum sem gilda um kröfu lánastofnunarinnar“, sbr. 23. gr. tilskipunarinnar, og ekki sé hægt að beita lagareglum um riftun ráðstafana þrotamanns ef sýnt er fram á að samkvæmt þeim lögum sem giltu um gerninginn séu „engin úrræði til að véfengja gerninginn sem um ræðir“, sbr. 30. gr. tilskipunarinnar. Þá er sérstök regla sem tekur til greiðslujöfnunarsamninga, en um þá skulu einungis gilda þau lög sem gilda um slíka samn-inga, sbr. 25. gr. tilskipunarinnar.

Íslensk gjaldþrotaskiptalög kveða á um að þeim sem skuldar þrotabúi sé einungis heimilt að nýta kröfu til skuldajöfnunar gegn kröfu þrotabús ef hann hefur eignast kröfuna áður en þrjú mánuðir voru til svokallaðs frestdags og einnig eru þar ákvæði um að hægt sé að rifta ráðstöf-unum þrotamanns á ákveðnu tímabili fyrir frestdag, til dæmis vegna þess að skuld er greidd fyrir gjalddaga eða tilteknum kröfuhöfum ívilnað á annan hátt. Við slit fjármálafyrirtækja hér á landi beittu slitastjórnir fjármálafyrirtækjanna þessum ákvæðum til að hafna kröfum um skuldajöfnuð og jafnframt að rifta greiðslu skulda fyrir gjalddaga. Dómsmál hafa risið um ágreining vegna þessa og hvernig túlka eigi j- og n-lið 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, sem áttu að endurspeglu undanþágurnar í 23., 25. og 30. gr. tilskipunarinnar.

Í málum sem risu á milli *Commerzbank AG og Kaupþings banka hf.* reyndi á heimild fyrrnefnda bankans til að skuldajafna með kröfu sem hann hafði eignast eftir fall Kaupþings banka hf. Slitabú bankans hélt því fram að þetta væri óheimilt vegna þriggja mánaða reglunnar í 100. gr. laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl., en hinn erlendi banki byggði hins vegar á því að samkvæmt j-lið 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, ætti að beita enskum lögum um skuldajöfnuð þar sem um það hefði verið samið í rammasamningi á milli bankanna. Í dómi sínum í máli nr. 732/2012 hafnaði Hæstiréttur Íslands þeirri lögskýringu sem Commerzbank byggði á. Kom fram að við slit fjármálafyrirtækis giltu skv. 1. mgr. 102. laga um fjármálafyrirtæki „sömu reglur og við gjaldþrotaskipti um gagnkvæma samninga [fyrirtækis] og kröfur á hendur því“. Þóttu ákvæði í samningi um skuldajöfnuð ekki getað haggð þeim réttarreglum. Nánari forsendur fyrir sömu niðurstöðu er að finna í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 120/2014, De Nederlandsche Bank N.V. gegn LBI hf., og bent á að ef víkja ætti frá meginreglunni um jafnræði kröfuhafa þyrfti slíkt að koma skýrt fram í lögum. Þótti rétt skýrður j-liður 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, ekki fela í sér skýra undantekningu sem viki í burtu meginreglunni um jafna stöðu kröfu með tilliti til möguleika til skuldajöfnuðar.

Í ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins í máli nr. E-28/13 (LBI hf. gegn Merrill Lynch International Ltd.) frá 17. október 2014 kemur fram að dómstóllinn telur að túlka eigi áðurnefnd undanþáguákvæði, í því tilviki þegar 30. gr. tilskipunarinnar á við, þannig að við slitameðferð lánastofnunar eigi ekki að beita riftunar- eða ógildingarreglum heimaríkisins ef þeim sem í hlut á tekst að sanna að reglur í því ríki sem um gerninginn gilda mundu ekki heimila slíkt. Í forsendum dómsins kemur einnig fram að svo virðist sem n-liður 2. mgr. 99. gr. laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, sem áður er á minnst, takmarki gildi þeirrar undanþágu sem með réttu hefði átt að felast í innleiðingu 30. gr. tilskipunarinnar.

ESA hefur áður átt í samskiptum við íslenska ríkið vegna innleiðingar tilskipunarinnar og hefur verið brugðist við athugasemdum stofnunarinnar, m.a. með lögum nr. 78/2011. Í kjölfarið var ESA sent bréf þar sem fram komu upplýsingar um fulla innleiðingu tilskipunarinnar (Form 1) haustið 2011. Í kjölfar dóms EFTA-dómstólsins í máli E-28/13 og dóma Hæstaréttar í málum nr. 552/2013 og 120/2014, sem raktir eru hér að framan, tók ESA innleiðingu tilskipunarinnar aftur til athugunar. Með bréfi dags. 6. júlí 2016 var íslenskum stjórnvöldum tilkynnt að þau hefðu þrjá mánuði til að bregðast við athugasemdum stofnunarinnar, sem lutu annars vegar að innleiðingu ákvæða 23. og 25. gr. tilskipunarinnar og hins vegar nánari skýringum á reglum íslenskra laga vegna ákvæðis 1. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar. Með rökstuddu áliti, dags. 7. febrúar 2018, gaf ESA íslenskum stjórnvöldum að lokum tveggja mánaða frest til þess að bregðast við athugasemdum stofnunarinnar. Er frumvarp þetta lagt fram af því tilefni, og með því er ákvæði 99. gr. laganna skýrt nánar. Í frumvarpinu er að finna skýran greinarmun á innleiðingu annars vegar á 23. gr. og hins vegar 25. gr. tilskipunarinnar, auk þess sem ákvæði 30. gr. tilskipunarinnar hefur verið nánar skýrt til samræmis við fyrrgreindan dóm EFTA-dómstólsins.

3. Meginefni frumvarpsins.

Í frumvarpinu eru lagðar til breytingar sem byggjast á tilskipun 2001/24/EB. Er lagt til að gerðar verði breytingar á lögum um fjármálafyrirtæki til þess að skýra nánar þau efnisatriði sem um er fjallað í j-lið 2. mgr. 99. gr. laganna og n-lið sama ákvæðis, annars vegar vegna reglna 23. og 25. gr. tilskipunarinnar og hins vegar 1. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar. Framangreind ákvæði fjalla um fjárhagslega endurskipulagningu fjármálafyrirtækis sem hefur höfuðstöðvar á Íslandi og starfrækir útibú í öðru EES-ríki og taka til þess hvaða lögum skuli beitt við endurskipulagningu fjárhags fjármálafyrirtækis. Þar gildir sú meginregla skv. 10. gr. tilskipunarinnar að lög

heimaríkis fjármálafyrirtækis skuli gilda um slit lánastofnunarinnar og útibúa hennar, þ.e. lög þess ríkis þar sem höfuðstöðvar lánastofnunar eru og starfsleyfi hennar er gefið út. Sömu reglur gilda um endurskipulagningu fjárhags, sbr. 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þessar meginreglur tilskipunarinnar eru lögfestar í 2. mgr. 99. gr. og 1. mgr. 104. gr. laganna.

Eru hér lagðar til breytingar til nánari skýringar þeirra undantekninga sem frá þeirri meginreglu gilda. Um er að ræða tvenns konar ákvæði:

Annars vegar eru reglur sem segja nánar til um lög hvaða aðildarríkis eigi að gilda vegna krafna á grundvelli ógildingar samninga við slit fjármálafyrirtækja. Um það gildir ákvæði 1. mgr. 30. gr. tilskipunar 2001/24/EB, þar sem fram kemur að ákvæði 10. gr. tilskipunarinnar, um að lög heimaríkis gildi við slit fjármálafyrirtækis, skuli ekki gilda þegar metið er hvort ógilda megi samninga sem eiga undir lög annars aðildarríkis og þau lög hafi ekki að geyma ógildingarreglu sem taki til þess tilviks sem um ræðir. Til nánari skýringar er lagt til með frumvarpinu að skýrt komi fram að undir ógildingarreglur skv. 1. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar falli einnig riftunarreglur XX. kafla laga um gjaldþrotaskipti o.fl., nr. 21/1991. Þar sem um undantekningu frá meginreglu er að ræða er gert ráð fyrir því að hún sé skýrð þröngt þannig að sá sem heldur því fram að lög heimaríkisins skuli ekki gilda beri sönnunarbyrðina fyrir því að gerningur sé óvefengjanlegur samkvæmt þeim lögum þess aðildarríkis sem við eiga, sbr. meðal annars forsendur í málsgreinum 73–81 í ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli nr. E-28/13. Hvort sönnun hefur tekist fer svo eftir reglum heimaríkisins um sönnun og sönnunarbyrði.

Hins vegar er um að ræða reglur sem taka til skuldajöfnunar við slit fjármálafyrirtækis og greiðslujöfnunarsamninga. Rétt þykir að bregðast við athugasemdum sem fram hafa komið um innleiðingu undantekningarreglna 23. og 25. gr. tilskipunarinnar, en ákvæði þeirra fela í sér undantekningu frá þeirri meginreglu 10. gr. tilskipunarinnar um að við slit og fjárhagslega endurskipulagningu fjármálafyrirtækis skuli lög heimaríkis gilda, m.a. við skuldajöfnun. Er nú lögð til nákvæmari skilgreining á því við hvaða kringumstæður skuldajöfnun við slit fjármálafyrirtækis fari fram, en samkvæmt núgildandi reglu í j-lið 2. mgr. 99. gr. laganna er til að mynda ekki gerður greinarmunur á skuldajöfnunarsamningum (e. set-off, d. modregning og þ. aufrechnung) og greiðslujöfnunarsamningi (e. netting agreements, d. nettingaftaler og þ. Aufrechnungs- und Schuldumwandlungsvereinbarungen), þrátt fyrir að skýr greinarmunur sé gerður á þessum tegundum og skilyrðum skuldajöfnunarsamninga í tilskipuninni. Þótt tilefni athugunar ESA megi finna í forsendum dóms Hæstaréttar í áður nefndu máli Commerzbank gegn Kaupþingi banka hf. verður að bæta því við að atvik þess máls voru um margt sérstök vegna þess að hinn erlendi banki hafði fengið kröfu framselda frá þriðja aðila til skuldajöfnunar án tengsla við viðskiptasamband sitt við Kaupþing banka hf. Framsalið kom til eftir að Fjármálaeftirlitið hafði tekið yfir starfsemi bankans. Það er því óvíst að niðurstaða málsins hefði orðið önnur þótt ákvæði j-liðar 2. mgr. 99. gr. laganna hefðu verið eins og hér er lagt til. Helgast það m.a. af því að í 136. gr. laga um gjaldþrotaskipti o.fl. er að finna ákvæði um heimildir til riftunar á óheimilli skuldajöfnun skv. 100. gr. þeirra laga, en fyrirhuguð undantekningin í j-lið sætir takmörkunum ef ógildingar- eða riftunarreglur eiga við. Þá er með frumvarpinu lagt til að hugtakið „greiðslujöfnunarsamningur“ verði skilgreint í sérstakri orðskýringu í 1. gr. a laganna.

Frumvarpinu er ætlað að leiða í lög reglur sem byggjast á tilskipun 2001/24/EB frá 4. apríl 2001 um endurskipulagningu og slit lánastofnana. Efnisreglum sem fram koma í frumvarpinu er einungis ætlað að gilda um fjármálafyrirtæki sem hefur höfuðstöðvar á Íslandi og er með starfsemi í öðru EES-ríki. Reglurnar taka því ekki til samningssambands fjármálafyrirtækis við félög eða einstaklinga utan EES-svæðisins.

4. Samræmi við stjórnarskrá og alþjóðlegar skuldbindingar.

Þær breytingar sem lagðar eru til með frumvarpinu byggjast á efni tilskipunar 2001/24/EB frá 4. apríl 2001 um endurskipulagningu og slit lánastofnana. Rétt er að vekja athygli á að reglur um skilyrði skuldajöfnunar og riftunar við gjaldprotaskipti teljast samkvæmt hefðbundnum skilningi til réttarfars hér á landi. Reglur um réttarfar og málsmeðferðarreglur falla að meginstefnu til ekki undir EES-samninginn. Í einstökum gerðum Evrópusambandsins sem lögfestar hafa verið hér á landi á grundvelli EES-samningsins hafa þó verið gerðar undantekningar frá því á afmörkuðum sviðum, einkum þegar reglurnar hafa verið taldar nátengdar þeim efnisréttindum sem viðkomandi gerð hefur að geyma. Verður talið að uppi sé sérstakt álitamál hvort af EES-samningnum leiði skylda til að lögfesta þær reglur sem tilskipunin hefur að geyma um skuldajöfnun og riftunarreglur við slit fjármálafyrirtækis. Efni frumvarpsins er hins vegar í samræmi við tilskipun 2001/24/EB, sem ákveðið var að taka upp í EES-samninginn árið 2002. Þá er ekki að sjá að í breytingunum sem slíkum geti falist neitt sem stangast á við ákvæði stjórnarskrárinnar.

5. Samráð.

Frumvarpið var samið í fjármála- og efnahagsráðuneytinu, m.a. á grundvelli samskipta við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), og að höfðu samráði við Ásu Ólafsdóttur, dósent við lagadeild Háskóla Íslands, og Jóhannes Karl Sveinsson lögmann. Við vinnslu frumvarpsins var frumvarpið kynnt Fjármálaeftirlitinu.

6. Mat á áhrifum.

Með frumvarpinu eru skýrðar nánar reglur laga nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, um skuldajöfnun og greiðslujöfnunarsamninga við endurskipulagningu fjárhags og slit fjármálafyrirtækja, til samræmis við tilskipun 2001/24/EB, sem og lagavalsreglur í kjölfar ógildingar og riftunar löggerninga. Ekkert íslenskt fjármálafyrirtæki er nú í slitum og verður því ekki séð að efni frumvarpsins muni hafa áhrif á starfandi fjármálafyrirtæki. Verður því ekki talið að reglur frumvarpsins séu íþyngjandi fyrir þau eða viðsemjendur þeirra. Ekki er talið að frumvarpið hafi áhrif á ríkissjóð eða hafi í för með sér önnur efnahagsleg áhrif.

Um einstakar greinar frumvarpsins.

Um 1. gr.

Með greininni er lagt til að við 1. mgr. 1. gr. a laganna sem inniheldur orðskýringar bætist nýr töluliður sem fjallar um greiðslujöfnunarsamninga (e. netting agreements). Með greiðslujöfnunarsamningi er átt við samning sem felur í sér að unnt er að umreikna nokkrar samrættar kröfur eða skuldbindingar í eina jafnaða kröfu (e. single net claim), þ.e. þegar samið hefur verið um að jafna samningsgreiðslur og skuldir eftir fyrirframákveðnu kerfi. Undir þessa skilgreiningu falla m.a. samningar um greiðslujöfnun til uppgjörs (e. close-out netting agreement) en samkvæmt slíkum samningum má flýta skuldbindingum eða greiðslum á milli aðila ef samningur kveður á um að tiltekinn atburður eða aðstæður geti leitt til þess að skuldbindingar komi til greiðslu eða þeim verði lokað og breytt í eina jafnaða kröfu eða nýja kröfu. Samkvæmt því mundu greiðslujöfnunarsamningar með samningsákvæði um greiðslujöfnun til uppgjörs (e. close-out netting provisions) eiga undir ákvæðið. Slík samningsákvæði eru skilgreind í i-lið n-liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunar 2002/47/EB, sem innleidd var hér á landi með lögum nr. 46/2005, um fjárhagslegar tryggingarráðstafanir. Undir greiðslujöfnunarsamninga samkvæmt skilgreiningunni falla m.a. greiðslujöfnunarsamningar sem fjármálafyrirtæki gerir á grundvelli 295.–298. gr. reglugerðar (ESB) nr. 575/2013 sem innleidd er hér á landi á grundvelli 117. gr. a laga nr.

161/2002, um fjármálafyrirtæki. Einnig var tekið mið af því hvernig greiðslujöfnunarráðstafanir (e. netting arrangements) eru skilgreindar í 98. tölul. 1. mgr. 2. gr. tilskipunar 2014/59/ESB um endurreisn og skilameðferð lánastofnana og verðbréfafyrirtækja (e. Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms).

Í 25. gr. tilskipunar 2001/24/EB er fjallað um „greiðslujöfnunarsamninga“, en slíkir samningar eru algengir í afleiðuviðskiptum á milli tveggja eða fleiri aðila. Almennt eru afleiðusamningar gerðir upp á grundvelli eins samnings og á gjalddaga. Sá aðili samningsins, sem er í skuld samkvæmt þróun þeirra undirliggjandi þátta sem virði viðkomandi samnings var leitt af, t.d. þróun vaxta eða gjaldeyris, greiðir mótaðila nettóskuld sína vegna samningsins á uppgjörstegi. Oft eru aðstæður þannig að sömu aðilarnir gera á milli sín tvo eða fleiri afleiðusamninga og eiga þá jafnvel á tilteknum tímavörðum margar gagnstæðar kröfur eða skuldir hvor á annan. Í slíkum tilvikum er ekki óalgenget að aðilarnir geri sérstakan samning sín á milli sem tekur til heildar afleiðuviðskipta þeirra og kveður á um að gert sé upp miðað við nettóstöðu allra þeirra afleiðusamninga sem þeir hafa gert sín á milli, og má því telja kröfurnar samrættar í framangreindum skilningi. Þannig nær uppgjör einungis til nettókröfu eða jaðarfjárhæðar allra undirliggjandi samninga í stað þess að hver og einn samningur sé gerður upp á brúttógrundvelli. Slíkir samningar kallast greiðslujöfnunarsamningar sem einnig geta innihaldið ítarlegri ákvæði um greiðslujöfnun vegna loka samningssambands með greiðslu (e. netting by payment), greiðslujöfnun við endurnýjun (e. novation) eða greiðslujöfnun vegna uppgjör (e. close out). Uppgjör eða greiðslujöfnun er fylgð í því að reiknaður er út stöðumismunur margra samninga á milli aðilanna og þeir gerðir upp eins og um einn samning (e. netting) væri að ræða. Þessu fylgir mikið hagræði í viðskiptasambandi aðila sem eiga í miklum afleiðuviðskiptum sín á milli. Aðilar geta þannig gert einn staðlaðan aðalsamning um greiðslujöfnun (e. master netting agreement) sem hefur oft að geyma jöfnunarákvæði af fleiri en einu lagi og getur samningurinn náð yfir ýmiss konar afleiðuviðskipti og jafnvel innihaldið fjölda tegunda jöfnunarákvæða (e. netting clauses) sem eiga þá að gilda eftir því hvernig samningssamband aðila þróast.

Nokkur orð hafa verið notuð um enska hugtakið „Netting Agreement“ í íslenski löggjöf. Má þar nefna hugtökin „samningur um skuldajöfnun“, „skuldajöfnun“, „samningsbundin skuldajöfnun“, „jöfnunarsamningur“ og „greiðslujöfnunarsamningur“. Í íslenski útgáfu tilskipunar 2001/24/EB sem birt er í EES-viðbæti Stjórnartíðinda Evrópusambandsins er orðið „greiðslujöfnunarsamningur“ notað. Almenn tilvísun til skuldajöfnuðar án frekari skýringar getur því verið villandi enda ljóst af efni tilskipunar 2001/24/EB að gerður er greinarmunur á þessu tvennu, þ.e. almennum skuldajöfnuði og greiðslujöfnunarsamningi. Þá má einnig vísa til þess að í tilskipuninni er að finna sérstaka reglu sem tekur til skuldajöfnuðar (e. set-off, d. modregning og þ. aufrechnung) sem er ólík reglunni um greiðslujöfnunarsamninga. Því er lagt til að hugtak „greiðslujöfnunarsamningur“ verði notað í lögum til aðgreiningar frá hugtakinu „skuldajöfnun“ í samræmi við þann mismun sem er á milli 23. og 25. gr. tilskipunar 2001/24/EB og til þess að auka skýrleika laganna. Er það til samræmis við athugasemdir ESA.

Um 2. gr.

Í greininni eru lagðar til tvenns konar breytingar á ákvæði 99. gr. laganna sem fjallar um fjárhagslega endurskipulagningu lánastofnunar með höfuðstöðvar á Íslandi og útibú í öðru EES-riki. Í a-lið eru lagðar til tvær breytingar á j-lið 2. mgr. 99. gr. laganna sem fjallar um skuldajöfnun við slit fjármálafyrirtækis. Almenna reglan er sú skv. 2. mgr. 10. gr. tilskipunar 2001/24/EB að reglur heimaríkis lánastofnunar ráða um nánari framkvæmd endurskipulagningar fjárhags og slita. Þetta á m.a. við um skuldajöfnun, en skýrt kemur fram í c-lið 2. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar að lög heimaríkis skuli gilda um þær aðstæður þar sem beita megi skuldajöfnun.

Frá þessari meginreglu eru gerðar tvær undantekningar. Er það annars vegar í 23. gr. tilskipunarinnar þar sem fjallað er um þau tilvik þegar ákvæði í samningi aðila leiða af sér rétt til skuldajöfnunar samkvæmt lögum annars aðildarríkis en heimaríkis fjármálafyrirtækis (e. set-off, d. modregning og þ. aufrechnung). Sú regla er þó háð tilteknum undantekningum þar sem fjármálafyrirtæki getur ætíð krafist ógildingar eða riftunar á slíkum samningi samkvæmt þeim lögum sem gilda um fjármálafyrirtækið, skv. 2. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar. Hina undantekninguna frá meginreglunni er að finna í 25. gr. tilskipunarinnar þar sem fjallað er um svokallaða „greiðslujöfnunarsamninga“ (e. netting agreements, d. nettingaftaler og þ. aufrechnungs- und schuldumwandlungsvereinbarungen). Í þeim tilvikum er um að ræða ríkari rétt til skuldajöfnunar, enda er regla 25. gr. tilskipunarinnar án undantekninga, andstætt ákvæði 23. gr. Um framangreindar reglur er fjallað í a-lið 2. gr. frumvarps þessa. Í b-lið er fjallað um breytingu sem leiðir af 30. gr. tilskipunarinnar.

Um a-lið.

Í 1. másl. a-liðar 2. gr. frumvarpsins er í fyrsta lagi lagt til að skýrð verði nánar skilyrði og réttaráhrif samnings um skuldajöfnuð, svokallaðs „greiðslujöfnunarsamnings“, sbr. 25. gr. tilskipunar 2001/24/EB. Þar er fyrst og fremst átt við samning um afleiðuviðskipti og uppgjör þeirra með samningi um skuldajöfnun, ef slíkt er heimilt eftir lögum þess ríkis sem um samninginn á að gilda. Þar sem um undantekningarreglu er að ræða er áskilið að í upphafi viðskipta aðila hafi verið samið um að slíkt uppgjör mætti fara fram og hvaða samningar á milli þeirri falli undir greiðslujöfnunarsamninginn, og að samningurinn hafi verið gerður áður en fjárhagsleg endurskipulagning fjármálafyrirtækis hefst. Í reynd er hér um að ræða samning um jöfnun samningsbundinna greiðslna í upphafi samningssambands sem leiðir af eðli greiðslujöfnunarsamninga eins og lýst er í athugasemdum við 1. gr. frumvarpsins.

Sú regla sem ákvæði 25. gr. tilskipunarinnar tekur til fer í veigamiklum atriðum gegn meginreglum íslensks skuldaskilaréttar um jafnræði kröfuhafa við gjaldþrotaskipti, þar sem í ákvæðinu er mælt fyrir um að jafna skuli samningsbundnar greiðslur samkvæmt greiðslujöfnunarsamningi án nokkurra tengsla við lög heimaríkis, auk þess sem ekki er gerð undantekning frá reglunni. Í því felst auk þess veigamikil undantekning frá þeirri meginreglu sem gildir samkvæmt tilskipuninni um jafna meðferð lánardrottna sem og að slit fjármálafyrirtækis fari fram samkvæmt meginreglunni um algildi og einingu. Viðtæk regla þess efnis gæti einnig falið í sér verulega hættu á undanskotum, sem og lagasniðgöngu, enda geta aðilar almennt sjálfir samið um lög hvers ríkis eigi að gilda um samninga þeirra á milli, og þar með orðið hvati til sniðgöngu þar sem samningsaðilar mundu keppast við að takmarka eða draga úr þeim neikvæðu áhrifum sem fylgdu slitum í heimaríki fjármálafyrirtækis. Hafa erlendir fræðimenn (EU Banking And Insurance Insolvency, 2006, eftir Gabriel Moss og Bob Wessel) bent á framangreind sjónarmið og að ekki verði litið fram hjá þeim reglum sem almennt gilda um slíka samninga í heimaríki lánastofnunar, þannig að skuldajöfnun færi ekki fram óháð slíkum reglum. Það verður þó tæplegast ráðið af ákvæði 25. gr. tilskipunarinnar.

Í framangreindu ljósi er því lagt til að ákvæðið taki til greiðslujöfnunarsamninga þar sem sérstaklega hefur verið samið um að lög tiltekins aðildarríkis eigi að gilda um samninginn. Jafnframt er því gerð sú krafa að um framkvæmd skuldajöfnunar hafi verið samið í upphafi samningssambands og áður en fjárhagsleg endurskipulagning fjármálafyrirtækis hefur hafist. Það felst í reynd í eðli þeirra samninga sem hér um ræðir, þ.e. samninga um afleiðuviðskipti þar sem í upphafi samningssambands er samið um hvaða kröfur eigi að mætast til uppgjors. Hér fellur því ekki undir það tilvik þegar aðilar hafa samið um að lög tiltekins ríkis eigi að gilda um kröfuna og af þeim lögum megi leiða rétt til skuldajöfnunar. Ef svo háttar til er rétt að um slíkan samning fari eftir þeim reglum sem lýst er í 2. og 3. másl. a-liðar 2. gr. frumvarpsins.

Með breytingu í 2. og 3. málsli. a-liðar 2. gr. frumvarpsins er enn fremur lagt til að nýr málsliður bætist við j-lið 2. mgr. 99. gr. sem hefur þann tilgang að skýra nánar samhengi c-liðar 10. gr. tilskipunar 2001/24/EB annars vegar og undantekningar 1. og 2. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar hins vegar. Samkvæmt meginreglu 9. gr. tilskipunarinnar hafa stjórnvöld heimaríkis lögsögu yfir slitum fjármálafyrirtækis og í 10. gr. tilskipunarinnar segir að lög heimaríkis skuli gilda um slit fjármálafyrirtækis, þar á meðal um hvort beita megi skuldajöfnuði. Í 23. gr. tilskipunarinnar, sem fjallar um skuldajöfnun (e. set-off, d. modregning og þ. aufrechnung), er að finna undantekningu frá þessari reglu.

Í íslenskum fjármunarétti er krafa skilgreind sem lögvarin heimild tiltekins aðila til þess að krefjast þess af öðrum aðila að hann geri eitthvað eða láti eitthvað ógert. Ýmsar leiðir eru til þess að ljúka kröfu, en algengast er að kröfu verði lokið með greiðslu. Önnur leið til að ljúka kröfu er að hún falli niður með skuldajöfnuði. Í skuldajöfnun felst að ein krafa jafnast gegn annarri án þess að eiginleg greiðsla eigi sér stað. Að skuldajöfnuði loknum hafa báðir aðilar skuldarasambands fengið fullnustu kröfu sinnar í heild eða að hluta og losna að sama skapi undan skuld sinni í heild eða að hluta. Niðurstaða skuldajöfnuðar er því samkvæmt þessu sú sama og ef báðar kröfur hefðu verið greiddar, eins langt og skuldajöfnuður nær. Í íslenskum fjármunarétti hefur verið viðurkennt að skuldajöfnuður geti bæði verið umsaminn eða hann framkvæmdur einhliða. Því er viðurkennt í íslenskum rétti að aðili skuldarasambands geti knúið fram greiðslu með einhliða skuldajöfnuði en til að svo geti orðið þurfa ýmis skilyrði að vera uppfyllt. Skilyrði skuldajöfnuðar eru að mestu ólögfest, en um þau hafa fræðimenn fjallað, m.a. Þorgeir Örlygsson og Benedikt Bogason í ritinu Kröfuréttur (þættir), bls. 195–266, sem kom út 2014, og í kafla Þorgeirs Örlygssonar í grein sem birtist í Úlfjótí afmælisriti, 1. tbl. 1997, bls. 347–393, þar sem efnisleg skilyrði einhliða skuldajöfnunar eru rakin. Þau ólögfestu skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt svo annar aðili skuldarasambands geti einhliða knúið fram skuldajöfnuð er nokkur. Í fyrsta lagi þurfa kröfurnar að vera gagnkvæmar, í öðru lagi þurfa kröfurnar að vera sambærilegar, í þriðja lagi hæfar til að mætast hvað tíma varðar, í fjórða lagi þarf gagnkrafa að vera gild og í fimmta lagi þarf gagnkrafa að vera að meginstefnu til skýr og ótvíræð. Veigamiklar takmarkanir á framangreindum rétti til skuldajöfnunar er auk þess að finna í 100. gr. laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Þær takmarkanir sem framangreint ákvæði laga um gjaldþrotaskipti hefur að geyma eru settar m.a. vegna þeirra meginsjónarmiða sem gilda í íslenskum skuldaskilarétti um að gæta skuli að jafnræði kröfuhafa við hina almennu og sameiginlegu fullnustugerð sem felst í gjaldþrotaskiptum. Sömu sjónarmið eiga við um fjármálafyrirtæki í slitum.

Í tilskipuninni er þó mælt fyrir um undantekningu frá þeirri meginreglu að lög heimaríkis skuli gilda um skuldajöfnun við slit fjármálafyrirtækis þegar um einhliða skuldajöfnun samkvæmt framansögðu er að ræða. Í 1. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar segir að upphaf endurskipulagningar fjárhags eða slita í heimaríki skuli ekki hafa áhrif á rétt lánardrottna til að krefjast skuldajöfnunar gegn kröfu fjármálafyrirtækis, þegar slík skuldajöfnun er heimiluð í lögum sem gilda um kröfu fjármálafyrirtækisins. Þar með er litið til réttmætra væntinga viðsemjanda fjármálafyrirtækis sem ef til vill hefur samið við fjármálafyrirtækið á þeim grundvelli að skuldajöfnun væri heimiluð síðar, t.d. þar sem slík regla kann að vera til staðar í þeim lögum sem gilda um kröfu fjármálafyrirtækisins. Í því sambandi er áréttað að 23. gr. tilskipunarinnar tekur til þess hvort rétt til skuldajöfnunar megi leiða af þeim lögum sem gilda um samninginn, í þeim tilvikum þegar skuldajöfnun verður ekki komið fram samkvæmt lögum þess ríkis sem gilda við slit fjármálafyrirtækis. Hér er því að engu leyti vikið frá þeirri meginreglu íslensks einkamálaréttarfars að sönnunarbyrði um efni erlendra réttarreglu hvílir á þeim sem heldur því fram,

auk þess sem íslenskir dómstólar hafa frjálst sönnunarmat um hvort efni slíkrar reglu telst hafa verið sannað. Um það fer því eftir réttarfarsreglum heimaríkisins.

Í tilskipuninni er samkvæmt framansögðu að finna ákveðið samhengi milli reglna sem fjalla almennt um skuldajöfnun, þ.e. milli ákvæða c-liðar 2. mgr. 10. gr. og 1. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar. Í c-lið 2. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar er gert ráð fyrir að við upphaf slita eða endurskipulagningu fjármálafyrirtækis sé til staðar krafa og gagnkrafa. Þar er mælt fyrir um að skuldajöfnun skuli fara eftir þeim lögum sem gilda um fjármálafyrirtækið. Undantekning er svo gerð frá þeirri reglu í 1. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar þar sem segir að leyfa megi skuldajöfnun ef lög þess ríkis sem eiga við um kröfu fjármálafyrirtækis leyfa slíka skuldajöfnun. Á framangreindri undantekningarreglu 1. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar er svo gerð sú mikilvæga undantekning í 2. mgr. 23. gr. að ætíð er hægt að krefjast ógildingar eða riftunar á skuldajöfnun sem farið hefur fram samkvæmt framansögðu á grundvelli reglna laga nr. 7/1936, um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, eða reglna XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl.

Samkvæmt framansögðu er mikilvægur greinarmunur gerður á þeirri þröngu undantekningu sem um er fjallað í 25. gr. tilskipunarinnar þar sem fjallað er um greiðslujöfnunarsamninga (e. netting agreements, d. nettingaftaler og þ. aufrechnungs- und schuldumwandlungsvereinbarungen), þar sem ekki eru leyfðar neinar undantekningar, og svo almennum reglum viðkomandi ríkis um skuldajöfnun (e. set-off, d. modregning, þ. aufrechnung), sem hér eru til umfjöllunar. Ástæðan er sú að með einhliða skuldajöfnun samkvæmt framansögðu getur kröfuhafi komið fram skuldajöfnun sem telst vera skaðleg fyrir alla kröfuhafa við slit fjármálafyrirtækis, og því er rétt að færa fjármálafyrirtæki við slíkar aðstæður möguleika á að leiðrétta slíkar ráðstafanir vegna almennra sjónarmiða skuldaskilaskilaréttar um jafnræði kröfuhafa og réttmætar væntingar. Um það er fjallað í 2. mgr. 23. gr. tilskipunarinnar þar sem sérstaklega er vísað til reglna landsréttar heimaríkisins, þ.e. þeirra ógildingarreglna og riftunarreglna sem gilda við fjárhagslega endurskipulagningu fjármálafyrirtækis skv. l-lið 2. mgr. 10. gr. tilskipunarinnar. Í því felst um leið mikilvæg takmörkun á skuldajöfnunarréttinum, en sérstök ástæða er til að vekja athygli á því að í 23. gr. tilskipunarinnar er eingöngu vísað til l-liðar 2 mgr. 10. gr. tilskipunarinnar, en ekki jafnframt til 30. gr. hennar.

Í þessu samhengi er hér því fyrst og fremst að líta til XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl., en í honum er fjallað um skuldajöfnun sem telst riftanleg, einkum 136. gr. sem fjallar um riftun skuldajöfnunar andstætt reglum 100. gr. sömu laga, 134. gr. sem fjallar um greiðslur með óvenjulegum greiðslueyri, sem og reglu 141. gr. um ótilhlýðilegar ráðstafanir, auk þess sem ákvæði 139. gr. laganna um ráðstafanir eftir frestdag gætu jafnframt komið til skoðunar. Verður að telja jafnræði kröfuhafa vel varið með framangreindum reglum, þar sem með þeim væri t.d. komið í veg fyrir að skuldari gæti fengið kröfu til þess að skuldajafna gagnvart kröfu fjármálafyrirtækis, eftir að slit væru hafin eða í andstöðu við fyrrgreindar reglur eða eftir atvikum í vondri trú. Af því mætti jafnframt leiða þá reglu að slík skuldajöfnun yrði ekki þvinguð fram í andstöðu við framangreindar reglur, enda gæti fjármálafyrirtæki þegar svo háttaði til undir öllum kringumstæðum borið fyrir sig fyrrgreindar riftunarreglur kæmi fram krafa um skuldajöfnun.

Um b-lið.

Breytingin sem lögð er til í b-lið er lögð fram vegna sjónarmiða sem fram hafa komið af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) í kjölfar dóms EFTA-dómstólsins í máli E-28/13. Hér er lögð til frekari skýring á n-lið 2. mgr. 99. gr. laganna, en í ákvæðinu kemur nú fram að þrátt fyrir ákvæði d- og e-liðar 2. mgr. 99. gr. sé heimilt að beita ákvæðum III. kafla laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, nr. 7/1936, um ógilda löggerninga, nema lög gistiríkis heimili ekki slíkt. Til að skýra ákvæðið nánar er hér lagt til að sama heimild eigi við um beitingu

reglna XX. kafla laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti o.fl. Þá kemur fram í ákvæðinu að löggerningur verði ekki ógiltur ef sá sem hag hefur af því að slíkur löggerningur haldi gildi sínu leggur fram fullnægjandi sönnun um að um löggerninginn eigi að gilda lög annars ríkis og að þar sé ekki að finna ógildingareglu eða riftunarreglu sem taki til þess tilviks sem um ræðir.

Um nánari rök fyrir þessari breytingu vísast til þeirrar niðurstöðu í dómi EFTA-dómstólsins að í orðalaginu „ógildi, ógildanleiki eða skortur á réttarvernd“ löggerninga í 1. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar sé einnig vísað til riftunar samkvæmt gjaldþrotaskiptarétti á grundvelli reglna um undanskot eigna frá gjaldþrotaskiptum, sem um er fjallað í í XX. kafla íslenskra laga nr. 21/1991, um gjaldþrotaskipti.

Um 3. gr.

Greinin þarfnast ekki skýringar.