



MOTTATT
30 JAN. 2012

OSLO TINGRETT

DOM OG KJENNELSE

Avsagt: 26.01.2012 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 11-065228TVI-OTIR/07

Dommer: Tingrettsdommer Kristian Jahr

Saken gjelder: Tvist om rett til motregning av krav

Glitnir Bank hf

Advokat Pål Sveinsson

mot

Bn Bank ASA

Advokat Peter Simonsen

DOM OG KJENNELSE

Innledning

Saken gjelder krav om tilbakebetaling etter påstått urettmessig motregning.

Den islandske banken Islandsbanki, senere Glitnir Banki hf, ervervet i 2004 Kreditbanken i Ålesund og BN Bank ASA med hovedkontor i Trondheim. I 2008 fusjonerte bankene i Norge, og fortsatte driften under navnet Glitnir Bank ASA. Glitnir Banki hf etablerte i tillegg et heleid datterselskap i Norge ved navn Glitnir Norway AS. Glitnir Bank ASA var heleier av datterselskapene BN Boligkreditt AS, Bolig- og Næringskreditt AS, Glitnir Factoring AS, Glitnir Eiendomsfinans AS og hovedeier av Glitnir Privatøkonomi AS.

De tre største bankene på Island, herunder Glitnir, kom i oktober 2008 i økonomiske vanskeligheter. Alltinget vedtok 6. oktober en kriselov som ga det islandske kredittilsynet (senere kalt FME) fullmakt til å iverksette en rekke krisetiltak. FME besluttet dagen etter, 7. oktober, å overta kontrollen over Glitnir. Det ble oppnevnt en såkalt "Receivership Committee", senere kalt "Resolution Committee" (begge her kalt RC), til å forestå ledelsen av banken på vegne av styret. Det ble innført et moratorium som omfattet alle krav mot Glitnir, og opptatt forhandlinger med kreditorene. Da det senere viste seg at slike forhandlinger ikke førte fram, ble banken ved lov besluttet avviklet, og RC ble erstattet av et "winding-up board" (her kalt avviklingsstyre).

Som følge av krisen i Glitnir Banki hf fikk Glitnir Bank ASA i Norge akutte betalingsproblemer. Det norske kredittilsynet samtykket 8. oktober 2008 i å tilføre banken 2 milliarder kroner mot sikkerhet fram til 9. oktober. Likviditetsstøtten ble da utvidet til 5 milliarder og forlenget til 19. oktober og senere til 20. november. Det var en forutsetning for støtten at man arbeidet med å finne en løsning med salg av banken. Aksjene i banken ble 20. oktober solgt til en gruppe av norske banker i Sparebank 1-gruppen for NOK 300 millioner. Kjøperne fikk konsesjon for overtakelsen 4. desember, og banken endret navn til BN Bank ASA.

I det følgende brukes for enkelhets skyld navnet Glitnir på den islandske banken Glitnir Banki hf, mens BN Bank brukes om Glitnir Bank ASA, senere BN Bank ASA, i Norge.

BN Bank hadde en portefølje av til dels større lånekunder i Norge. En betydelig del av lånene var ytet av Glitnir gjennom såkalte "participation agreements". Disse innebar at det var BN Bank som utad sto som långiver, mens Glitnir sto for en del av finansieringen og tilsvarende risiko. Det var forutsetningen at tilsvarende andel av innbetalte terminbeløp fra lånekunder så raskt som mulig skulle overføres fra BN Bank til morbanken på Island. Bankene inngikk ved hvert lån av denne karakter et såkalt "participation agreement" hvor det bl.a. het:

"3.1 To the extent the Risk Participant has made payment to the Bank under Clause 2 above, the Bank will pay to the Risk Participant an amount equal to the Relevant Fraction of each amount of principal and any other payment, received or recovered by the Bank under the Loan Agreement.

3.2 All payments by the Bank to the Risk Participant pursuant to sub-clause 3.1 above in respect of amounts received or recovered from the Borrower under or pursuant to the Loan Agreement shall be made as soon as reasonably possible after receipt or recovery thereof and in the currency of such receipt."

Etter begjæring fra flere kreditorer ble det ved kjennelser fra Sunnmøre tingrett 21., 23. og 31. oktober og fra Trondheim tingrett 24. oktober tatt arrest i Glitnirs formuesgoder i Norge. Dette medførte at innbetalte terminbeløp ble samlet på konto hos BN Bank i stedet for å bli overført til Glitnir. Ved Sunnmøre tingretts kjennelse 16. desember 2008 og Trondheim tingretts kjennelse 22. januar 2009 ble arrestene opphevet. Kjennelsen fra Trondheim tingrett ble anket og anken ble gitt delvis oppsettende virkning. Ved Frostating lagmannsretts kjennelse 11. mai 2009 ble ankesaken hevet. Samtlige arrester var etter dette opphevet. En vesentlig del av beløpene ble likevel stående på konto hos BN Bank.

BN Bank mente å ha en rekke krav mot Glitnir. I brev av 9. februar 2009 til Glitnir uttalte BN Bank at man ønsket å gjøre opp gjenstående mellomværender mellom de to bankene ved motregning. Forut for dette var en del av kravene fra BN Bank belastet Glitnir Norway AS. I brev av 6. april 2009 ga BN Bank en nærmere redegjørelse for de konkrete krav som ble krevd motregnet. Den endelige erklæringen om motregning ble avgitt overfor avviklingsstyret på Island i brev 16. november 2009 og tilleggserklæring 16. desember 2009.

Glitnir protesterte gjentatte ganger mot motregningen. En del av motregningskravet ble løst mellom partene i minnelighet, men Glitnir krever fortsatt å få utbetalt de beløp som man mener BN Bank uberettiget har motregnet.

Ved stevning datert 15. april 2011 har advokat Pål Sveinsson på vegne av Glitnir gått til søksmål med krav om utbetaling av det motregnede beløp med til sammen NOK 240 350 165,- med tillegg av renter. BN Bank har tatt til motmæle ved rettidig tilsvar datert 1. juni 2011 og påstått seg frifunnet mot å betale en del av beløpet. For det tilfelle at saksøkeren får medhold i at motregningen var uberettiget, har saksøkte subsidiært krevd fullbyrdelsesdom for motkravene.

I tillegg til kravet ovenfor har Glitnir krevd tilbakebetalt et beløp på NOK 1 867 917 som ved en feil ble motregnet dobbelt. Dette kravet er erkjent av Glitnir.

Under saksforberedelsen har saksøkeren påstått saksøktes subsidiære krav avvist. Retten besluttet i medhold av tvisteloven § 9 – 7 (3) annet punktum å vente med avgjørelsen av avvisningsspørsmålet til etter hovedforhandlingen.

Hovedforhandling ble holdt i tiden 15. november – 2. desember 2011. Det ble avhørt 12 vitner og foretatt dokumentasjon som framgår av rettsboka.

Saksøkeren la ned slik påstand:

1. BN Bank ASA tilpliktes å betale til Glitnir hf inntil NOK 240 350 165 med tillegg av forsinkelsesrente iht forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd av NOK 230 537 911 fra 16. november 2009 til betaling skjer, og av NOK 9 812 254 fra 21. desember 2009 til betaling skjer.
2. BN Bank ASA tilpliktes å betale til Glitnir hf NOK 1 867 917 med tillegg av forsinkelsesrente iht forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 31. mars 2009 til betaling skjer.
3. Vedrørende BN Bank ASAs motkrav:
Prinsipalt: Motkravene avvises.
Subsidiært: Glitnir hf frifinnes.
4. BN Bank ASA tilpliktes å betale til Glitnir saks kostnader med tillegg av forsinkelsesrente iht forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.

Saksøkte la ned slik påstand:

1. I avvisningsspørsmålet:
 1. BN Bank ASAs motkrav fremmes til behandling.
 2. Glitnir hf dømmes til å dekke BN Banks ASAs saks kostnader i tvisten om avvisning.
2. I hovedsaken:
Prinsipalt:
BN Bank ASA frifinnes mot å betale NOK 23 395 279 til Glitnir hf med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 22. februar 2010 til betaling skjer.
Subsidiært:
Glitnir hf dømmes til å betale til BN Bank ASA et beløp fastsatt etter rettens skjønn begrenset oppad til NOK 216 954 877.-.
I begge tilfeller:
Glitnir hf dømmes til å betale BN Bank ASAs saks kostnader.

Nærmere om de faktiske forholdene i saken

EFTA-landene, herunder Island og Norge, sluttet seg 5. mai 2004 til EUs direktiv av 4. april 2001 om sanering og avvikling av kredittinstitusjoner. Direktivets artikkel 9 nr. 1 lyder:

"Bare de forvaltningsmyndigheter eller rettsmyndigheter i hjemstaten som har ansvar for avviklingen, skal ha myndighet til å treffe beslutning om innledning av en framgangsmåte for avvikling av en kredittinstitusjon, herunder dens filialer i andre medlemsstater.

Beslutning om å innlede en framgangsmåte for avvikling som er truffet av hjemstatens forvaltningsmyndigheter eller rettsmyndigheter, skal anerkjennes uten videre formaliteter på territoriet til de øvrige medlemsstater, og skal få virkning der fra det tidspunkt beslutningen får virkning i medlemsstaten der framgangsmåten innledes."

Direktivets artikkel 23 nr. 1 gjelder motregning og lyder:

"Vedtakelse av saneringstiltak eller innledning av en framgangsmåte for avvikling skal ikke være til hinder for kreditorers rett til å kreve motregning av sine fordringer mot kredittinstitusjonens fordringer, når lovgivningen som får anvendelse på kredittinstitusjonens fordringer tillater slik motregning."

Sommeren og høsten 2008 oppsto det en betydelig uro i finansmarkedene, særlig i USA. Uroen kulminerte med at USAs fjerde største investeringsbank, Lehman Brothers, gikk konkurs. Som følge av dette oppsto det likviditetskrise i finansmarkedene, og det ble klart for islandske myndigheter at de tre største islandske bankene, Landsbanki, Glitnir og Kaupthing, ikke var i stand til å dekke sine forpliktelser. Alltinget vedtok 6. oktober 2008 en kriselov (lov nr. 125/2008) som trådte i kraft samme dag. Loven er i engelsk oversettelse benevnt "On the Authority for Treasury Disbursements due to Unusual Financial Market Circumstances etc.". Lovens artikkel 5 lyder:

"The Financial Supervisory Authority may take special measures in accordance with the provisions of this Article if it considers such measures necessary in view of unusual circumstances or events, for the purpose of limiting damage or the risk of damage in the financial markets. Unusual circumstances or events refers to particular financial and/or operational difficulties experienced by a financial undertaking, including the probability that it will not be able to abide by its commitments vis-a-vis customers or creditors, the premises for revocation of its operating license probably exist, or there is a likelihood that the undertaking cannot meet the minimum capital requirements, and other measures adopted by the Financial Supervisory Authority are not likely to limit the damage or risk of damage to the financial markets. Unusual circumstances also, for instance, refers to the situation where a financial undertaking has requested or been granted a moratorium on payments or composition of creditors or applied for insolvency proceedings or been declared bankrupt.

In case of the circumstances or events specified in Paragraph 1, the Financial Supervisory Authority may call a shareholders' meeting or a meeting of guarantee capital holders. The Financial Supervisory Authority's representative shall chair the meeting and enjoy the right to speak and make proposals. Under these circumstances, the Financial Supervisory Authority is not bound by the provisions of the Act

respecting Public Limited Companies or the financial undertakings' Articles of Association regarding calls to meetings, advance notice or deadlines for calls to meetings, or proposals for amendments to the Articles of Association.

If the circumstances are dire, the Financial Supervisory Authority may assume the powers of the shareholders' meeting or meeting of guarantee capital holders for the purpose of taking decisions on necessary measures, including limiting the decision-making power of the Board, dismissing the Board in whole or in part, taking over the operations of the financial undertaking in whole or in part, or disposing of such an undertaking in whole or in part, including merging it with another undertaking. Such measures shall not be subject to the provisions of the Act on Securities Transactions pertaining to mandatory bid obligations, nor shall they be subject to the provisions of the Act on Financial Undertakings pertaining to the advertisement of financial undertakings' mergers in the Official Gazette (Lögbirtingsbladid). The Financial Supervisory Authority is authorised to transfer all rights to the degree necessary in such instances. ..."

FME besluttet 7. oktober å ta kontroll over Glitnir ved kunngjøring av samme dato. Samtidig ble det oppnevnt en såkalt "Receivership Committee", som senere skiftet betegnelse til "Resolution Committee" Dette organet trådte inn i styrets funksjoner. Det skulle heretter ikke foretas utbetalinger til utenlandske kreditorer. Med hjemmel i kriseloven besluttet FME at banken skulle deles. Eiendelene til Glitnir ble med noen unntak overført til den nye "New Glitnir Bank", som skulle ivareta forholdet til innenlandske kunder og til den islandske sentralbanken. Formålet med tiltaket var å søke å finne grunnlag for fortsatt drift av Glitnir.

Den islandske konkursloven opererer med flere alternativer for insolvensbehandling. Skyldneren kan begjære moratorium, det kan åpnes "financial reorganisation" eller akkordforhandlinger. Fører ikke disse tiltakene fram, kan konkurs åpnes. Etter islandsk lovgivning var det intet til hinder for at en bank kunne slås konkurs. Det var ikke tidligere gitt egne bestemmelser om avvikling av finansinstitusjoner.

Etter begjæring fra FME besluttet tingretten i Reykjavik i medhold av islandsk lov om finansieringsvirksomhet art. 100 å innføre et generelt moratorium for Glitnir fram til fredag 13. februar. Moratoriet ble deretter flere ganger forlenget, senest fram til 23. november 2010.

Islandsk konkurslov artikkel 2 inneholder en definisjon av begrepet "reference date" som lyder:

"In this Act, the term "reference date" shall mean the day when a district court judge receives a petition for a licence of financial reorganisation or a licence to seek composition with creditors, or a bankruptcy petition ... "

Datoen får etter islandsk rett blant annet betydning for adgangen til motregning i henhold til lovens art. 100 første ledd, som lyder:

"Any person indebted to a bankruptcy estate may subtract from his debt what the estate may own him, whatever the nature of the debt or the counterclaim, provided that the creditor acquired the claim before three months remained to the reference date, that he neither knew nor should have known that the bankrupt was insolvent, that he did not acquire the claim in order to set it off against another claim, and provided that the bankruptcy estate's claim against him came into being before the reference date."

Ved lov nr. 129/2008 ble det vedtatt en rekke endringer i islandsk lov om finansieringsvirksomhet med nærmere regler for moratorium m.v. Endringsloven inneholder også bestemmelser for fastsetting av "reference date" dersom finansieringsvirksomheter innvilges moratorium. For foretak hvor moratorium allerede er innvilget, bestemmer lovens overgangsregler bl.a.:

"For those financial undertakings for which the Financial Supervisory Authority has appointed a resolution committee on the basis of Article 100(a), the reference date shall be based on the date this Act enters into force."

Loven ble vedtatt 13. november 2008 og trådte i kraft straks. Den ble etter det opplyste kunngjort 15. november, som dermed også er fastsatt som "reference date" for de berørte finansforetakene.

Våren 2009 ble det klart at det ikke var grunnlag for å komme fram til en ordning for fortsatt drift av Glitnir. Alltinget vedtok 15. april 2009 lov nr. 44/2009 med endringer i lov om finansieringsvirksomhet kap. XII. Nytt regelverk for avvikling av finansieringsinstitusjoner ble vedtatt i lov om finansieringsvirksomhet art. 100a – 103a. Loven fastsetter at retten kan oppnevne en "winding up committee" (avviklingsstyre) som skal lede avviklingen. Loven gir anvisning på bruk av moratorium og akkordforhandlinger med kreditorene. Dersom det viser seg at slike forhandlinger åpenbart ikke vil føre fram, kan tingretten beslutte avvikling idet flere av reglene i konkursloven da gis tilsvarende anvendelse.

Art. 101 ble da endret slik at første ledd lyder:

"The estate of a financial undertaking may not be subjected to bankruptcy proceedings in accordance with general rules."

Ny art. 103a fjerde ledd første punktum lyder:

"If it is established that a financial undertaking's assets are insufficient to fulfill its obligations completely, and the winding-up committee considers it evident that there will be no basis for seeking composition with creditors, as referred to in the third paragraph, or a composition proposal has not been approved or a request for its confirmation has been rejected, then the winding-up committee shall demand that the District Court which appointed it place the undertaking's estate in bankruptcy proceedings."

Endringsloven inneholder i art. 11 "Temporary provisions" hvor det under punkt II bl.a. heter:

"The following special rules shall apply to financial undertakings benefiting from a moratorium upon the entry into force of this Act.

1. The authorised debt moratorium shall continue in spite of the entry into force of this Act and may be extended as provided for in the rules referred to in the second paragraph of Article 10.

2. The moratorium shall be subject to provisions of the first paragraph of Article 101, Articles 102, 103 and Article 103 a of the Act, cf. the first substantive paragraph of Article 5 and Articles 6, 7 and 8 of this Act, as if the winding-up of the undertaking had been ordered by a court ruling on the date this Act enters into force; the winding-up proceedings shall, however, be alluded to as an authorised debt moratorium as long as that authorisation is valid, cf. Point 1. Once this authorisation expires, the undertaking shall, without a specific court ruling, automatically be deemed to be in winding-up proceedings following the general rules, cf. however, Points 3 and 4. ..."

Ved lovendring nr. 102/2010 ble ordlyden i punkt 2 ovenfor endret til:

"During the moratorium, the provisions of the first paragraph of Articles 101, 102, 103 and 103a of the Act shall apply, as if the undertaking has been placed in liquidation pursuant to a court ruling on the date that Act no. 44/2009 entered into force; the winding-up proceedings shall, however, be alluded to as an authorized moratorium as long as that authorisation is valid, cf. Point 1. The provisions of Chapter IV of the Act on Bankruptcy etc. shall not apply to such a moratorium as referred to here, although the Appointee shall supervise measures taken by the Resolution Committee as referred to in Art. 103 of the Act. Before the moratorium granted to the Company expires, the Resolution Committee and Winding-Up Board may jointly request that the company be placed in winding up under the general rules of however Points 3 and 4 with a court ruling provided the substantial provisions of point 3 of the second paragraph of Art 101 of the Act are fulfilled. Such a petition may be submitted at the latest on the date the Company's moratorium expires. The provisions of the third paragraph of Art 101 of the Act shall apply in other respects to handling of such a petition. If the court approves the petition, actions taken in the winding-up proceedings during the moratorium period shall remain unaltered and to the extent ranking of claims and other legal effects are determined by the date a court decision on winding-up is pronounced under general rules this shall continue to be based on the date when Act no. 44/2009 was adopted. From such a time as a petition for winding-up proceedings pursuant to general rules is received by the judge until a final ruling is pronounced on the same the rules of the winding-up proceedings shall apply provisionally to the Company. The moratorium shall automatically conclude once a final ruling has been pronounced placing the Company in winding-up."

Etter begjæring fra RC i Glitnir oppnevnte tingretten i Reykjavik den 12. mai 2009 et "winding-up committee" for banken bestående av to personer. Avviklingsstyret utstedte en kunngjøring med oppfordring til kravshavere om å melde sine krav innen 6 måneder etter

første annonsering av kunngjøringen, dvs. 26. november 2009. Det ble samtidig opplyst at referansedatoen skulle være 15. november 2008.

BN Bank anmeldte krav i boet ved brev av 23. november 2009.

Ved kjennelse 22. november 2010 besluttet Reykjavik tingrett at Glitnir banki hf skulle avvikles i medhold av lov om finansieringsforetak kap. XII.

Av praktiske hensyn hadde BN Bank i Norge opprettet en egen konto hvor Glitnirs tilgodehavende ble akkumulert under arresten. Ved nyttår 2009 var saldo nærmere NOK 439 mill. Gjennom 2009 var det en del bevegelser på kontoen. BN Bank nevnte muligheten for motregning overfor Glitnir første gang i brev 9. februar 2009. I brev av 6. april 2009 ble de enkelte motkrav spesifisert slik:

"Andel i obligasjonslån	155 000 000
Innskudd i ISK (404 742 336)	22 058 457
Diverse utlegg foretatt på vegne av Glitnir	42 260 249
Lønn og kostnader knyttet til ansatte i Glitnir Norway AS tom 30.09.08	19 984 162
Revisjon og honorar Glitnir Norway AS	108 125
Glitnir Maraton	373 750
Sponsorater	932 500
Generell markedsføring 4. kvartal	3 679 245
Etablering av Save & Save	4 838 777
Utgifter til Arctic og BAHR i forbindelse med salget av Glitnir Bank ASA	12 343 690
SUM	219 318 706"

I brev av 22. april 2009 ba Glitnir om å få overført beløpene som hadde vært arrestert. BN Bank svarte at man ville avvente Frostating lagmannsretts avgjørelse, som forelå 11. mai 2009.

BN Bank erklærte motregning ved brev av 16. november 2009, adressert til avviklingsstyret. I følge brevet var det på dette tidspunkt innestående på Glitnirs konto i BN Bank NOK 264 538 311,62. Til sammen ble det foretatt motregning med NOK 240 330 155.- inkludert renter.

Deler av motkravene har vist seg å være uberettiget, til dels fordi de allerede var betalt. Under hovedforhandlingen er motkravene fra BN Bank presisert slik:

	Hovedstol	Renter	Sum
Innskudd ISK 380 mill	17 546 000	3 074 083	20 620 083
Obligasjonslån NOK 155 mill	155 000 000	14 838 956	169 838 956

Lønn m.v.	3 516 365	164 121	3 680 486
Generell markedsføring 4. kvartal	3 679 245	171 724	3 850 969
Glitnir Marathon	373 750	17 444	391 194
Save & Save	4 838 777	225 843	5 064 620
Sponsorat "Right to play"	562 500	26 254	588 754
Salgsomkostninger	12 343 690	576 125	12 919 815
SUM	197 860 327	19 094 550	216 954 877

Nærmere om de enkelte motkravene:

Innskudd ISK 380 mill:

BN Bank hadde foretatt et innskudd på depositumkonto i Glitnir, hvor innestående pr. 15. september 2009 utgjorde ISK 380 mill. Kontoen ble brukt til å innsette "overskuddslikviditet" i islandsk valuta.

Obligasjonslån NOK 155 000 000 med tillegg av renter:

Islandsbanki hf (senere Glitnir) inngikk 13. desember 2004 en obligasjonslåneavtale med Norsk Tillitsmann ASA pålydende ca. NOK 450 000 000.-. Lånet hadde løpetid fram til 17. desember 2009, men i følge obligasjonslåneavtalen punkt 15.1 forfalt lånet ved insolvens hos låntakeren. Obligasjonslåneavtalen inneholdt en rekke bestemmelser som markerte at det var Norsk Tillitsmann ASA som opptrådte på vegne av de senere obligasjonseierne. Således inneholdt avtalens punkt 15.5 følgende bestemmelse:

"The individual bondholder cannot of his own accord recover his bond(s) directly from the Borrower."

BN Bank eide obligasjoner for NOK 155 000 000 med tillegg av renter.

Lønn og bonuser:

Etter justeringer i løpet av saksforberedelsen fordeles kravet nå på utbetalt lønn og bonuser til fire personer, Sveinung Hartvedt, Morten Bjørnsen, Gudmundur Ragnarsson og Bjørn Richard Johansen. Det dreier seg om utbetalinger som BN Bank mener ble foretatt på vegne av Glitnir eller som skulle belastes Glitnir i henhold til det underliggende forhold.

Hartvedt hadde siden 2007 vært ansatt i Glitnir Norway AS. Etter ansettelsesavtalen skulle han som "Executive Vice President" lede Glitnir Markets og være ansvarlig for aktiviteten på Island, Norge, Sverige og Finland. Ved brev av 14. april 2008 informerte BN Bank ham om at hans ansettelsesforhold i forbindelse med dannelsen av selskapet ville bli overført dit fra 1. mars 2008. Det ble presisert i brevet at stillingen for øvrig ville være upåvirket. Den 8. oktober 2008 inngikk Hartvedt sluttavtale med Glitnir Norway AS og Glitnir Bank ASA om øyeblikkelig fratreden med lønn fram til og med oktober og en bonus på NOK 10 mill. Det motregnede kravet lyder på NOK 11 725 645.-. BN Bank har erkjent å ha mottatt deloppfyllelse fra Glitnir Norway AS, slik at motkravet nå er oppgitt til NOK 449 698.75.

Bjørnsen var administrerende direktør i Glitnir Norway AS og ble ansatt som administrerende direktør i BN Bank fra 4. mars 2008. I forbindelse med overgangen mottok han følgende underretning fra Glitnir Norway AS 1 mars 2008:

"You have as a consequence of the merger between Glitnir Bank ASA and BNbanken ASA been employed as Managing Director of Glitnir Bank ASA as of the merger's effective date.

This letter is to confirm that your present position and powers as Managing Director of Glitnir Norway AS continue unaltered as a consequence of this.

However, you will going forward not receive any salary or other compensation from Glitnir Norway AS unless explicitly decided and communicated to you at a later date."

For året 2007 mottok Bjørnsen en bonus på NOK 5 mill. BN Bank har under henvisning til en muntlig avtale motregnet denne med 50 %, dvs. NOK 2.5 mill.

Ragnarsson ble ansatt i Glitnir i august 2007. Lønn ble lagt ut av BN Bank og ble etter avtale avregnet overfor Glitnir gjennom Glitnir Norway AS. Udekket lønnsutbetaling er brakt til motregning av BN Bank med NOK 150 000.-.

Johansen ble i desember 2007 ansatt som "Managing Director, Corporate Communication" i Glitnir. I følge ansettelseskontrakten skulle han formelt være ansatt i Glitnir Norway AS. BN Bank motregnet med et krav på til sammen NOK 4 280 267.-, men kravet er redusert til NOK 416 666.- fordi BN Bank har mottatt delvis oppgjør fra Glitnir Norway AS.

Generell markedsføring 4. kvartal:

Samlet motregnet krav utgjør NOK 3 679 245.- med tillegg av renter, i det vesentlige fakturaer fra firma Mediacom for internett-annonser i perioden september – oktober 2011.

Glitnir Marathon:

Etter mønster av tilsvarende arrangement på Island ble det besluttet å arrangere en "Glitnir Marathon" i Oslo i samarbeid med Sportsklubben Vidar. Fakturaer fra leverandører og fra klubben er datert i perioden 20.1. – 19.11. 2008.

Save & Save:

Høsten 2008 ble det igangsatt en kampanje i alle land hvor Glitnir var representert, basert på en særlig ordning hvor en mindre del av renteutbyttet fra sparekonti skulle gå til almennyttige formål. Kampanjen hadde liten suksess i Norge. Samlede kampanjeutgifter som er brakt i motregning utgjør NOK 4 838 777.- med tillegg av renter.

Sponsorat:

Sponsoravtale ble inngått 25. april 2007 mellom "Glitnir" og Right to Play. "Glitnir" er i

avtalen definert som "activities under www.glitnirbank.com and www.glitnir.no." BN Bank har motregnet utgifter til dette sponsoratet med NOK 562 500.- med tillegg av renter.

Salgskostnader:

BN Bank inngikk 9. april 2008 mandatavtale med rådgivningsfirmaet Arctic Securities ASA med følgende mandat (avtalens punkt 2.1):

"The client wishes to retain the services of the Adviser, in order to assess financial and strategic opportunities available to the bank, with an emphasis on the group's operations in Norway. The Adviser will be involved in work related to Glitnir as requested by the client and when relevant to the Norwegian operations."

I avtalens punkt 2 er oppgavene nærmere presisert. Herfra gjengis:

"2.3 The Adviser will work with the Client to assess and seek solutions for the bank's liquidity in the short and long term. The Adviser will support Glitnir's management with capacity and competence in such assessments, and may be asked to prepare documentation and reviews of the bank's financing, operations and possibilities, both for external and internal use.

2.4 The adviser will further facilitate discussions and support management in its strategic review processes, including but not limited to funding issues (both equity capital, subordinated debt, bond financing and other ordinary and extraordinary financial instruments), operational issues and strategic divestments and acquisitions. The scope of the entity under review can be both Glitnir as a whole or subordinate entities both legal and operational within it."

Den 8. oktober inngikk partene en ny mandatavtale, hvor mandatet under henvisning til salgsplanene er endret til:

"The client wishes to retain the services of the Adviser to ensure an orderly Transaction, in which the shares or assets of the Client and/or its subsidiaries are sold or disposed."

BN Bank engasjerte advokatfirma BHR til å bistå med gjennomføringen av salget.

Bahr utstedte fakturaer for bistanden datert 5. november 2008 og 11. desember 2008. Arctic utstedte fakturaer 23. desember 2008 og 2. januar 2009. Samlede salgskostnader som er brakt i motregning utgjør NOK 12 343 690 med tillegg av renter.

Saksøkerens påstandsgrunnlag i hovedtrekk

BN Bank var uberettiget til å foretas motregningen. Norske regler om motregning må komme til anvendelse, men disse må suppleres med islandske konkursregler. Dette følger av EUs winding-up-direktiv, som ble implementert både på Island og i Norge 5. mai 2004. Direktivets art. 23 gir adgang til motregning mot fordringer som tilhører en kredittinstitusjon under avvikling i henhold til direktivet, men bare dersom dette er tillatt etter det lands rett som regulerer kredittinstitusjonenes fordring. Av fortalen til direktivet framgår at et vesentlig formål med direktivet er å sikre likebehandling mellom kreditorer.

For kredittinstitusjoner fastslår derfor direktivets art. 9 at det er myndighetene i avviklingsstaten som skal treffe avgjørelser vedrørende avvikling. Disse avgjørelsene skal uten videre anerkjennes i de land som har sluttet seg til direktivet. I følge direktivets art. 10 omfatter dette også vilkårene for motregning. Motregningsadgangen fastsettes derfor i utgangspunktet av islandsk konkurslov art. 100.

Etter direktivets artikkel 23 skal avvikling ikke være til hinder for motregning dersom dette tillates av lovgivningen som får anvendelse på hovedkravet, i dette tilfelle norsk lovgivning. Tilsvarende bestemmelse finnes i EUs konkursdirektiv 1346/2000/EF art. 4 og 6, som imidlertid ikke er tiltrådt av Island eller Norge. I norsk og utenlandsk teori er disse bestemmelser tolket slik at rett til motregning er i behold hvis dette følger av hovedkravets lands rettsregler. I vårt tilfelle er adgangen til motregning regulert av norske rettsregler, siden hovedkravet er regulert av norsk rett. Hensynet til likebehandling av kreditorerne tilsier likevel at adgangen til motregning må antas å være underlagt konkurslandets rett ("lex concursus") når det gjelder rene konkursrettslige regler som partene ikke hadde grunn til å regne med ikke skulle gjelde, slik som tidsfrister for erverv av kravet og liknende generelle konkursrettslige regler. Dekningsloven § 8 – 1 og § 8 – 2 får ikke direkte anvendelse for reglene om konkursbehandling og motregningsadgang på Island. Fristdagen er en konkursrettslig regel, hvor islandske regler må legges til grunn. Det avgjørende vil derfor være hva som sto inne på Glitnirs konto i BN Bank på fristdagen 15. november og hvilke motkrav som var ervervet innen 15. august 2008.

Påstandsgrunnlag knyttet til hovedkravet

Saksøkeren har prinsipielt anført at BN Banks motregning mot innestående på Glitnirs konto strider mot avtale mellom partene. Kravene skriver seg fra såkalte syndikatlån. Dette innebærer at BN Bank framsto som långiver overfor låntakeren, men at risikoen var fordelt ved en underliggende avtale mellom BN Bank og Glitnir. I realiteten var det Glitnir som var låntakerens kreditor for den del av lånet som Glitnir hadde finansiert, og BN Bank var etter avtalen forpliktet til straks å viderebetale den forholdsmessige del av alle innbetalte beløp til Glitnir. Arrangementet må sees som en ren pengeformidling, og partene har forutsatt at det ikke skulle være noen motregningsadgang. Glitnir ville trolig hatt separatistrett for kravet ved en eventuell konkurs i BN Bank. Avtalt forbud mot motregning står seg i konkurs, og BN Bank hadde ikke rett til å utnytte den tilfeldige fordelene de fikk ved at hovedkravet hopet seg opp på konto som følge av arrestene.

Subsidiært gjøres gjeldende at finansavtaleloven § 29 første ledd setter et forbud mot motregning. Loven får etter § 1 tredje ledd ikke anvendelse mellom to parter som opptre i egenskap av finansinstitusjoner, men det var ikke tilfelle her. Unntaket tar i følge forarbeidene sikte på såkalte "interbankavtaler". Opprettelsen av kontoen var ikke ledd i en interbankavtale. Kontoen ble opprettet av BN Bank som en følge av arrestene. Glitnir opptrådte ikke i egenskap av finansinstitusjon i denne situasjonen. Banken hadde på dette tidspunkt en meget begrenset bankvirksomhet i Norge.

Forbudet mot motregning kan fravikes ved avtale, men noen slik avtale foreligger ikke og kan heller ikke ansees underforstått i dette tilfelle. Det foreligger heller ingen sedvane mellom partene som kan gi rett til motregning.

Forbudet mot motregning er satt for å sikre gjennomføring av betalingstransaksjoner. Det vises også til § 29 annet ledd. I dette tilfelle var poenget nettopp å sikre betalingene fra debitor og til Glitnir som kreditor. Trusselen om motregning framkom allerede i februar 2009, og beløpene ble derfor ikke stilt til Glitnirs rådighet etter at arrestene var bortfalt.

Under enhver omstendighet må det være grunnlag for å anvende finansavtaleloven analogisk. I forarbeidene (NOU 1994 nr. 19 side 95) er det pekt på at loven i stor utstrekning er en kodifisering av gjeldende rett og at den derfor bør kunne anvendes analogisk dersom partene ikke har avtalt noe annet. Også før finansavtaleloven var rettsstilstanden at banken ikke kunne motregne i betalingskonti.

I rettspraksis har det vært fastslått en rettsstridsreservasjon i relasjon til reglene om motregning. Det er alminnelig antatt at en part ikke ved å opptre rettsstridig skal kunne misbruke reglene om motregning til å skaffe seg en urimelig fordel på bekostning av andre kreditorer. Det vises til Rt. 2008 side 385 og RG 2009 side 1578. BN Banks samlede opptreden innebærer et motregningsmisbruk som rettsordenen ikke bør anerkjenne. Man har utnyttet sin rolle som betalingsformidler til å skaffe seg full dekning for sine krav og har motregnet der det fantes midler, dels mot Glitnir Norway AS og dels mot Glitnir. Gjennom motregningsinstituttet prøver BN Bank i tillegg å få sine krav inn til prøvelse for en norsk domstol i stedet for lojalt å avvente prøving av kravene i forbindelse med bobehandlingen på Island. Banken dekket først inn sine krav gjennom Glitnir Norway, som BN Bank på det tidspunktet i praksis hadde kontroll over. Når det ikke er mer å hente der, søker BN Bank å få dekket resten ved motregning mot Glitnirs krav. Motkravene er omtvistet, og til dels benytter BN Bank seg av motkrav som de har ervervet fra tredjemenn etter at de kjente til insolvensen hos Glitnir i oktober 2008, krav som de opprinnelige kravshaverne ikke kunne ha motregnet med.

Påstandsgrunnlag vedrørende motkravene

Generelt:

En rekke av motkravene hadde ikke Glitnir som debitor. Dels var det Glitnir Norway AS som var rett debitor, dels var det andre selskaper i konsernet. Glitnir Norway AS var et eget rettssubjekt med egne ansatte, egne datterselskaper og egen virksomhet. Selv om driften ble dekket av Glitnir i siste instans, innebærer ikke dette at Glitnir var debitor i forhold til kravene fra BN Bank. Det bestrides at Glitnir Norway AS var en ren "avregningsenhet", men selv om det skulle være dekning for en slik betegnelse, innebærer ikke dette at BN Bank har noe direkte krav mot Glitnir. Det dreide seg om en ordning som BN Bank var vel kjent med og hadde deltatt i etableringen av. Glitnir Norway var formelt

og reelt et eget selskap. Styret var ikke utelukkende kontrollert av Glitnir, og Glitnir Norway fungerte ikke som en integrert del av Glitnir.

Enkelte av kravene dreier seg om utgifter til markedsføring som etter avtale eller stilltiende forutsetning mellom partene skulle dekkes av Glitnirs Kulturfond. Dette er en almennyttig stiftelse på Island og egen juridisk person adskilt fra Glitnir.

At Glitnir i praksis hadde interesser og var deltaker i driften, innebærer ikke at Glitnir får noen posisjon som debitor i forhold til Glitnir Norway eller fondets forpliktelser. Gjensidighetskravet er ikke oppfylt for de motkrav som ble fakturert til Glitnir Norway eller som Kulturfondet skulle dekke.

Subsidiært gjøres gjeldende at det vil være i strid med aksjeloven § 3 – 9 og finansieringsvirksomhetsloven § 2a – 8 dersom lønnskostnader, markedsføringskostnader og sponsorater kreves dekket av Glitnir. Kostnader innenfor et konsern skal plasseres etter vanlige regnskapsmessige prinsipper. Således skal f.eks. markedsføringskostnader plasseres der de har gjort nytte. Det må antas at markedsføringskostnader i Norge i det vesentlige har tatt sikte på å markedsføre BN Banks virksomhet. Som utgangspunkt forelå det klare avtaler eller forutsetninger om plasseringen av kostnadene. I den grad slik avtale eller forutsetninger ikke kan påvises, må kostnadene fordeles etter skjønn. BN Bank kan ikke ensidig bestemme at utgiftene skal belastes Glitnir bare fordi de da kan danne grunnlag for motregning.

De enkelte motkravene

Bankinnskuddet på Island:

BN Banks innskudd på ISK 380 mill på konto i Glitnir er ikke et komputabelt krav. Islandske kroner ble på dette tidspunktet ikke notert av noen europeiske sentralbanker utenfor Island. Noteringen av islandske kroner ble suspendert 9. desember 2008 og er det fortsatt. Kursen som ble notert av den islandske sentralbanken, og som ble brukt ved motregningen, var bare gangbar innenfor Island. Utlendinger som ønsket å veksle islandske kroner, måtte søke å få gjort dette på gråmarkedet som eksisterte utenfor Island.

Utgangspunktet i norsk rett er at motregning skal skje i samme valuta. Iallfall i denne situasjonen, hvor det ikke finnes noen offisiell vekslingskurs i Norge, må dette gjelde. BN Bank hadde ikke adgang til å gjøre opp hovedkravet med islandske kroner, og ville heller ikke kunnet skaffe islandske kroner til Sedlabankis kurs, kanskje ikke overhodet. I denne situasjonen foreligger ikke komputabilitet.

I konkurs utvides de vanlige motregningsreglene. Dersom retten kommer til at reglene om motregning i konkurs får anvendelse, vil trolig motregning måtte godtas til tross for manglende komputabilitet. Men i så fall kan det ikke motregnes med et større beløp enn kursen på fristdagen 15. november tilsier. Kursen i november 2008 var 3.71, noe som

tilsvarende et motkrav på NOK 14 098 000.-, som i tilfelle er det maksimale krav som kan kreves motregnet.

Obligasjonslånet:

Låneavtalen setter i punkt 15.5 forbud mot pågang mot debitor fra den enkelte obligasjonsinnehaver. Dette må også omfatte motregning. En adgang til motregning for en enkelt långiver med motkrav vil innebære at enkelte obligasjonseiere oppnår en tilfeldig fordel på bekostning av kreditorfellesskapet. Rettspraksis har akseptert at tillitsmannen etter en obligasjonslåneavtale er den rette til å opptre på vegne av obligasjonseierne. Det vises til Rt. 2010 side 402 og side 1089. En naturlig og objektiv tolking av ordlyden tilsier at motregning er avskåret.

Lønn og bonuser:

For samtlige krav gjøres gjeldende at de er Glitnir uvedkommende. I tillegg gjøres gjeldende at rentekravene er uberettiget. Brev av 6. april 2009 fra Sparebank 1-gruppen til advokat Sveinsson er ikke påkrav i morarentelovens forstand.

Sveinung Hartvedt var i følge tilsetningsavtalen ansatt i Glitnir Norway AS. Han hadde sin arbeidsplass i Oslo. I sluttavtalen framgår at hans "arbeidsforhold er flyttet over til Glitnir Bank ASA fra Glitnir Norway AS og Glitnir Bank ASA har fra mars 2008 påtatt seg å dekke Hartvedts lønn og bonus etter Ansettelsesavtalen og Bonusavtalen". BN Bank er i samsvar med dette forpliktet til selv å dekke disse utgiftene. For øvrig bestrides at bonus skulle vært utbetalt. Hartvedt sluttet etter eget ønske og hadde ikke krav på bonus ved avslutning av arbeidsforholdet. Uansett ble sluttavtalen inngått uten fullmakt fra styret i Glitnir, og styret kunne etter opprettelsen av "Leadership Committee" 8. oktober heller ikke ha forpliktet Glitnir.

Morten Bjørnsen var ansatt i BN Bank fra 4. mars 2008. Lønn og bonus er etter dette tidspunkt BN Banks ansvar. I brev av 1. mars 2008 fra Glitnir Norway AS til Bjørnsen, hvor Bjørnsen orienteres om overføringen, er det uttalt at Bjørnsen ikke lenger vil få lønn eller bonuser fra Glitnir Norway. BN Bank har ikke sannsynliggjort noen avtale mellom partene om at Glitnir skal dekke halve bonusen på 5 mill. NOK.

Gudmundur Ragnarsson skulle i følge ansettelsesavtalen motta lønn fra Glitnir Norway AS, og det meste av BN Banks krav er også dekket derfra. Debitor for kravet er i tilfelle Glitnir Norway AS og ikke saksøkeren. Det kunne derfor ikke bringes i motregning. Kravet gjelder bare lønn for august og september 2008, og er således ervervet senere enn tre måneder før fristdatoen 15. november.

Bjørn Richard Johansens ansettelsesforhold ble overført til BN Bank fra 1. mars 2008. Lønnskrevet skulle til tilfelle dekkes av Glitnir Norway AS. Kravet gjelder lønn for august

og september 2009, og kravet er derfor ervervet senere enn 3 måneder før fristdagen 15. november.

Markedsføring og sponsoravtaler:

BN Bank har krevd dekket utgifter pådratt i forbindelse med gjennomføring av Glitnir Marathon i 2008. Dette var utgifter som ble pådratt i BN Banks interesse, og kostnadene skal derfor allokere til BN Bank. BN Bank opplyste i sin kravsanmeldelse til boet at kravet i henhold til avtale og praksis mellom partene skulle dekkes av Glitnir Banks kulturfond. Kulturfondet er en stiftelse og et selvstendig rettssubjekt adskilt fra Glitnir. Det foreligger ikke gjensidighet og kravet kan derfor ikke bringes i motregning. I tillegg er tilbakebetalingskravet oppstått eller ervervet senere enn 3 måneder før fristdatoen.

"Save & Save" var en reklamekampanje som ble igangsatt i Norge for å øke innskuddsmengden og dermed likviditeten i BN Bank. Fakturaene er utstedt til BN Bank. Det er ikke dokumentert eller sannsynliggjort at det forelå noen avtale mellom BN Bank og Glitnir om at utgiftene skulle dekkes av Glitnir. Utgiftene ble pådratt i BN Banks interesse og bør allokere til BN Bank. Tilbakebetalingskravet er i tillegg for en stor del oppstått eller ervervet etter 15. august 2008.

Sponsoratet "Right to play" skulle i følge BN Banks egen beskrivelse i kravsanmeldelsen dekkes av kulturfondet. Det foreligger intet grunnlag for å kreve dette dekket av Glitnir. Uansett er kravet oppstått etter 15. august 2008.

Generell markedsføring i 2008 tok sikte på å øke innskudd i Norge. Utgiftene er pådratt i BN Banks interesse og det foreligger ingen avtale eller annet rettsgrunnlag for at de skulle dekkes av Glitnir. Uansett er utgiftene pådratt etter 15. august 2008.

Salgsomkostninger:

Salget av BN Bank var en forutsetning for likviditetstilførselen fra Bankenes Sikringsfond og dermed en forutsetning for å redde BN Bank gjennom krisen. Arctic Securities ble engasjert 8. oktober 2008 av administrerende direktør Morten Bjørnsen i BN Bank. Bjørnsen handlet på vegne av BN Bank og i BN Banks interesse. Det var BN Bank som inngikk avtalen med Arctic, og fakturaene er også stilet til BN Bank. Fullmakt fra ledelsen i Glitnir forelå først 15. oktober 2008. På dette tidspunkt hadde ikke den tidligere ledelsen i Glitnir myndighet til å binde Glitnir, idet RC hadde overtatt bankens ledelse.

Advokatfirmaet BAHR ble også engasjert av ledelsen i BN Bank i bankens egen interesse. Avtalen ble inngått muntlig. BAHRs oppdrag omfattet også å vurdere salg av BN Banks eiendeler, noe som viser at arbeidet skjedde i BN Banks interesse. Oppdraget omfattet også salg av BN Banks datterselskaper. Uansett hadde ikke ledelsens i BN Bank fullmakt fra Glitnir til å engasjere advokatfirmaet på Glitnirs kostnad.

Det kan være tilfeldig om forhandlinger om overdragelse av denne karakter ender med oppkjøp av aksjene eller en fusjon. Ved fusjon er det klart etter rettspraksis at det er det innfusjonerte selskapet som bærer fusjonskostnadene. Det vises til Rt. 2000 side 2033.

Både for utgiftene til Actic og til BAHR oppsto uansett tilbakebetalingskravet først etter 15. august 2008.

For begge kravenes del bestrides under enhver omstendighet rentekravet, idet brev av 6. april 2009 fra Sparebank 1-gruppen til advokat Sveinsson ikke var noe påkrav.

Subsidiære påstandsgrunnlag dersom retten finner at motregningsadgangen skal vurderes etter islandsk rett:

Etter islandsk konkurslov art. 100 kan krav ikke bringes i motregning dersom de er ervervet senere enn 3 måneder før den fastsatte fristdatoen. Dette rammer en rekke av kravene i vår sak, som helt eller delvis er ervervet etter 15. august. Fristdagen ble av Alltinget fastsatt ved lov til 15. november 2008.

Motregning kan etter islandsk konkurslov art. 100 uansett ikke gjøres gjeldende for større beløp enn hovedkravet på fristdagen 15. november 2008. Det samme følger av den norske dekningsloven § 8 – 1.

BN Banks subsidiære krav om pådømmelse av motkravene

Det er ikke prosessuell adgang til pådømmelse av motkravene fordi de ikke er undergitt norsk domsmyndighet. Motkravene ble anmeldt i boet av BN Bank, og er allerede under behandling på Island. Etter EUs "winding up"-direktiv art. 9 og 10 er det forvaltnings- og rettsmyndigheter i konkursstaten som alene har adgang til å prøve fordringer. Det vises også til den nordiske konkursskonvensjon av 1934 art. 1. Høyesteretts dom i Rt. 1996 side 25 fastslår at konkurstypiske spørsmål skal avgjøres i konkurslandet. Det samme er fastslått i teorien. Anerkjennelse av fordringer vil nettopp være et konkurstypisk spørsmål. Formålet med konkursumntaket er å hindre at man i en konkurs får avvikende avgjørelser av samme krav i flere land.

Under enhver omstendighet må kravet om særskilt pådømmelse av motkravene avvises fordi kravene er litispendente. Bobehandlingen på Island skjer i medhold av bestemmelser i den islandske konkurslov. Avgjørelser ved bobehandlingen vil ha rettskraft i Norge i medhold av tvisteloven § 19 – 16. "Winding up"-direktivet art. 16 foreskriver at alle krav hjemmehørende i medlemslandene kan anmeldes i boet. Dette må tolkes slik at adgangen til å gå til søksmål om samme krav i et annet medlemsland, er stengt. Det vises til direktivets art. 32.

Saksøktes påstandsgrunnlag i hovedtrekk

Det generelle utgangspunkt både i norsk og internasjonal rett er at det er adgang til motregning. Unntak fra dette krever særskilt hjemmel. Dette gjelder generelt både i og utenfor konkurs, selv om motregningsadgangen er noe større i konkurs.

Utenfor konkurs er det antatt i teorien at hovedkravets rett bør legges til grunn ved spørsmål om motregning. Dette er i vårt tilfelle norsk rett. I konkurstilfeller kunne man tenke seg at konkurslandets rett kom til anvendelse, slik EUs rådsforordning av 29.05.00 om konkurs gir anvisning på. Forordningen er ikke bindende for Norge, men dersom det ikke var holdepunkter for noe annet, kunne det tenkes at den burde anvendes analogisk. Imidlertid er det i dette tilfelle så vidt klart at norsk rett må legges til grunn, at dette ikke kan sees å være aktuelt.

Valg av ett lands regelsett om motregning utelukker andre lands regler. Man kan ikke velge det som passer best av hvert lands regelverk. Unntak fra dette kan bare tenkes der klare lovvalsregler gir direkte anvisning på en slik løsning.

Om winding up-direktivet

Winding up-direktivet forutsetter likebehandling av kreditorer og etablerer plikter for nasjonalstatene ut over landegrensene. Som ved annet internasjonalt regelverk legges i utgangspunktet en objektiv fortolkning av ordlyden til grunn. Formålet med direktivet er å sikre en enerett for det enkelte lands konkursmyndigheter til å treffe avgjørelser vedrørende krav i en likvidasjonsbehandling. Beslutninger under likvidasjonen får uten videre virkning i alle medlemsstater. Slike beslutninger griper direkte inn i den enkelte kreditors rettigheter, og det er derfor nødvendig at avviklingen skjer med de rettssikkerhetsgarantier som følger av EMK, herunder at avgjørelser under bobehandlingen kan påklages eller være gjenstand for rettslig prøving. Når det gjelder avvikling av finansinstitusjoner, fastsetter derfor direktivets art. 9 nr. 1 at "bare de forvaltningsmyndigheter eller rettsmyndigheter i hjemstaten som har ansvar for avviklingen, skal ha myndighet til å treffe beslutning om innledning av en framgangsmåte for avvikling av en kredittinstitusjon". Det samme gjelder saneringstiltak etter art. 3 nr. 1.

På Island vedtok Alltinget 6. oktober 2008 en kriselov med vide fullmakter for den komite som ble oppnevnt til å forestå styring av banken. Men loven omfattet ikke bestemmelser om likvidasjon eller konkurs. Ved lovendring 13. november ble det gitt regler som lempet på vilkårene for åpning av moratorium, og Glitnir kom inn under disse reglene. På dette stadiet fantes ikke regler om styrt avvikling av finansinstitusjoner på Island – dersom moratorium og gjeldsforhandling ikke førte fram, var alternativet konkurs.

Winding up-instituttet ble innført på Island ved lovendring nr. 44/2009. Det ble foretatt endringer i lov om finansieringsforetak art. 100 – 103 a. Ved "Temporary provisions" ble det bestemt at de tre kriserammede banker – Glitnir, Kaupthing og Landsbanki –

automatisk skulle gå inn under de nye reglene for avvikling "as if the winding-up of the undertaking had been ordered by a court ruling on the date this Act enters into force". Dette var formelt og reelt en beslutning om avvikling av disse bankene. Loven trådte i kraft 22. april 2009. Fra dette tidspunkt var Glitnir under avvikling. Winding up-avgjørelsen var altså et lovvedtak fattet av Alltinget og kunne ikke påklages. Avviklingen kommer derfor ikke inn under EUs winding up-direktiv. Dette er også i samsvar med rettsavgjørelser i London og Paris om tilsvarende spørsmål. Begge rettsinstanser kom fram til at direktivet ikke gjaldt siden avgjørelsen om avvikling ikke var fattet av myndighet som gikk inn under direktivets artikkel 9.

Først 22. november 2010 ble avviklingen formelt besluttet av islandsk domstol. Denne beslutningen kan ikke gis tilbakevirkende kraft. Motregning var allerede erklært på dette tidspunktet.

Som en følge av dette får ikke islandske regler om motregning i konkurs anvendelse i vår sak, idet det ikke er hjemmel for å gi de islandske reglene anvendelse utenfor Island. Fristdagen 15. november blir da ikke relevant. Motregningsadgangen må vurderes fullt ut etter norske regler. Det er dermed irrelevant når motkravene oppsto. Hovedkravets størrelse pr. 15. november får heller ikke betydning, idet det er innestående på tidspunktet for motregning som er avgjørende, dekningsloven § 8 – 1.

Hvis retten likevel skulle finne at direktivet kommer til anvendelse, vises til direktivets art. 23 nr. 1. Dersom norske motregningsregler ville tillate motregning, skal ikke kreditor stilles dårligere i henhold til direktivet. Det vises til dekningsloven §§ 8 – 1 og 8 – 2. Fristdagen kan imidlertid ikke legges til grunn som skjæringstidspunkt i forhold til dekningsloven § 8 – 1. Det tidspunkt som for insolvente banker i Norge mest ville tilsvare åpningen av bobehandlingen, må være tidspunktet for åpning av offentlig administrasjon, banksikringsloven § 4 – 6. Åpningen av winding-up på Island 22. april 2009 synes å være den begivenhet som ligger nærmest. På dette tidspunkt var hovedkravet større enn motkravene, og alle krav var ervervet mer enn tre måneder før.

Hvis retten skulle legge tidspunktet for moratorium til grunn, dvs. 24. november 2008, vil det – atter subsidiært – være adgang til å motregne med alle krav oppstått før 24. august 2008.

Konkurskonvensjonen av 19. november 1934

Etter den nordiske konkurskonvensjonen art. 12 kommer konvensjonen også til anvendelse på offentlig likvidasjon av banker, forutsatt at likvidasjonen utelukker konkurs. På motregningstidspunktet var ikke Glitnir under likvidasjon. Etter islandsk lovgivning var – og er – det mulig at banker går konkurs. Forutsetningen for å anvende konvensjonen er derfor uansett ikke til stede. Det er heller ikke foretatt kunngjøring slik som foreskrevet i konvensjonens art. 2. Prosessen på Island er ikke omfattet av konvensjonens art. 12 første

ledd, og konvensjonen kommer derfor ikke til anvendelse. Anvendelse av islandske motregningsregler ved insolvens kan derfor ikke hjemles i konvensjonen.

Betydningen av islandsk konkurslov art. 100

Selv om motregningsadgangen reguleres etter norske regler, må den islandske lovgivningen som regulerer bobehandlingen legges til grunn for behandlingen på Island, herunder bestemmelser som fastsetter kompetansen til avviklingsstyret. Styrets kompetanse er styrt av reglene som ble gitt av Alltinget gjennom endringene i finansieringsvirksomhetsloven og konkursloven. Etter finansierings-virksomhetsloven art. 102 skal de samme regler gjelde for styret som de som generelt gjelder for konkursbehandling når det gjelder behandlingen av gjensidig bindende avtaler. Konkursloven art. 100 er en slik regel. Avviklingsstyret er bundet av denne bestemmelsen, også i forhold til kreditorer i andre land, og har derfor ikke kompetanse til å nekte slik motregning som art. 100 omhandler. Etter islandsk konkurslov art. 92 kan boet avtale å tre inn i gjensidig forpliktende avtaler. Dersom dette ikke er gjort, bortfaller avtalen. Eventuelle avtalte motregningsforbud står seg derfor ikke i forhold til boet, og boet har ikke kompetanse til å avtale motregningsforbud etter islandsk rett. Reglene om motregning i dekningsloven § 8 – 1 er derfor ikke relevante i denne sammenheng. Islandsk konkurslov gjør heller ingen unntak for krav hvor det er avtalt motregningsforbud.

Art. 100 får også betydning i forhold til spørsmålet om motregning i ulik valuta. Etter art. 100 er det intet krav at fordringene er i samme valuta. Glitnirs bo er ikke underlagt norske insolvensregler, og boet er bundet av islandsk konkurslov. Også dekningsloven § 8 – 1 annet ledd gir adgang til motregning selv om fordringen opprinnelig gikk ut på annet enn penger. Dette må desto mer gjelde dersom fordringen bare går ut på en annen valuta.

Boet er forpliktet til å forholde seg til den kurs som noteres av den islandske sentralbanken. Dette gir en lavere kurs for motkravet enn hva som ville følge av kursen på det grå markedet. Prinsipalt må kursen 16. november legges til grunn, idet islandsk konkurslov art. 99 fastsetter at konkursdagen skal legges til grunn. Alternativt kan kursen pr. 22. april legges til grunn. Dette er den dato avviklingsstyret opererer med som kursdag.

Hovedkravet

Glitnirs konto hos BN Bank var opprettet i november 2008. Bakgrunnen var domstolenes arrestkjennelser til fordel for Eksportfinans og KfW Bankengruppen. Innskuddene besto i det alt vesentlige av innbetalinger av terminbeløp i henhold til låneavtaler hvor Glitnir deltok ved såkalt "silent participation". Dersom fristdagen settes til 15. november 2008, var innstående på konto NOK 89 114 806.55. I tillegg må medtas innbetalinger som ble kreditert kontoen i tiden fram til motregning, NOK 98 623 914.61, slik at samlet innstående på motregningstidspunktet utgjorde NOK 187 738 721.16. I tillegg kommer utestående hos låntakerne. Hvis fristdagen settes til 15. april, var innstående på konto ca. en milliard NOK, dvs vesentlig mer enn motregningsbeløpet. Glitnir sto fritt til å heve

beløpet på konto da arrestene ble opphevet, men kontoen ble opprettholdt og videreført med betydelig oppbygning av midler også etter dette tidspunkt. På motregningstidspunktet hadde midlene stått på konto ca. 6 måneder etter at arrestene var opphevet. Grunnen til dette skal ha vært at Glitnir ønsket å la midlene stå på norsk konto framfor å ta dem til Island, noe som ville medføre plikt til omveksling på Islandsk valuta. For øvrig har arrestene ingen betydning for BN Banks adgang til å motregne.

Glitnirs anførsel om at BN Banks rolle var ren betalingsformidling, bestrides. Glitnir hadde som silent participation-deltaker ingen krav overfor låntakerne. Glitnir ville ikke hatt separatistrett i tilfelle konkurs. Det var BN Bank som var Glitnirs debitor. Glitnirs krav mot BN Bank oppto i det øyeblikk lånene var utbetalt til låntakerne. Det er intet i silent participation-avtalene som indikerer at det forelå noe avtalt motregningsforbud.

Finansavtalelovens forbud mot motregning i § 29 kan ikke påberopes. Loven gjelder ikke for forholdet mellom finansinstitusjoner så lenge begge opptrer i egenskap av dette. Glitnir opptrådte i denne situasjonen nettopp i egenskap av finansinstitusjon.

Dersom retten likevel skulle komme til at finansavtaleloven gjelder mellom partene, gjøres subsidiært gjeldende at partene hadde avtalt motregningsadgang, noe som i tilfelle går foran loven hovedregel, finansavtalel. § 2 annet ledd. Glitnir måtte være vel kjent med sine datterbankers standardvilkår, som inneholder en slik bestemmelse. Glitnir aksepterte stilltiende standardavtalen i forbindelse med at BN Bank opprettet kontoen til fordel for Glitnir. Glitnir hadde ingen berettiget forventning om at man i dette tilfelle ville fravike standardvilkårene. Det må legges til grunn at banker i sin alminnelighet har adgang til å motregne i innskudd fra næringsdrivende. Det er for øvrig sedvane mellom banker at de har adgang til å motregne i innskudd hos hverandre, noe som i dette tilfelle i seg selv danner tilstrekkelig grunnlag for å motregne.

Formålet med finansavtalelovens forbud mot motregning er å sikre åpne betalingskanaler. Det vises til Rt. 2000 side 2033 Rt. 2000 side 2033 Hovedkravet i saken gjelder ikke en typisk betalingsformidlingskonto, og motregningsforbudet i finansavtaleloven § 29 annet ledd kommer derfor ikke til anvendelse. Lovens formål er å beskytte betaleren mot motregning fra bankens side i krav som banken måtte ha mot ham.

Unntaket for finansinstitusjoner i finansavtalelovens § 1 – 1 er uttrykkelig og gir ikke grunnlag for å anvende lovens regler analogisk.

Motkravene

Obligasjonslånet:

Låneavtalen tar ikke sikte på å regulere obligasjonseiernes adgang til motregning. Dette er individuelle rettigheter som ligger utenfor avtalen. Dersom meningen var å begrense motregningsadgangen, måtte dette vært uttrykt klarere. Et forbud mot motregning dekkes

ikke av ordlyden i avtalen. Denne forståelsen støttes av vitne fra Norsk Tillitsmann, som utformet avtalen. Ordlyden tar bare sikte på en rettslig inndrivelse av kravet, noe som ikke omfatter motregning. Heller ikke reelle hensyn taler med slik styrke for å nekte motregning at dette gir grunnlag for utvidende tolking av klausulen. Det vises til Rt. 2002 side 1155.

Klausulen tar bare sikte på å regulere forholdet mellom obligasjonseierne og tillitsmannen. Klausulen kan ikke tolkes slik at obligasjonseierne overfor debitor har fraskrevet seg motregningsadgangen. Eventuell motregning måtte i tilfelle erklæres av tillitsmannen på vegne av aktuelle obligasjonseiere, noe som ville være upraktisk. Uansett vil det være sterkt urimelig å avskjære motregning bare med den begrunnelse at kreditor har framsatt erklæringen gjennom feil kanal.

Som følge av bobehandlingen på Island bortfaller uansett et eventuelt avtalt forbud mot motregning, islandsk konkurslov art. 100. Loven inneholder intet forbehold for det tilfelle at slikt forbud er avtalt. Avviklingsstyret er bundet av islandsk lov og kan ikke nekte motregning i strid med loven.

Innskuddet på Island:

Avviklingsstyret hadde ikke kompetanse til å nekte motregning med den begrunnelse at det dreide seg om ulik valuta. Det vises til anførselene foran. Også etter norsk rett er det i dag antatt at ulik valuta ikke er til hinder for motregning. Tidligere teori på dette punkt er foreldet. Med dagens gode noteringsrutiner byr det generelt ikke på problemer å foreta motregning i ulik valuta. Glitnir fikk oppgjør basert på offisiell kurs på motregningstidspunktet. De har ingen grunn til å motsette seg dette.

Salgskostnader:

Det var raskt klart at Glitnirs datterselskap i Norge måtte selges for å sikre fortsatt drift. Glitnir hadde betydelige beløp til gode og kunne risikere å tape alt dersom ikke fortsatt drift ble sikret.

Arctic Securities og BAHN var fra tidligere Glitnirs rådgivere. Selv om det i denne situasjonen var BN Bank som inngikk avtalene, var det klart at BN Bank ikke på egen hånd kunne gi rådgiverne i oppdrag å utrede salg av banken. Dette ble gjort etter oppdrag fra Glitnir. Den formelle fullmakten ble utstedt av Glitnir til adm.dir. Morten Bjørnsen få dager senere, den 15. oktober. Utgiftene er pådratt på vegne av Glitnir i henhold til fullmakt. Det er for øvrig intet uvanlig i at det er selgeren av et objekt som dekkes salgskostnadene.

Av mandatavtalen med Arctic framgår at formålet med avtalen var å sikre best mulig pris for selgeren. Også utgiftene til Bahr ble pådratt i Glitnirs interesse, og det er dermed også best i samsvar med alminnelige selskapsrettslige prinsipper om allokering av kostnader at utgiftene belastes Glitnir.

Lønnskostnader:

De ansatte i Glitnir Norway AS arbeidet i realiteten for Glitnirkonsernet. Det dreier seg om selskaper i samme konsern, og allokering av lønnsutgiftene til Glitnir Norway AS var i strid med aksjelovens og almenaksjelovens bestemmelser om bedriftsinterne transaksjoner, jf. aksjeloven § 3 - 9. Glitnir var uberettiget til å plassere lønnskostnadene i Glitnir Norway AS, som ikke var betalingsdyktig. Det skjedde derved en underkapitalisert sammenblanding mellom selskapene. Det vises til Rt. 1996 side 672 (Kongeparken).

Gudmundur Ragnarsson var ved "agreement" datert 1. august 2007 ansatt i Glitnir. Han inngikk en sluttavtale med RC på vegne av Glitnir 30. oktober 2008. Lønnen ble utbetalt av BN Bank, men ble i henhold til avtale avregnet overfor Glitnir Norway AS.

Resterende lønnsutbetaling kreves dekket ved motregning.

Bjørn Richard Johansen var ansatt ved avtale 19.12.07 og hadde hatt sitt arbeid knyttet til rene konsernoppgaver for Glitnir. Overføringen fra Glitnir Norway til BN Bank var ren formalitet. Han ble i forbindelse med endringen skriftlig orientert om at hans arbeidsoppgaver ville være uendret. Han hadde etter tilsetningsavtalen krav på bonus NOK 2 mill for februar 2008. Forutsetningen var at kostnaden skulle dekkes av Glitnir.

Sveinung Hartvedt utførte heller aldri arbeid for BN Bank, men for konsernet. Han var i forbindelse med overføringen til BN Bank uttrykkelig orientert om at arbeidsoppgavene ville være de samme. Han hadde i følge "Bonus Agreement" 23. januar 2008 krav på utbetaling av bonus, som i sluttavtalen ble fastsatt til NOK 10 mill. Hartvedt inngikk avtalen om fratreden med Lárus Welding i Glitnir. Det var hele tiden forutsatt at han skulle få utbetalt den fastsatte bonusen.

Morten Bjørnsen ble ved tilsettingen som administrerende direktør i Glitnir Bank ASA uttrykkelig orientert om at hans fullmakter og arbeidsoppgaver som administrerende direktør i Glitnir Norway AS skulle bestå uendret. Bonus NOK 5 mill. ble utbetalt etter instruks fra Glitnir, og det var forutsatt at utgiften skulle fordeles likt mellom BN Bank og Glitnir.

Markedsføringskostnader:

Glitnir Marathon var et arrangement som ble gjennomført etter mønster fra Island, hvor arrangementet hadde vært en suksess i flere år. Sponsoratet i forhold til Right to Play ble startet etter norsk initiativ, men i samråd med Glitnir. Det skal ha blitt lovt fra Island at utgiftene skulle dekkes, men det er uenighet mellom vitnene om hva som ble sagt. I den utstrekning det av ansatte i Glitnir ble stilt i utsikt at utgiftene skulle dekkes av det islandske kulturfondet, er Glitnir likevel ansvarlige. Det var kjent for Glitnir at kulturfondet var uten midler da tilsagnet ble gitt. Ansatte hos Glitnir hadde ikke fullmakt til å love bort penger på fondets vegne.

Markedsføringstiltaket Save & Save ble startet som en kampanje som skulle gjelde alle land hvor Glitnir var engasjert. Den norske ledelsen var imot tiltaket, men ble pålagt fra Island å gjennomføre det. Det dreier seg om et tiltak på konsernnivå som naturlig bør allokeres til konsernet, dvs. Glitnir.

Generelle markedsføringstiltak besto i det vesentlige av internettannonsering. I følge vitneforklaringer ble det fra Island lovt at Glitnir skulle dekke dette.

Renteberegning:

Det kreves renter fra en måned etter påkrav, som ble gjort ved brev 6. april 2009 fra BN Bank til adv. Sveinsson, og fram til motregning fant sted., Siden man hadde varslet motregning, inneholdt brevet av 6. april 2009 ingen direkte betalingsoppfordring, men det må likestilles med en betalingsoppfordring. Brevet er et utslag av at man søkte å få til en minnelig ordning om oppgjør mellom partene.

Subsidiær påstand om dom for motkravene

Hvis BN Bank ikke får medhold i at motregning var berettiget, kreves fullbyrdelsesdom for motkravene. Det foreligger ikke grunnlag for avvisning av kravet. Det er Glitnir som gjennom søksmålet har trukket inn spørsmålet om motkravenes eksistens og om hvem som er rett debitor. Det dreier seg ikke om nye påstandsgrunnlag fra BN Banks side. Motkravene kan derfor ikke avvises selv om vilkårene i tvisteloven § 15 – 1 annet ledd ikke skulle være oppfylt. BN Bank mener imidlertid at disse kravene er oppfylt. Ellers kan man komme i den situasjon at retten finner at motkravene ikke eksisterer eller at Glitnir ikke er debitor og dømmer BN Bank til å betale, mens en islandsk domstol kommer til motsatt resultat.

Søksmålet hører under norsk domsmyndighet. Spørsmålet må avgjøres etter norske vernetingsregler. Etter Luganokonvensjonen art. 5 nr. 1 kan søksmål anlegges i den stat hvor forpliktelsen som ligger til grunn for søksmålet skal oppfylles, i dette tilfelle Norge. Unntaket i Luganokonvensjonen art. 1 nr. 2 b for saker om konkurs e.l. gjelder etter teori og praksis bare såkalte "konkurstypiske spørsmål", og gjelder ikke rene avtalerettslige spørsmål som hvorvidt et pengekrav eksisterer. Det vises til Rt. 1996 side 25. Det må skilles mellom kravenes eksistens og eventuelle konkursrettslige innsigelser, som i tilfelle må avgjøres av boet på Island.

Samtlige krav har verneting i Norge etter tvisteloven § 4 – 5 (2). For enkelte av kravene gjelder i tillegg at det er avtalt norsk verneting. Det foreligger derfor ikke grunnlag for å avvise kravene selv om Luganokonvensjonen ikke skulle komme til anvendelse.

Kravene er ikke litispendente, idet de ikke er tvistegjenstand noe annet sted. At en av partene er under insolvensbehandling, er ikke tilstrekkelig. Selv om en avgjørelse fra boets

administrasjon skulle være endelig, vil avgjørelsen ikke være bindende i Norge etter tvl. § 19 – 16. Litispendens gjelder uansett bare saker for domstolene.

Når det gjelder realiteten om kravenes eksistens og hvem som er rett debitor, gjør saksøkte gjeldende de samme påstandsgrunnlag som foran vedrørende motregningsspørsmålet.

Retten vurdering

Lovvalg:

Etter EU-direktivet om sanering og avvikling av kredittinstitusjoner art. 10 skal hjemstatens, dvs. konkursstatens, regelverk avgjøre bl.a. adgangen til å kreve motregning. Bestemmelsen modifiseres av direktivets art. 21, som bestemmer at saneringstiltak eller avvikling ikke skal være til hinder for motregning dersom lovgivningen for hovedkravet gir slik rett.

Direktivet får etter art. 9 virkning for avvikling som er besluttet av "de forvaltningsmyndigheter eller rettsmyndigheter som har ansvar for avviklingen". Av islandsk konkurslov art. 8 framgår at konkursbegjæring skal framsettes for de ordinære førsteinstansdomstolene. Det er også domstolene som har det overordnede ansvaret for konkursbehandling.

På Island ble Glitnir innvilget såkalt moratorium ved tingrettens beslutning 24. november 2008. Moratoriet løp etter flere forlengelser fram til 23. november 2010. Formålet med et moratorium er å sikre institusjonen rom for å etablere mulighet for fortsatt drift uten å risikere tapping av midler ved pågang fra enkeltkreditorer. Bankens virksomhet pågår da fortsatt, eventuelt med begrensninger i adgangen til å stifte ny gjeld, innfri fordringer m.v. I denne perioden gjelder ingen særlige begrensninger i motregningsadgangen. Moratoriet innebar ingen beslutning om avvikling.

I den første fasen fantes ikke særlige regler på Island om avvikling av kredittinstitusjoner. Disse ble først vedtatt ved lov nr. 44/2009 15. april 2009. Forut for dette tidspunkt var alternativet at banken gikk konkurs etter vanlige regler dersom gjeldsforhandlinger ikke førte fram. Som følge av lovendringen kunne finansinstitusjoner ikke lenger uten videre slås konkurs etter vanlige regler. Reglene om avvikling viser imidlertid til konkurslovens regler på en rekke punkter.

De midlertidige overgangsreglene som ble vedtatt ved lovendringen 15. april 2009, fastslo at de nye reglene om "winding up" (avvikling) skulle gis virkning for bankene som var under moratorium. Formelt løp fortsatt moratoriet, men når moratoriet utløp, skulle bankene automatisk gå inn under "winding up"-reglene uten særlig avgjørelse av retten. Det var dette som skjedde med Glitnir. Retten kom bare inn for å opprette et

avviklingsstyre ("winding up committee") etter anmodning fra RC ved beslutning 12. mai 2009.

Først ved lov nr. 132/2010 av 16. november 2010 ble reglene på dette punkt endret, slik at beslutning om avvikling måtte treffes av retten også for foretak som gikk inn under de midlertidige bestemmelsene.

Ved vurderingen av om regelverket på Island tilfredsstilte kravene om beslutning av kompetent myndighet i winding up-direktivet art. 9, tar retten utgangspunkt i at internasjonalt regelverk som regel gis en restriktiv fortolkning. Det er internasjonal tradisjon for å legge avgjørende vekt på ordlyden dersom ikke særlige hensyn tilsier noe annet. Hensynet til en lik rettsoppfatning i land med ulik rettstradisjon tilsier dette. Men ordlyden må tolkes i lys av regelverkets gjenstand og formål. Det vises til Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett 4. utg. side 757.

Etter ordlyden kommer ikke direktivet til anvendelse, idet avviklingen ble bestemt av Alltinget ved lovendring nr. 44/2009, og ikke ved beslutning av retten, som ville vært kompetent organ etter direktivets art. 9. Dette standpunktet støttes også av reelle hensyn. Et lovvedtak kan ikke angripes ved klage eller anke slik som forvaltnings- eller rettsavgjørelser.

Det var tre banker på Island som ble omfattet av de midlertidige reglene, Kaupthing, Landsbanki og Glitnir. Overgangsreglene bærer dermed preg av i realiteten å være enkeltvedtak. Reglene viser uttrykkelig til de materielle avviklingsbestemmelsene som var innført i loven, og gir dem automatisk gyldighet også for disse tre bankene. At loven kaller ordningen "moratorium" inntil dette utløper, kan ikke tillegges vekt.

Det er ikke holdepunkter for å tillegge lovendringen fra november 2010 tilbakevirkende kraft. Når det gjelder spørsmålet om direktivet får anvendelse i forhold til motregningsspørsmålet, må retten ta utgangspunkt i de regler som gjaldt da motregning ble erklært 16. november 2009. På dette tidspunktet tilfredsstilte ikke avgjørelsen om avvikling kravene i direktivets art. 9.

En analogisk anvendelse av direktivet synes ikke aktuell. Det framstår som en uttrykkelig forutsetning for anvendelse av direktivet at beslutningen om avvikling er fattet av kompetent myndighet i henhold til art. 9.

Det samme standpunkt ble inntatt av Appellretten i Paris (Cour d'appel de Paris) ved dom 4. november 2010 og av High Court of Justice i London ved dom 16. mars 2011. Utskrift av begge dommene er framlagt for retten, den første i ubekreftet engelsk oversettelse. Etter det opplyste skal den engelske avgjørelsen ha vært anket, men ble forlikt i ankeinstansen. Om den franske avgjørelsen er rettskraftig, er ikke kjent. Den franske avgjørelsen gjaldt

Landsbanki, mens den engelske avgjørelsen gjaldt Kaupthing. Begge konkluderte med at siden beslutningen om avviklingen var fattet at lovgiveren og ikke av retten, kom direktivet ikke til anvendelse.

I følge vitnet Gisli Hall la man ved vedtakelsen av endringslov nr. 44/2009 på Island til grunn at loven tilfredsstilte kravene i EU-direktivet. Retten kan ikke legge avgjørende vekt på dette. Ved at beslutningen om avvikling ble fattet av Alltinget i stedet for av domstolene, satte man til side forutsetninger som må antas å ha vært sentrale ved vedtakelsen av direktivet, bl.a. adgangen til anke. Retten finner etter dette at EU-direktivet om avvikling ikke får anvendelse på bobehandlingen på Island før etter kjennelsen 22. november 2010 fra Reykjavik tingrett.

Nordisk konkurskonvensjon av 1933 kommer etter artikkel 12 til anvendelse også på likvidasjon av banker forutsatt at lovgivningen på likvidasjonsstedet utelukker konkurs. Hensynet bak konvensjonen var å sikre likebehandling av kreditorer. Siden reglene for insolvensbehandling av banker var ulike i de nordiske land, var det hensiktsmessig å gi konvensjonens regler tilsvarende anvendelse for avvikling av banker forutsatt at avviklingen trådte i stedet for en ordinær konkursbehandling.

De islandske reglene for avvikling gir framgangsmåten ved konkurs tilsvarende anvendelse på en rekke punkter. Etter lovendringen 15. april 2009 var det ikke lenger anledning til en ordinær konkursbehandling av banker. I følge vitnet Gisli Hall var hensikten nettopp at avvikling etter lov om finansieringsvirksomhet skulle komme i stedet for ordinær konkursbehandling. I følge Hall er det imidlertid fortsatt adgang til å ta boet under konkursbehandling etter islandsk konkurslov art. 103a.

Tingretten slutter seg til vitnet Halls syn på dette punkt. Selv om avvikling etter ordlyden i finansieringsvirksomhetsloven art. 100a – 103a skal tre i stedet for ordinær konkurs, er det etter art. 103a fjerde ledd første punktum fortsatt adgang til ordinær konkursåpning dersom avvikling ikke vil gi tilstrekkelig dekning til kreditorene, eventuelt etter gjeldsforhandling.

Forutsetningen i konkurskonvensjonens artikkel 12 slår dermed ikke til i dette tilfelle. Retten finner ikke grunnlag for å sette til side den klare forutsetningen som er kommet til uttrykk i konvensjonsteksten. Av forarbeidene framgår at spørsmålet har vært overveid ved vedtakelsen av konvensjonen. Det vises til Ot.prp. nr. 52 (1933) side 2.

Etter dette kan retten ikke se at den nordiske konkurskonvensjonen får anvendelse. I forhold til motregningsspørsmålet får dette liten betydning, siden motregning ikke er omhandlet i konvensjonen. Retten kommer nedenfor tilbake til betydningen av dette når det gjelder spørsmålet om avvisning av kravet om dom for motkravene.

Siden verken EU-direktivet eller den nordiske konkurskonvensjonen får anvendelse, må retten falle tilbake på de ordinære lovvalgsreglene. Ut over de tilfeller som er omfattet av internasjonale konvensjoner, finnes det ingen klare internasjonale regler om rettsvalg ved motregning. Professor Rune Sæbø antar i en artikkel fra Universitetet i Bergen ("Motregning og rettsvalg", Det juridiske fakultets skriftserie nr. 102 s 101) etter en inngående drøftelse at de beste grunner taler for å legge hovedkravets lands rett til grunn både i og utenfor konkurs. Retten slutter seg til dette.

Retten finner det ikke tvilsomt at norske rettsregler må anvendes for bankinnskudd i Norge. Spørsmålet om adgangen til motregning må vurderes etter norske rettsregler, idet hovedkravets rettsregler må gjelde. Begrensningen i motregningsadgangen i islandsk konkurslov art. 100, herunder vilkåret om når kravet skal være ervervet, får derfor ingen betydning. Når det gjelder spørsmål om anerkjennelse av fordringer, frist for anmeldelse av fordringer, valg av valutadato, avviklingsstyrets kompetanse m.v., mener retten likevel av hensyn til konsistens i regelverket og likebehandling mellom kreditorer at islandske regler må legges til grunn. I forhold til motregningsspørsmålet får dette imidlertid begrenset betydning.

Adgangen til motregning – betydningen av "reference day"

Saksøkeren har gjort gjeldende at selv om norske regler om motregning kommer til anvendelse, må de rent konkursrettslige regler på Island legges til grunn også ved vurderingen av motregningsadgangen. Dette omfatter i følge saksøkeren konkursrettslige begrensninger i motregningsadgangen som partene ikke hadde grunn til å regne med ikke skulle gjelde, så som tidsfrister for erverv av kravet. Det er vist til hensynet til likebehandling av kreditorer. Retten kan ikke uten videre slutte seg til dette. En adgang til motregning betyr i seg selv nettopp at kreditor stilles i en annen kategori enn de øvrige kreditorer. Motregningsadgangen fungerer slik sett som en sikkerhet for kravet. Hvorvidt avviklingsstyret har kompetanse til å avvise motregning på Island med krav som ikke er ervervet i tide i forhold til fristdagen, får ikke betydning når motregningsadgangen skal vurderes etter norske regler. Referansedatoen 15. november 2008 og 3-månedersfristen får dermed ikke selvstendig betydning for rettens vurderinger.

Etter lovendringen 15. april 2009 var Glitnir under avvikling. Det var oppnevnt et avviklingsstyre, og banken var under insolvensbehandling. Retten mener det er datoen for ikrafttredelse av lovendringen – som i realiteten var vedtaket om insolvensbehandling – som må legges til grunn i forhold til dekningsloven § 8 – 1 og § 8 - 2. Etter det opplyste trådte loven i kraft etter kunngjøring 22. april 2009. Samtlige krav var ervervet før 22. februar 2009. Tremånedersfristen i dekningsloven § 8 – 2 er dermed ikke til hinder for motregning.

Adgangen til motregning – utgangspunkter etter norsk rett

Utgangspunktet er at en kravshaver har motregningsrett i krav som skyldneren har mot ham, forutsatt at følgende krav er oppfylt:

- Hovedkrav og motkrav må bestå mellom de samme personer eller selskaper (gjensidighet).
- Motkravet må kunne tjene til oppfyllelse av hovedkravet (komputabilitet). Kravet til komputabilitet reduseres ved insolvensbehandling, dekningsloven § 8 – 1.
- Frigjørings tiden må ha kommet for hovedkravet og motkravet må være forfalt.
- Hovedkrav og motkrav må være motstående krav, dvs. motkravet må ha krav på oppfyllelse.
- Motregning må erklæres.
- Motregning må ikke være forhindret ved avtale, lov eller lignende hindringsgrunn.

Hovedkravet:

Etter dekningsloven § 8 – 1 er motregningsadgangen begrenset til hovedkravets størrelse på boåpningstidspunktet, dvs. ved ikrafttreddelsen av lov nr. 44/2009 22. april 2009. På dette tidspunktet var hovedkravet betydelig større enn samtlige krav som det er krevd motregning med.

Var motregning avskåret ved avtale?

Innbetalingene som ble samlet på konto i BN Bank, stammet fra lånekunders innbetaling av terminbeløp. Dels dreide det seg om såkalte syndikatlån, dvs. lån som var ytet av flere banker i fellesskap, her Glitnir og BN Bank. Men den overveiende delen av innbetalingene stammet fra låneforhold hvor Glitnir deltok gjennom såkalt "silent participation". Disse forholdene var kjennetegnet ved at bare BN Bank opptrådte overfor lånedebitor, mens Glitnirs deltakelse var regulert gjennom avtale mellom bankene. Glitnir opptrådte således ikke overfor kundene direkte. Låntakeren betalte renter og avdrag til BN Bank, som skulle viderebetale til Glitnir i henhold til en avtalt fordeling.

Det var BN Bank som hadde rollen som kreditor i forhold til låntakeren. Glitnirs rolle i forholdet var utelukkende regulert ved avtale mellom bankene. Det synes klart at låntakeren ikke med befriende virkning kunne betale Glitnirs andel direkte til Glitnir. Glitnir kunne heller ikke gå direkte på låntakeren med krav om betaling. Uten at det har avgjørende betydning, mener retten også at Glitnir ved en konkurs i BN Bank ikke ville hatt noen separatistrett, men måtte søkt dekning på linje med andre kreditorer. Selv om det var en forutsetning at BN Bank under normale omstendigheter straks skulle viderebetale til Glitnir en forholdsmessig andel av innbetalingene, kan retten ikke se at dette kan tolkes slik at partene mente å avtale et forbud mot motregning. Et slikt forbud er et betydelig inngrep i en kreditors rett. Krüger antar (Pengekrav 2. utg. s. 350) at forbud mot motregning ved ellers uklare avtaler i enkelte tilfeller "nærmest" må innfortolkes. Dette kan nok tenkes, men bør i tilfelle reserveres til forhold som bærer preg av betalingsformidling, og kanskje særlig der hvor forholdet ellers i liten grad er

avtaleregulert. I dette tilfelle hadde partene inngått en omfattende avtale ved hvert enkelt låneforhold med inngående regulering av mellomværendet. Det er da nærliggende å kreve en eksplisitt avtale dersom partene mente at motregning skulle være utelukket.

Finansavtaleloven § 29 jf § 1 tredje ledd

Finansavtaleloven § 29 første ledd begrenser adgangen for en finansinstitusjon til å motregne i midler som står inne på konto. Tilsvarende avskjærer § 29 annet ledd adgangen til å motregne mot betalingsmidler som institusjonen disponerer for å utføre en betalingsordre. Særlig tar bestemmelsen sikte på å sikre en kunde mot at beløp som stilles til bankens disposisjon som ledd i et kundeforhold, går med til å dekke eventuelle krav som banken ellers måtte ha mot kunden. Penger som settes på konto vil som regel være bestemt til andre formål. Formålet med bestemmelsen i annet ledd er å sikre betalingsformidlingen.

Situasjoner hvor begge parter opptrer i egenskap av finansinstitusjoner, er uttrykkelig unntatt fra loven etter § 1 tredje ledd. Unntaket for forhold mellom to finansinstitusjoner var foreslått av banklovkommissjonen. Kommisjonen uttalte i den forbindelse (NOU 1994:19 side 95):

"Annet ledd forutsetter at begge institusjonene opptrer i profesjonell egenskap som finansinstitusjon eller lignende institusjon. Unntaket i annet ledd gjelder for eksempel ikke når et samvirkelag inngår en ordinær avtale om driftskonto i en bank. Det samme vil f.eks. være tilfelle for en avtale om kassekreditt som en finansrådgiver han med sin bank."

Departementet omtaler i Ot.prp. nr. 41 (1998-99) side 27 slike forhold som interbankavtaler, og presiserte i lovteksten at unntaket bare skulle gjelde der partene opptrådte i egenskap av finansinstitusjoner. I merknadene til § 1 uttaler departementet (l.c. side 93):

"Etter tredje ledd gjelder loven ikke mellom to parter som begge er institusjon som nevnt i første ledd. Dette vil likevel bare gjelde når begge institusjonene opptrer i profesjonell egenskap som finansinstitusjon eller lignende institusjon. Departementet har tatt med en presisering av dette i bestemmelsen."

Selv om det dreier seg om en i og for seg ordinær bankkonto som også andre kan opprette, utelukker ikke dette at partene må sies å ha opptrådt som finansinstitusjoner. Det er nødvendig å se hen til kravets karakter. Kravet er i dette tilfelle oppstått som en følge av inngåtte avtaler om syndikatlån og avtaler om "silent participation". Slik virksomhet er i kjerneområdet av hva en bank driver med. Oppsamlingen av midler oppsto som en følge av arrestene. Da arrestene ble opphevet, ble ikke midlene umiddelbart krevd utbetalt, visstnok delvis fordi det i den aktuelle situasjonen kunne være hensiktsmessig for Glitnir å ha midler til disposisjon i Norge. Uansett grunn eller motiv inngikk midlene etter dette som en del av bankenes mellomværende, som omfattet betydelige poster ut over denne kontoen. Midlene som ble samlet på kontoen har en annen karakter enn vanlige innskudd, og må sees i sammenheng med Glitnirs bankvirksomhet. Om midlene var et ledd i en såkalt

"interbankavtale" blir et definisjonsspørsmål som retten ikke behøver å gå inn på. Begge banker opptrådte i egenskap av finansinstitusjoner, og finansavtaleloven kommer derfor ikke til anvendelse.

Bestemmelsene i finansavtaleloven var langt på vei en kodifisering av allerede gjeldende rett. Kommisjonen antok derfor (NOU 1994:19 side 95) at loven i stor utstrekning måtte kunne anvendes analogisk i forhold hvor partene ikke hadde regulert forholdet i avtale e.l. Men i tilfeller hvor lovteksten uttrykkelig unntar et forhold fra lovens virkeområde, er analogisk anvendelse utelukket. Dommen i Rt. 1992 side 1474, som saksøkeren har vist til, er fra før finansavtalelovens vedtakelse, og kan ikke få gjennomslag i strid med en uttrykkelig lovbestemmelse. Etter dette er ikke finansavtalelovens bestemmelser til hinder for motregning i vårt tilfelle.

Misbruksreservasjonen

Ved at midlene som følge av arrestene hopet seg opp på konto hos BN Bank, oppnådde BN Bank en posisjon som ga mulighet for å gjøre motregningsrett gjeldende på bekostning av boets øvrige kreditorer. Saksøkeren har hevdet at BN Bank dermed skaffet seg en posisjon som gav dem en urimelig fordel. Det er vist til at enkelte av kravene er ervervet fra tredjemenn etter at problemene i Glitnir oppsto i oktober 2008. BN Bank får dem dekket fullt ut ved motregning, noe avhenderne av kravene ikke kunne. Til dels har BN Bank først hentet ut det de kunne fra Glitnir Norway. Da kassen der var tom, søker de i stedet å få pengene ut fra Glitnir ved motregning. Videre er det vist til at motregningen er skjedd med omtvistede krav.

Retten er enig i at det etter norsk rett kan tenkes tilfeller hvor motregning må avskjæres fordi det vil innebære rettsmisbruk. Det vises til Rune Sæbø: Motregning side 303 til 316. Dette gjelder først og fremst krav som er oppstått ved rettsbrudd, noe som ikke er tilfelle i vår sak. Dernest er det mulig at det i noen utstrekning må nektes motregning i tilfeller hvor kravet er ervervet fra tredjeperson etter at hovedkravet oppsto, kanskje nettopp motivert ut fra ønsket om å motregne. Særlig gjelder dette hvis kravet er omstridt. Men i de tilfeller kravet har oppstått på regulær måte, bør motregning som hovedregel godtas også i disse tilfellene.

I dette tilfelle kan retten ikke se at noen av kravene er ervervet i den hensikt å kunne motregne. At kravet er ervervet mot en skyldner som må antas ikke å være søkegod, er i utgangspunktet ikke til hinder for motregning. Eksemplene som saksøkeren har vist til i Rt. 2008 side 385 og RG 2009 side 1578 er ikke sammenlignbare. Så lenge kravene er ervervet på regulær måte, mener retten det ikke kan tillegges avgjørende vekt at kravene er omstridt. Motregning med omstridte krav er i utgangspunktet godtatt etter norsk rett.

Retten finner etter dette ikke at saksøkte har opptrådt på noen måte som gjør at misbruksreservasjonen kan lede til at motregning avskjæres.

Retten kan ikke se at det forhold at beløpene ble stående på konto i BN Bank som følge av arrestene, i seg selv har noen betydning i forhold til adgangen til motregning. Ingen av partene hadde forutsett at beløpene skulle bli stående fastlåst så lenge. Slik sett kan det hevdes at BN Bank oppnådde en fordel som ikke var tilsiktet. På den annen side var avtaleforholdet ikke til hinder for at banken kunne motregnet løpende dersom beløpene hadde stått til disposisjon for utbetaling.

Etter dette kunne BN Bank gjøre motregning gjeldende med krav de hadde mot Glitnir, iallfall opp til den del av hovedkravet som skrev seg fra "silent participation"- midler. Innestående på konto pr. 22. april 2009 utgjorde i overkant av 1 milliard NOK, hvorav det alt vesentlige skrev seg fra innbetalinger av terminbeløp på lån som falt inn under denne kategorien. Hovedkravet oversteg motkravene på motregningstidspunktet.

Gjensidighet

Motregning kan bare skje når kravene er gjensidige, dvs. at samme rettssubjekt er kreditor for hovedkrav og debitor for motkrav. Dette må som et utgangspunkt tas bokstavelig også ved juridiske personer. Men det kan tenkes situasjoner hvor det er grunnlag for gjennomskjæring, f.eks. hvor selskapsstrukturen ikke har noe reelt innhold. Det skal imidlertid en del til. En deltaker eller eier har i utgangspunktet ikke personlig ansvar for et aksjeselskaps forpliktelser, aksjeloven § 1 – 1 annet ledd. At kreditor for hovedkravet f.eks. i form av eierskap er den som har den reelle interesse av motkravet, er ikke nok. I Rt. 1991 side 119 uttalte førstvoterende:

"Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmer som har stått for ledelsen av selskapet."

I Rt. 1996 side 672 ("Kongeparken") viste førstvoterende til denne uttalelsen og uttalte videre:

"Saken gjaldt krav etter aksjeloven § 15 – 1, og uttalelsen kan ikke i seg selv tas til inntekt for at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd. Men også i forhold til en eventuell slik regel peker uttalelsen på noe vesentlig. Det skal mye til for å kunne "skjære gjennom ansvarsbegrensningen".

Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering.

Innledningsvis finner jeg grunn til å bemerke at det i seg selv ikke kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap. En slik oppdeling er ikke uvanlig, og indikerer i seg selv ikke noe utilbørig i forhold til kreditorene"

Retten viser også til Rt. 1996 side 742 ("Minnor-dommen"), hvor retten sluttet seg til at det ikke kan begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll med datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter.

Etter det som er opplyst, ble faktura for varer og tjenester som var bestilt av Glitnir Norway rutinemessig oversendt BN Bank, som registrerte fakturaene og attesterte dem. Det ble deretter foretatt en viderefakturering til Glitnir Norway AS, som regnskapsførte beløpene og fakturerte videre til Glitnir. Glitnir utbetalte deretter til Glitnir Norway AS, som så viderebetalte til BN Bank.

Av BN Banks kravsanmeldelse til avviklingsstyret på Island framgår:

"... We would like to stress that it was an established practice between BN Bank ASA and Glitnir Banki hf that BN Bank ASA prepaid the expenses for Glitnir Norway AS, and that Glitnir Banki hf was obligated to make a reimbursement of disbursements on behalf of Glitnir Norway AS. As a consequence, BN Bank ASA will have a claim directly against Glitnir Banki hf."

Glitnir Norway AS fungerte nok i praksis langt på vei som en avregningsenhet. Men selskapet var mer enn det. I følge vitneforklaring fra Albert Langva, som var kredittsjef i Glitnir Norway AS, var selskapets formål primært å drive strategisk planlegging og stå for oppkjøp av virksomheter i Norge. På forespørsel fra Kredittilsynet beskrev BAHN i brev 26.10.05 på vegne av ISB Norway AS, senere Glitnir Norway AS, selskapets virksomhet slik:

"... ISB er etablert som et representasjonskontor for Islandsbanki hf i Norge.

ISB vil forestå støttefunksjoner for Islandsbanki-konsernet i forhold til forretningsutvikling og kommunikasjon/markedsmessige forhold i det norske markedet. Frank O. Reite har som daglig leder hovedansvaret for dette arbeidet. For ordens skyld opplyses det om at Frank O. Reite er en del av Islandsbanki hfs konsernledelse, med særlig ansvar for den norske delen av konsernets virksomhet. I tillegg vil Alexander Gudmundsson ha et særlig ansvar for støttefunksjoner relatert til forretningsutvikling. Videre har Islandsbanki hf ansatt Bjørn Richard Johansen (formelt ansatt i ISB) som kommunikasjonsdirektør med særlig ansvar for Islandsbanki hfs virksomhet utenfor Island. Bjørn Richard Johansen vil således bistå Islandsbanki-konsernet i relasjon til kommunikasjon og markedsmessige forhold i det norske markedet.

...

I den grad ISB vil yte støttefunksjoner til ledelsen i BN Bank og/eller Kredittbanken, vil dette skje på markedsmessige vilkår.

..."

I årsberetningen for 2005 er virksomheten beskrevet slik:

"ISB Norway AS ble stiftet 27.06.06 og var i drift fra og med september 2005 (4 måneder). ISB Norway AS er et representasjonskontor for Islandsbanki hf i Norge og selger/bistår med finansielle og markedsmessige tjenester til Islandsbanki sine selskaper i og utenfor Norge."

Selskapet hadde en innskutt egenkapital på 1 mill NOK og hadde i 2006 en driftsinntekt på 38.5 mill NOK. Pr årsskiftet 2007/08 var det ansatt 7 personer i selskapet. Etter rettens syn dreier det seg ikke om noe proformaarrangement, men en selskapskonstruksjon som hadde gode grunner for seg.

Gjennomskjæring kan tenkes dersom det har vært en utilbørlig sammenblanding av selskapenes økonomi eller det framtrer som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde den ansvarsbegrensning som ligger i aksjeselskapsformen. Det vises til Rt. 1996 side 672 (Kongeparken-dommen). I dette tilfelle var det ment å ligge en realitet i plasseringen av virksomheten i Norge i et eget selskap. Til tross for at Glitnir i kraft av sitt eierskap hadde den reelle kontrollen med selskapet, finner retten ikke at det foreligger forhold som gir grunnlag for gjennomskjæring. At utgifter i Glitnir Norway AS i det vesentlige ble dekket av Glitnir, endrer ikke dette utgangspunktet. BN Bank var kjent med konstruksjonen og praktiserte fakturerings-ordningen gjennom lengre tid. BN Bank har ikke sannsynliggjort noe grunnlag for at Glitnir helt eller delvis skulle være ansvarlig for å gjøre opp gjeld på vegne av Glitnir Norway AS overfor BN Bank.

Etter aksjeloven § 3 – 9 og allmennaksjeloven § 3 – 9 skal transaksjoner mellom selskaper i samme konsert baseres på vanlige forretningsmessige prinsipper. Kostnader som ikke kan henføres til noe bestemt selskap, skal fordeles mellom selskapene.

Etter bevisførselen ser retten først og fremst Glitnir Norway AS som et selskap som skulle stå for planlegging og tilrettelegging av virksomheten i Norge. Det var senere aktuelt å utvide dette til resten av Skandinavia, med dette ble i liten grad en realitet. Retten kan ikke se at ordningen med at Glitnir Norway AS sto som arbeidsgiver i Norge og var ansvarlig før lønnsutbetalingene til de ansatte i Norge, i seg selv sto i strid med aksjelovgivningens regler om allokering av utgifter.

Saksøkeren har gjort gjeldende at en del utgifter skulle vært belastet en islandsk stiftelse ved navn Islandsbankis kulturfond (Menningarsjóður Islandsbanka). Fondet, som var opprettet på Island av Islandsbanki (nå Glitnir), hadde som formål "å støtte oppdrag innenfor kultur og kunst, utdanning, forskning, vitenskap, teknikk og i tillegg forebyggende arbeid og hjelpearbeid eller annet fondets styre bestemmer til enhver tid med det formål å styrke forbindelsen mellom Islandsbanki-FBA AS og samfunnet og det miljøet banken arbeider i". Etter statuttene ble fondet ledet av et styre utpekt av styret i Glitnir. Styret var sammensatt av to personer fra ledelsen av Glitnir og to utenforstående. Statuttene § 7 lyder:

"Fondets styre har råderett over fondsmidler og deler dem ut i samsvar med utlysning eller etter eget initiativ i samsvar med regler om utdeling fastsatt av styret i overensstemmelse med fondets formål."

Fondet var opprettet som et legat etter islandske regler om stiftelser. Retten finner det klart at også dette fondet er et eget rettssubjekt adskilt fra Glitnir.

Selv om det var styret som etter statuttene hadde råderetten over midlene, var det i følge forklaring fra vitnet Bjarney Hardardottir, som var leder av markedsføringsavdelingen på Island med ansvar for markedsføring globalt, en rekke personer som hadde fullmakt til å trekke på fondets midler, deriblant hun selv. Hun har i retten gitt uttrykk for at alt for mange hadde slik fullmakt.

Det framgår ikke av statuttene i hvilken utstrekning styret hadde adgang til å delegerer råderetten over midlene, og det er uklart om slik delegering ble formalisert på noe tidspunkt. Retten sitter tilbake med det inntrykk at det i liten utstrekning ble praktisert noe reelt skille mellom fondets midler og bankens øvrige utgifter til markedsføring.

Det synes på det rene at fondet var uten tilstrekkelige midler til å dekke alle utgifter som det var gitt tilsagn om dekning av. Hardardottir har forklart at fondet var uten midler fra tidlig i 2008.

Sett fra BN Banks ansatte må det ha framstått som uklart hvilken betydning det hadde at ledelsen på Island valgte å trekke på fondet i stedet for eget budsjett. Det vesentlige for dem var at konsernledelsen på Island gav løfte om dekning. Det er likevel ingen tvil om at fondet var et eget rettssubjekt. I den grad det ble gjort klart overfor BN Banks ansatte at det var kulturfondet som skulle dekke utgiftene, må det formelle slå igjennom, slik at Glitnir ikke er debitor for kravet. Dette må gjelde selv om ledelsen på Island var kjent med at fondet hadde dårlig økonomi. Det er ikke holdepunkter for at man på dette tidspunkt visste at fondet ikke ville bli tilført ytterligere midler.

De enkelte motkravene

Motregning ble opprinnelig erklært for motkrav som samlet beløp seg til NOK 219 318 706.-. De samlede motkravene er senere redusert til NOK 197 860 327.- med tillegg av renter NOK 19 094 550.-, til sammen NOK 216 954 877.-.

Innskuddet i islandsk valuta

Tradisjonelt har det vært hevdet i teorien at ulik valuta for krav og motkrav sperrer for motregning. Begrunnelsen var at skyldneren, som ventet å få oppgjør i en viss valuta, ikke uten videre måtte finne seg i å få oppgjør ved at hans egen gjeld i en annen valuta ble redusert. I dag antas det at dette i det minste er for absolutt formulert.

Sæbø antar (Artikkelen Motregning og rettsvalg s. 243) at motregning med ulik valuta er betinget av at den som motregner kunne ha betalt hovedkravet med motkravets valuta. Dette er til forskjell fra regelen i "Principles of European Contract Law" (PECL) art. 13:103, som tillater motregning med ulik valuta dersom partene ikke har avtalt noe annet. Hagstrøm: Obligasjonsrett 2003 antar på s. 716 at motparten må kunne motsette seg motregning dersom han har en plausibel interesse i oppgjør i avtalt valuta.

Som et utgangspunkt mener retten at motregning i ulik valuta i dag må tillates med mindre motparten oppgir en plausibel grunn til at oppgjør i avtalt valuta skal skje. Med det effektive noteringssystem for valutakurser som i dag er til disposisjon, vil dette gjennomgående være ubetenkelig. Men unntak kan tenkes i en situasjon som den foreliggende, hvor noteringen av islandsk valuta var suspendert av sentralbankene utenfor Island. I Norge var noteringen suspendert fra 9. desember 2008, og er det fremdeles. Det er ikke uten videre klart at Glitnir måtte finne seg i oppgjør hvor kursen ikke kunne kontrolleres, f.eks. basert på den uoffisielle kursen som skal ha eksistert på gråmarkedet. I den aktuelle valutasituasjonen er det videre grunn til å tro at det ville være av betydning for Glitnir å få oppgjør i norsk valuta i Norge framfor i islandsk valuta. Det er derfor tvilsomt om Glitnir måtte ha funnet seg i motregning.

Under insolvensbehandling blir adgangen til motregning utvidet, idet motregning kan gjøres gjeldende mot krav på annet enn penger, dekningsloven § 8 – 1. Reglene gjelder både ved gjeldsforhandling og konkurs. Retten mener behandlingen på Island i henhold til lov nr. 44/2009 må sidestilles med gjeldsforhandling i relasjon til disse reglene.

Kravet til komputabilitet blir altså redusert. Dette må innebære at også motregning mot annet enn norsk valuta må godtas uansett om Glitnir kunne motsatt seg dette utenfor insolvensbehandling.

Et særlig problem oppstår ved omregningen til norsk valuta. BN Bank ville neppe hatt mulighet til å skaffe islandsk valuta til Sedlabankis kurs. Denne gir også et dårligere resultat for Glitnir enn kursen på gråmarkedet.

Dekningsloven § 6 – 5 gir anvisning på at fristdatoen skal legges til grunn som kursdato ved beregning av krav i fremmed valuta. Ved gjeldsforhandling betyr dette den dato som begjæring om åpning av gjeldsforhandling er mottatt av retten, dekningsloven § 1 – 1. Bestemmelsen passer dårlig i vårt tilfelle, og retten mener islandske regler må legges til grunn ved bestemmelsen av kurs og kursdato.

Det er opplyst at det er Sedlabankis kurs pr. 22 april som legges til grunn av avviklingsstyret ved fordringsprøvelsen, og retten mener derfor denne også må legges til grunn ved motregning. Sedlabankis kurs pr. 22. april 2009 var 19.315, noe som gir et motkrav i norsk valuta på NOK 19 537 828.80.

Obligasjonslånet

Lånet var tilrettelagt av Norsk Tillitsmann ASA. Låneavtalen inneholdt i pkt. 15.5 følgende formulering:

"The individual bondholder cannot on his own accord recover his bond(s) directly from the borrower".

Vitnet Jo Forfang har forklart at formuleringen inngår i en mal som er blitt til i samarbeid mellom Norges Bank og Bankforeningen. Vitnet har forklart at det ikke med denne formuleringen var hensikten å beskjære den rett til motregning som en kreditor normalt vil ha. Dette er et forhold som ligger utenfor hva avtalen har tatt sikte på å regulere. Malen skal ha vært benyttet siden 1993. Den er i dag erstattet av en ny mal for obligasjonslåneavtaler med en noe annen ordlyd.

En obligasjonslåneavtale har den særegenhet at den formulerer rett og plikt for andre enn partene i avtalen, nemlig for framtidige obligasjonseiere. Obligasjoner kan gjennomgående omsettes på det åpne marked, noe som får betydning for tolkingen av avtalen. Det er viktig at framtidige obligasjonsinnehavere kan stole på de formuleringer som er brukt. Partenes intensjoner i forbindelse med utforming av avtalen må komme i bakgrunnen i forhold til en mer objektiv fortolkning.

Ordet "recover" kan tenkes å ha flere betydninger på norsk, avhengig av sammenhengen. En nærliggende oversettelse kan være "forfølge" eller "inndrive". Kjennelsen i Rt. 2010 side 402 gjaldt spørsmål om Norsk Tillitsmann ASA hadde søksmålskompetanse på vegne av obligasjonseierne. Dette ble av Høyesterett besvart bekreftende under henvisning til at den enkelte obligasjonseier gjennom avtalen hadde fraskrevet seg "retten til selv å gjøre pågang eller ta rettslige skritt overfor låntaker". Det ble bl.a. vist til at avtaleverket skulle legge til rette for likebehandling av obligasjonseierne.

Retten finner at dette hensynet må slå igjennom også i vårt tilfelle. Klausulen omfatter mer enn bare rettslig inndrivelse. Erklæring om motregning må etter rettens oppfatning gå inn under begrepet "pågang". Motregning er en særdeles effektiv måte å søke dekning for et krav på. En adgang for en eller noen obligasjonseiere til å motregne vil gå på bekostning av de andre obligasjonseierne og stri mot det hensyn som klausulen er ment å ivareta. Motregning mot obligasjonslånet var derfor ikke berettiget. Dette må gjelde selv om BN Bank på motregningstidspunktet var en betydelig obligasjonseier.

Retten finner det ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt Norsk Tillitsmann ASA for sin del hadde anledning til å erklære motregning på vegne av obligasjonseierne.

Lønn og bonuser

Sveinung Hartvedt

Hartvedt var ansatt i Glitnir Norway AS fram til 1. mars 2008, da han ble overført til BN Bank. I e-post 8. oktober 2008 tok han opp med Lárus Welding, som var konsernsjef i Glitnir, at han ønsket å fratre for å fortsette som arbeidende styreleder i Glitnir Securities AS. Han ba om å få forhandle med Morten Bjørnsen om vilkårene for fratreden under henvisning til sin tilsetningsavtale. Welding samtykket i fratreden ved e-post samme dag. Sluttavtale ble inngått mellom Hartvedt på den ene side og Glitnir Norway AS og Glitnir Bank ASA (nå BN Bank) på den annen side. På vegne av Glitnir Norway AS og Glitnir Bank ASA ble avtalen undertegnet av Morten Bjørnsen. Av påtegning på avtalen framgår at den ble undertegnet 9. oktober 2008.

I følge sin ansettelsesavtale, som var inngått mellom Hartvedt og "Glitnir Norway on behalf of Glitnir banki hf" skulle han ha krav på en bonus på minimum 10 mill NOK for 2008. Beløpet skulle utbetales senest i mars 2009. I følge avtalen skulle Hartvedt motta slik bonus dersom avtalen ble avsluttet av Glitnir på grunn av forhold som ikke kunne tilskrives Hartvedt.

Avtalen om fratreden inneholder følgende punkt om bonus:

"Etter arbeidsavtalen og bonusavtalen er Hartvedt garantert en bonus på minimum NOK 10 millioner for 2008. Siden Hartvedt løses fra sine arbeidsoppgaver som følge av Glitnir-konsernets situasjon og ikke på grunn av hans arbeidsutførelse, har han rett til slik bonus i sin helhet, Jf arbeidsavtalens punkt 8.5."

Av epostvekslingen framgår det at Hartvedt selv framsatte ønske om å fratre. Det var altså ikke arbeidsgiveren som avsluttet arbeidsforholdet, og bestemmelsen om bonus i arbeidsavtalen kom ikke til anvendelse. Retten kan ikke se sannsynliggjort at Lárus Welding på noe tidspunkt gav Morten Bjørnsen fullmakt til å avtale utbetaling av bonus på vegne av Glitnir. Eposten fra Welding til Hartvedt kan ikke oppfattes som noen slik fullmakt. Etter dette foreligger ikke rettslig grunnlag for å belaste Glitnir med noen del av bonusen.

Partene er uenige om hvorvidt Hartvedt utførte noe arbeid i Glitnirs interesse. Dette er det ikke nødvendig for retten å ta standpunkt til. Det er heller ikke nødvendig å gå inn på om Lárus Welding fra 8. oktober 2008 hadde fullmakt til å forplikte Glitnir.

BN Bank hadde ikke noe krav mot Glitnir som følge av bonusutbetalingen, og motregningen er dermed gjort med urette.

Morten Bjørnsen

Etter å ha mottatt brevet fra Glitnir Norway AS datert 1. mars 2008 var Bjørnsen orientert om at han ikke lenger skulle motta lønn fra dette selskapet. Det framgår av brevet at han fortsatt skulle beholde sin posisjon som administrerende direktør i Glitnir Norway AS ved

siden av stillingen som administrerende direktør i BN Bank. Tilsetningsbrevet for stillingen som administrerende direktør i BN Bank er datert 15. april 2008, og fastsetter tiltredelsen til 4. mars 2008.

Úlfar G. Ásmundsson på Island gav pr. epost 27. februar 2008 instruks om utbetaling av bonus med NOK 5 mill. Bjørnsen har som vitne forklart at han ikke kjenner til noen diskusjon mellom de involverte om hvem som i siste instans skulle utrede bonusen for 2007, men har antatt at det iallfall var underforstått at noe skulle dekkes av Glitnir.

Bonusen skal ha vært opparbeidet i 2007 mens Bjørnsen var ansatt i Glitnir Bank ASA. Det er på det rene at instruksene om utbetaling av bonusen ble gitt fra Glitnir. Ut fra Bjørnsens vitneforklaring, som stemmer over ens med øvrig dokumentasjon, finner retten sannsynliggjort at det forelå en avtale om fordeling av utbetalingen mellom partene med en halvpart på hver som beskrevet av saksøkte. BN Bank var på denne bakgrunn berettiget til å motregne med NOK 2.5 mill.

Gudmundur Ragnarsson

I følge avtale 1. august 2007 mellom Glitnir og Ragnarsson skulle Ragnarsson fra september 2007 ha sin arbeidsplass i Norge og motta sin lønn gjennom BN Bank. Hans hovedarbeidsområde skulle være kontroll med den såkalte "lånebok 561", en oversikt over mellomværendet til enhver tid mellom Glitnir og BN Bank i forbindelse med utlån. Partene har siden forholdt seg til dette. Retten kan ikke se at det er sannsynliggjort noe grunnlag for å kreve lønnen refundert fra Glitnir. BN Bank har motregnet med NOK 150 000.-, noe som var uberettiget.

Bjørn Richard Johansen

Bjørn Richard Johansen var ansatt i Glitnirkonsernet som kommunikasjonsdirektør, og saksøkeren har erkjent at det foreligger et motkrav. Deler av beløpet er erkjent mottatt av BN Bank, slik at det gjenstår NOK 416 666.-, som er krevd motregnet. Dette motregningskravet er berettiget.

Markedsføring

De fire motkravene er fordelt på to sponserater, utgifter til markedsføring av spareordningen Save & Save og generell markedsføring.

Jenny Rut Sigurgeirsdottir og Erlend Drilsvik, som begge arbeidet med markedsføring i Norge, har som vitner forklart at det fra tid til annen oppsto uenighet mellom Glitnir og BN Bank om bruk av penger til markedsføring. I den grad det oppsto uenighet, skal det ha vært Glitnir som bestemte. I enkelte tilfeller ble utgifter lovt dekket gjennom Glitnirs kulturfond på Island. De kommuniserte for det meste med vitnet Bjarney Hardardottir, som hadde ansvaret for "global marketing" på Island.

Right to play

Avtale om sponsorat for årene 2007 – 2009 ble inngått mellom "Glitnir" og Right to Play Norway 25. april 2007. Retten legger til grunn at det var Glitnir Bank ASA – nå BN Bank – som var part i avtalen, idet bankens organisasjonsnummer ble brukt. Forut for avtalen var det i følge vitnet Sigurgeirsdottir kontakt med Bjarney Hardardottir, som skal ha erklært at sponsoratet ville bli dekket av Glitnirs kulturfond på Island. Hardardottir har som vitne ikke kunnet bekrefte dette, men har uttalt at dersom det ble avtalt dekning, ville dette i tilfelle være fra kulturfondet.

Kulturfondet var et eget rettssubjekt, og Hardardottir var i praksis meddelt fullmakt til å trekke på fondets midler. I og med at det overfor BN Bank ble presisert at det var fondet som skulle dekke utgiftene, må dette legges til grunn. Glitnir er dermed ikke rett debitor for kravet, og motregning er uberettiget.

Glitnir Marathon

Arrangementet Glitnir Marathon hadde eksistert i flere år på Island. Tilsvarende arrangement ble i samarbeid med idrettsklubben Vidar startet opp i Norge i 2007. I følge vitnet Erlend Drilsvik, som var ansvarlig for salgsavdelingen i Trondheim og Oslo, ble det fra ledelsen på Island lovt at kulturfondet på Island skulle dekke utgiftene ved arrangementet. Det samme er bekreftet av vitnet Hardardottir og vitnet Bjørn Richard Johansen. Retten må legge til grunn at det er kulturfondet som er rett debitor for kravet, og at motregning således var uberettiget.

Save & Save

Etter mønster fra tilsvarende kampanje på Island ble spareformen "Save & Save" lansert i Norge. Opplegget gikk ut på at en del av renteinntektene på sparekonti skulle gå til ideelle formål. Hensikten var å øke innskuddsmengden i Norge. Kampanjen ble ingen suksess i Norge, og genererte knapt innskudd i det hele tatt.

I følge vitneforklaringer var det stor skepsis i Norge til dette opplegget. Man fikk imidlertid beskjed fra Island om at dette var et globalt konsept som skulle gjennomføres i alle land hvor Glitnir var representert. I den grad kampanjen genererte innskuddsmidler som ikke umiddelbart trengtes til funding i Norge, skulle disse benyttes på Island og i England. Det ble i følge vitneforklaringer lovt at utgiftene ved kampanjen skulle dekkes fra Island.

Retten finner sannsynliggjort at det fra Glitnirs side ble gitt løfte om å dekke disse utgiftene. Det skulle dreie seg om et globalt markedsføringstiltak som skulle komme konsernet samlet til gode. Det er ingen holdepunkter for at dette skulle dekkes av kulturfondet, og enda mindre at dette i så fall ble klargjort overfor BN Bank. Glitnir er ansvarlig for å dekke markedsføringskostnadene, og dette kravet kan bringes til motregning.

Generell markedsføring 4. kvartal 2008

Det dreier seg i det vesentlige om utgifter til nettannonsering. I følge vitnet Hardardottir hadde man i Norge sitt eget budsjett for dette, som ikke berørte verken Island eller markedsføring globalt. Vitnet Drilsvik har framholdt at økt funding som følge av markedsføringen var forutsatt benyttet også utenfor Norge. Markedsføringstiltak av denne karakter ble gjerne kommunisert med ledelsen på Island muntlig.

Retten kan ikke finne sannsynliggjort at det på noe tidspunkt ble gitt tilsagn fra Glitnir om å dekke generelle markedsføringsutgifter for BN Bank i 2008. Retten finner det heller ikke så klart at markedsføringen skulle komme konsernet som helhet til gode at posteringen i BN Banks regnskap var i strid med reglene om regnskapsføring i aksjeloven § 3 – 9. Selv om det kan tenkes at økt innskuddsmengde i Norge også kunne komme konsernet til gode, ville en økt innskuddsmengde iallfall i første omgang være i BN Banks interesse. Glitnir er derfor ikke ansvarlig for kravet, og kravet kan ikke benyttes til motregning overfor Glitnir.

Salgskostnader

I forbindelse med krisen engasjerte BN Bank rådgivningsselskapet Arctic Securities. Firmaet hadde allerede tidligere vært benyttet av BN Bank, og kjente dermed banken fra før. Avtale ("Mandate Agreement" ble inngått mellom BN Bank og Arctic 8. oktober 2008. Av avtalen framgår bl.a.:

"1.1 The Client intends to sell all or part of the Client either as a sale of shares or as a sale of the assets, rights and liabilities (the "Transaction").

1.2 The Adviser is hereby retained as financial adviser for the Client in relation to the assignment outlined below in section 2 (the "Engagement") on the terms and conditions set out in this mandate agreement ...

...

2.1 The Client wishes to retain the services of the Adviser to ensure an orderly Transaction, in which the shares or assets of the Client and/or its subsidiaries are sold or disposed.

..."

Advokatfirmaet Bahr ble engasjert ved muntlig avtale. BN Bank ble fakturert for tjenestene, første gang ved faktura 5. november 2008. Av vedlegg til fakturaen framgår at den gjelder "juridisk bistand i forbindelse med gjennomføring av strukturelle løsninger i Glitnir Bank ASA i perioden til og med oktober 2008". Det framgår at bistanden bl.a. har bestått i tilrettelegging, utarbeiding av avtaleutkast og bistand i forbindelse med inngåelse av kjøpsavtale. I tillegg omfatter fakturaen arbeid i forbindelse med salg av Glitnir Eiendomsfinans og Glitnir Privatøkonomi, som var datterselskaper av BN bank.

Avtalen med Arctic er undertegnet av administrerende direktør Morten Bjørnsen på vegne av BN Bank. Retten legger til grunn at også avtalen med BHR ble inngått av Bjørnsen på vegne av BN Bank.

Ved vedtak i RC 15. oktober ble Bjørnsen gitt fullmakt til å opptre på RCs vegne i forbindelse med salg av aksjene i Glitnir Bank ASA, herunder også å foreta det nødvendige i anledning salget. Det er ikke dokumentert noen fullmakt til dette forut for 15. oktober. Det er ingen tvil om at RC også før dette tidspunktet var innforstått med at det gikk i retning av salg. Dette var klart etter at Banksikringsfondet 8. oktober satte dette som forutsetning for likviditetsstøtte. Men dette innebærer ikke at RC aksepterte at Glitnir skulle bære kostnadene i den forbindelse. Retten ikke se at det forut for 15. oktober forelå noe samtykke fra rette organer på vegne av Glitnir til å pådra Glitnir kostnader i forbindelse med salget. Heller ikke i ettertid har Glitnir påtatt seg ansvar for disse kostnadene.

Det er et selskapsrettslig prinsipp at utgifter i et konsern skal allokere til det eller de selskaper i hvis interesse de er pådratt. I dette tilfelle var et salg til en gunstig pris klart i Glitnirs interesse. På den annen side var det også viktig for BN Bank å sikre fortsatt drift, noe som bare kunne oppnås gjennom et salg. Bistanden omfattet også BN Banks datterselskaper. Endelig må en gå ut fra at salget også var i kjøperens interesse. Det er ikke holdepunkter for at det var hovedhensynet bak engasjementet av Arctic og Bahr å sikre høyest mulig pris for Glitnir.

Etter det retten kjenner til, er det ikke noe uvanlig eller ekstraordinært at kostnader i forbindelse med salg av aksjene i et selskap belastes det selskapet som overdras. Det vises til Rt. 2000 side 2033, særlig side 2038-2039. At kostnadene skal kunne kreves refundert av selgeren, krever da et særlig grunnlag. Retten kan ikke se at noe slikt grunnlag er sannsynliggjort her. Motregningen var uberettiget når det gjelder salgskostnadene.

Om renter

BN Bank har beregnet misligholdsrenter fra 06.05.09 til 15.11.09. Det er vist til brev av 6. april 2009 fra Sparebank 1 Gruppen AS til advokat Sveinsson, som lyder:

"BN BANK ASA – GLITNIR BANKI HF – OPPGJØR AV MELLOMVÆRENDE

Det vises til tidligere kontakt vedrørende ovennevnte, herunder vårt møte 12. februar 2009 samt brev av 28. mars 2009 fra BN Bank ASA til Glitnir banki hf.

Vedlagt oversendes som avtalt et notat vedrørende oppgjør av mellomværende mellom BN Bank og Glitnir banki hf hvor BN Bank ASA sine krav om Glitnir banki hf gjennomgås nærmere. I tillegg oversendes underliggende dokumentasjon for kravene.

Vi imøteser en tilbakemelding vedrørende forslag til møtetidspunkt og videre fremdrift som skissert i ovennevnte brev."

Retten kan ikke se at brevet er et påkrav i relasjon til lov om renter ved forsinket betaling § 2. Lovens krav er at et påkrav framsettes skriftlig med oppfordring til å betale. Noen slik oppfordring er ikke gitt i brevet. Saksøkte har vist til at dette var unaturlig siden det var

aktuelt å motregne. Men lovens krav er absolutt. Så lenge det ikke er gitt noen betalingsoppfordring, er ikke brevet noe påkrav. Dette har også gode grunner for seg. Der det kan motregnes og begge krav er forfalt, ligger det langt på vei i kreditors egen hånd når det utestående kravet skal inndekkes. Forsinkelsesrentelovens påkravsregel i § 2 gir ikke hjemmel for rentekravet, og noen annen hjemmel er ikke oppgitt. BN Bank var dermed uberettiget til å kreve renter av kravene.

Avregning

BN Bank har opprinnelig motregnet med til sammen NOK 240 350 156.-.

Retten har funnet at motregning var berettiget for følgende motkrav:

Innskudd i islandsk valuta	19 537 828.80
Bonus Morten Bjørnsen	2 500 000.00
Lønn Bjørn Richard Johansen	416 666.00
Save & Save	4 838 777.00

Til sammen NOK 27 293 271.80

Resten, NOK 213 056 884.20 blir å tilbakebetale Glitnir.

Saksøkeren har krevd forsinkelsesrenter fra motregningsdato. NOK 230 537 911.- ble motregnet og belastet med valuta 19. november 2009. NOK 9 812 254.- ble motregnet og belastet med valuta 21. desember 2009. Rentekravet tas til følge for den del av kravet som skal tilbakebetales.

Glitnir har i tillegg krevd dom for tilbakebetaling med tillegg av renter av et beløp på kr. 1 867 917.- som ble debitert Glitnirs konto 31. mars 2009 som følge av for meget godskrevet rente på et utlån. Kravet er erkjent av BN Bank, idet beløpet allerede hadde vært motregnet tidligere.

Den subsidiære påstand om fullbyrdsdom for motkravene – spørsmål om avvisning

I den utstrekning BN Bank ikke får medhold i spørsmålet om motregningsadgang, har saksøkte krevd fullbyrdsdom for motkravene. Av rettens premisser foran framgår at motregning bare godtas for et fåtall av kravene. For de fleste av kravene foreligger ikke motregningsadgang fordi retten ikke har funnet sannsynliggjort at det er Glitnir som er rette debitor eller fordi kravet ikke er godtgjort. For obligasjonslånet har retten nektet motregning fordi BN Bank som enkeltstående obligasjonseier ikke hadde adgang etter obligasjonslåneavtalen til å gå på Glitnir som debitor på selvstendig grunnlag.

Som det framgår foran, gikk bobehandlingen på Island i utgangspunktet ikke inn under de særlige reglene i EU-direktivet av 4. april 2001 om sanering og avvikling av kredittinstitusjoner, fordi beslutningen om avvikling ikke var fattet av kompetent organ

etter direktivets art. 9. Ved lov nr. 32/2010 16. november 2010 ble dette reparert ved at avvikling også for de banker som gikk inn under de midlertidige bestemmelsene, måtte besluttes av retten. Slik beslutning ble fattet av tingretten i Reykjavik 22. november 2010. Etter dette tidspunkt var avviklingen omfattet av EU-direktivets regler. Bakgrunnen for lovendringen skal etter det retten forstår nettopp være det standpunkt som var inntatt bl.a. av en fransk rettsinstans om at direktivet ikke kom til anvendelse fordi beslutningen om avvikling ikke var fattet av forvaltningsorgan eller domstol med ansvar for avviklingen. Det må legges til grunn at direktivets bestemmelser får anvendelse på avviklingsprosessen etter 22. november 2010. Direktivet er bindende både for Island og for Norge.

Etter direktivets art. 3 nr. 2 får beslutning om saneringstiltak – herunder avvikling – virkning i hele fellesskapet. Artikkel 10 bestemmer at avviklingen skal skje i samsvar med reglene i hjemstaten, bl.a. når det gjelder “reglene for fordringers anmeldelse, kontroll og godkjenning”. Dette innebærer at det er avviklingslandet myndigheter som i utgangspunktet med bindende virkning også for andre medlemsstater avgjør spørsmål omkring bobehandlingen, herunder prøvingen av anmeldte fordringer (*lex concursus*). Dette henger sammen med en hevdvunnen oppfatning om at det har de beste grunner for seg at konkursspørsmål generelt behandles av boet der hvor konkursen for øvrig gjennomføres (*lex concursus*).

Den nordiske konkurskonvensjonen av 7. november 1933 inneholder lignende regler. Etter konvensjonen artikkel 12 får den bare anvendelse på avvikling av banker dersom avviklingen utelukker at banken kan tas under konkursbehandling. I følge forklaring fra islandske jurister i retten er det fortsatt mulig etter islandske regler at Glitnir kan tas under konkursbehandling. Dette er i motstrid til hva som antas av Mads Henry Andenæs i en utredning til Justisdepartementet av oktober 2010 (“Norsk internasjonal insolvensrett”) side 28. Som nevnt tidligere, oppfatter retten islandsk lov om finansieringsvirksomhet art. 103a fjerde ledd slik at en avviklingsprosess ikke er til hinder for at institusjonen går konkurs, og at den nordiske konvensjonen derfor ikke gjelder. Det er imidlertid ikke grunn til å ta endelig standpunkt til dette, idet EU-direktivet inneholder omtrent tilsvarende materielle regler.

Det er ikke tvilsomt at motkravene med hjemmel i Luganokonvensjonen artikkel 5 nr. 1 i utgangspunkt har verneting i Norge og kan kreves pådømt her. Etter Luganokonvensjonen art. 1 annet ledd punkt 2 gjelder imidlertid et unntak for konkurs. Unntaket er i Rt. 1996 side 25 beskrevet slik (s. 34):

“En konkurs er altså ikke i seg selv til hinder for pådømmelse i andre land. Eksempelvis vil oppfyllelsesverneting i Luganokonvensjonen art. 5 punkt (1) første alternativ kunne benyttes i saker om kontraktsmessig levering og konsekvensene av et eventuelt mislighold. Konkursunntaket er begrenset til tvister som reguleres av og skal bedømmes etter insolvensrettslige regler, jf. Rognlien side 125. Formålet med konkursunntaket er at konkurstypiske spørsmål skal avgjøres i konkurslandet.

Domstolene i andre land skal ikke ta stilling til konsekvensene av betalingsinnstilling og konkurs.

Eksempler på konkursrelaterte krav som i litteraturen antas omfattet av konkursunntaket i Brusselkonvensjonen og Luganokonvensjonen, er omstøtelse i konkurs, massekrav, separatistkrav vedrørende løssøre, anerkjennelse av fordringer og heving av avtaler etter konkursrettslige bestemmelser, jf Svenne-Smith, Kommenteret Rettsplejelov (1990) side 457, Rognlien side 125, og Pålsson side 45. Konkursunntaket gjelder imidlertid ikke for konkursboets krav rettet mot tredjemann for betaling av konkursskyldnerens fordring på tredjemann oppstått før konkursen, jf. Pålsson l.c. og Rognlien l.c.”

Høyesterett fant under dissens at søksmål ikke kunne anlegges i Norge, bl.a. fordi retten i så fall måtte ta stilling til rekkevidden av italienske konkursrettslige bestemmelser om betalingsutsettelse og forbud mot kreditorbeslag.

I vårt tilfelle dreier det seg om avvikling av en bank, hvor islandsk rett langt på vei gir islandsk konkurslov tilsvarende anvendelse. Det pågår gjeldsforhandlinger, men banken er i fortsatt drift. Avviklingsstyret bestyrer bankens anliggender. BN Bank har krevd fullbyrdsdom, og dersom det skulle være adgang til søksmål i Norge, måtte retten ta standpunkt til en rekke spørsmål av konkursrettslig karakter, herunder hvilken betydning det islandske moratoriet kan tillegges etter norsk rett og hvilken myndighet bankens organer, RC og avviklingsstyret, til ulike tidspunkter har hatt til å handle på vegne av banken og kreditorfellesskapet.

Avviklingsstyret utstedte proklama i mai 2009 med frist for fordringsanmeldelse 26. november 2009. Det ble utstedt en egen orientering til fordringshavere – “How to file a claim – FAQ” – hvor det bl.a. framgår at krav vil bli gjenstand for fordringsprøvelse fra avviklingsstyrets side. Tvister vedrørende fordringer skal av avviklingsstyret henvises til retten.

De krav som kreves pådømt, er alle anmeldt til avviklingsstyret på Island. Når det gjelder krav etter obligasjonslånet, er anmeldelsen gjort av Norsk tillitsmann på vegne av obligasjonseierne. Prøving av kravene må foretas av avviklingsstyret på Island etter islandske regler, og tvist om kravene må eventuelt henvises til islandsk domstol. Det dreier seg om avgjørelser etter insolvensrettslige regler, hvor hensynet bl.a. til likebehandling av fordringshavere er sentralt. Både etter EU-direktivet artikkel 10 og etter Luganokonvensjonen art. 1 annet ledd punkt 2 hører kravet inn under islandsk domsmyndighet. Kravet om pådømmelse av motkravene må derfor avvises.

Sakskostnader

Saken er dels vunnet og dels tapt. Saksøkeren har imidlertid fått medhold i det vesentlige, og retten finner at tungtveiende grunner taler for at saksøkte bør betale sakskostnader, tvisteloven § 20 – 3. Det vises til at saken er forårsaket ved at BN Bank uberettiget foretok

motregning av en rekke krav. På den annen side har saken budt på tvilsomme spørsmål, hvor også BN Bank har fått medhold i flere av påstandsgrunnlagene. Etter en samlet vurdering finner retten at BN Bank bør erstatte halvparten av Glitnirs sakskostnader.

Adv. Sveinsson har levert kostnadsoppgave som legges til grunn. I følge oppgaven utgjør kostnadene NOK 4 676 593.-, hvorav salær NOK 3 725 000.- og merverdiavgift NOK 937 500.-. Rettens gebyr utgjør NOK 35 260.- i tillegg, slik at de samlede kostnader utgjør NOK 4 711 853.-. Halvparten av dette utgjør NOK 2 355 926.50 hvorav merverdiavgift NOK 468 750.-

* * *

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sakens omfang.

⋮

SLUTNING I KJENNELSE

Kravet om pådømmelse av motkravene avvises.

DOMSSLUTNING

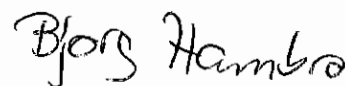
1. BN Bank ASA betaler innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen til Glitnir hf NOK 213 056 884.20 -tohundreogtolvmillionernihundreogsekstusenåttehundreogfire 20/00 - med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd av NOK 203 244 630.20 – tohundreogtremillionerognittifiretusenseks-hundreogtretti 20/00 - fra 16. november 2009 til betaling skjer, og av NOK 9 812 254.- - nimmillioneråttehundreogtolvtusentohundreogfemtifire 0/00 - fra 21. desember 2009 til betaling skjer.
2. BN Bank ASA betaler innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen til Glitnir hf NOK 1 867 917.- - enmillionåttehundreogsekstisjutusennihundreogsyttent 0/00 - med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 31. mars 2009 til betaling skjer.
3. BN Bank ASA betaler innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen sakskostnader til Glitnir med NOK 2 355 926.50 – tomillionertrehundreogfemtifemtusennihundreogtjueseks 50/00- med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.

Retten hevet


Kristian Jahr



Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.



Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegenstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegenstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.