

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Norðurlands eystra miðvikudaginn 27. júní 2012 í máli

nr. X-2/2011:

Glitnir banki hf.

(Ragnar Björgvinsson hdl.)

gegn

[Y]

(Ólafur Rúnar Ólafsson hdl.)

Mál þetta barst með bréfi sóknaraðila, Glitnis banka hf., kt. 000000-0000, [...], 6. október sl., en þar var þess krafist að [Y], kt. 000000-0000, [...], yrði tekið til gjaldþrotaskipta. Sóknaraðili krafðist þess við meðferð málsins að málskostnaður yrði felldur niður.

Varnaraðili, [...], krefst þess að kröfu sóknaraðila verði hafnað. Þá krefst hann málskostnaðar.

Krafa sóknaraðila var fyrst tekin fyrir 27. október sl. Var henni mótmælt og í framhaldi af því þingfest ágreiningsmál þetta. Málsaðilar lögðu fram greinargerðir og önnur gögn. Málið var tekið til úrskurðar að loknum endurflutningi þann 31. maí sl.

I.

Sóknaraðili kveðst í gjaldþrotaskiptabeiðni sinni hafa birt varnaraðila áskorun þann 12. október 2010 þess efnis að hann lýsti því yfir skriflega að hann gæti ekki greitt skuld sína að höfuðstól 651.374.140 krónur og dráttarvexti til 16. september 2011, 285.186.721 krónu, samtals 936.560.861 krónu innan skamms tíma. Sóknaraðili bendir á að áskorunin hafi verið birt stjórnarformanni og prókúruhafa varnaraðila, en engin yfirlýsing hefði borist sóknaraðila. Jafnframt bendir hann á að varnaraðili hafi ekki á fyrri stigum orðið við né mótmælt ítrekuðum innheimtubréfum, nánar

tiltekið innheimtubrési dags. 17. september 2009, ítrekun innheimtubrési dags. 10. nóvember 2009, innheimtuviðvörum dags. 23. júní 2010 og fyrrnefndri áskorun dags. 1. október 2010. Er um lagarök vísað til 5. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21, 199 um gjaldþrotaskipti og fleira.

Í greinargerð sóknaraðila gerir hann grein fyrir viðskiptum aðila og staðhæfir að skuld varnaraðila byggist á sex afleiðusamningum, sem eigi rætur að rekja til samninga sem gerðir hafi verið þeirra í millum í febrúarmánuði 2008. Með samningunum hafi varnaraðili einna helst tekið gjaldfallsáhættu á Kaupþing banka hf., nánar tiltekið hvort Kaupþing myndi greiða skuld sína af framvirku skuldabréfi í erlendri mynt, KAUP 01/10.

Sóknaraðili byggir á því að auk kvittana hvers samnings gildi um viðskiptin *almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti* sóknaraðila og varnaraðila, (Markaðsskilmálar sóknaraðila). Fyrirsvarsmenn varnaraðila hafi kynnt sér skilmálana og undirritað þá þann 19. mars 2008. Sóknaraðili bendir enn fremur á að um nefnd viðskipti gildi *almennir skilmálar fyrir skiptasamninga*, útgefnir af Sambandi íslenskra viðskiptabanka og Sambandi íslenskra sparisjóða, 1. útgáfa, febrúar 1998 (svonefndir „SFF skilmálar“), sbr. 10. gr. Markaðsskilmála sóknaraðila.

Sóknaraðili gerir í gjaldþrotabeiðni og greinargerð nánar grein fyrir þeim sex afleiðusamningum sem hann reisir mál sitt á með svofelldum hætti:

1. Gjaldmiðlaskiptasamningur, GS08071507

Sóknaraðili vísar til þess að samningurinn hafi samningsdag 15. júlí 2008, en sé með endanlegan lokadag 15. október 2008. Samningurinn eigi sér lengri forsögu, en hann hafði verið framlengdur tvisvar sinnum. Nánar tiltekið hafi þann 15. febrúar 2008 verið gerður samningur með auðkenninu GS08021811, með lokadegi 15. apríl sama ár. Staðhæfir sóknaraðili að á nefndum lokadegi hafi tap varnaraðila vegna samningsins verið 2.973.054 krónur. Í stað uppgjors hafi samningurinn verið framlengdur með samningi með auðkenninu GS08041501, en þar hafi samningsdagur verið 15. apríl 2008 og lokadagur 15. júlí 2008. Á lokadegi greinds samnings hafi tap varnaraðila vegna þess samnings verið 5.483.698 krónur. Í stað uppgjors hafi síðastnefndur samningur verið framlengdur með samningi með auðkenninu GS08071507, sem krafa sóknaraðila byggist m.a. á.

Sóknaraðili vísar til þess að nefndur samningur, GS0807150, feli í sér skuldbindingu aðila til að greiða gengisbreytingar erlendra gjaldmiðla, USD 2.000.000 gagnvart ISK 133.500.000, annars vegar og gengisbreytingar skuldabréfsins KAUP 01/10, 2.000.000 einingar að nafnvirði með upphafsgengið 1, hins vegar. Þar að auki feli samningurinn í sér skyldu varnaraðila til að greiða 16,06% vexti auk 60 punkta álags af ISK 133.500.000. Samningurinn geri sóknar- og varnaraðila eins setta fjárhagslega og tekið sé lán í erlendum myntum til þess að fjárfesta í skuldabréfi en uppgjör fari fram með nettógreiðslum af hagnaði/tapi fjármögnunar auk vaxta ásamt gengi skuldabréfa í stað endurgreiðslu láns og afhendingar skuldabréfs. Greiðsluskylda hvors aðila samkvæmt greindum samningi sundurliðast svo:

Uppgjör vegna gengisbreytinga: Hvað varðar gengisbreytingar USD 2.000.000 gagnvart ISK 133.500.000, kveður samningurinn á um að ef samanlagt jafngildi erlendu fjárhæðanna í USD hefur lækkað í lok samnings ber sóknaraðila að greiða til varnaraðila breytinguna (nettófjárhæðina) sem orðið hafði á samanlögðu jafngildi erlendu fjárhæðanna í USD frá upphafi til loka samnings, en hafi samanlagt jafngildi erlendu fjárhæðanna í USD hækkað í lok samnings, ber varnaraðila að greiða til sóknaraðila breytinguna (nettófjárhæðina) sem orðið hafði á samanlögðu jafngildi erlendu fjárhæðanna í USD frá upphafi til loka samnings. Við útreikning á gengisbreytingunni skyldi miða við gengi í upphafi og nýtt gengi bankans í lok samnings þann 15. október 2008 sem var 0,0091174353333 (gengi ISK gagnvart USD. $1/0,0091174353333 = 109,67$, sem er gengi USD gagnvart ISK þann 15. október 2008 er tap varnaraðila var reiknað út). Þar sem samanlagt jafngildi erlendu fjárhæðanna hafði lækkað bar sóknaraðila að greiða mismuninn, samtals USD -782.823 (USD 2.000.000 – (ISK 133.500.000/ISK 109,67) = USD 782.823).

Uppgjör vegna skyldu varnaraðila til að greiða vexti: Í samræmi við framangreint bar varnaraðila samkvæmt samningnum að greiða 16,06% vexti auk 60 punkta álags af ISK 133.500.000. Vaxtatímabilið náði yfir allt samningstímabilið, frá 15. júlí 2008 til 15. október 2008. Á lokadegi samnings bar varnaraðila því að greiða sóknaraðila ISK 5.684.824, sem nemur USD 51.831 á þeim degi.

Uppgjör vegna gengisbreytinga KAUP 01/10: Samningurinn kveður á um að hafi verð skuldabréfanna KAUP 01/10 lækkað í lok samnings beri varnaraðila að greiða til sóknaraðila breytinguna sem orðið hefur á verði skuldabréfanna frá upphafi til loka samnings, en hafi þau hækkað beri sóknaraðila að greiða til varnaraðila breytinguna sem orðið hefur á verði skuldabréfanna frá upphafi til loka samnings. Skuldabréfin eru að nafnverði kr. 2.000.000 og upphafsgengi þeirra var 1,0 en lokagengi 0,055. Heildareign í upphafi samnings var kr. 2.000.000 en í lok 110.000. Greiðsluskylda varnaraðila vegna gengisbreytinga skuldabréfanna nemur því USD 1.890.000.

Í samræmi við framangreint nemur krafa sóknaraðila vegna samnings með auðkennið GS08071507 samtals USD 1.159.009 (USD 1.890.000 + USD 51.831 - USD 782.823) sem nemur ISK 127.120.107,- m.v. miðgengi Seðlabanki Íslands á USD sem var 109,68 á lokadegi samningsins (dskj. 36).

Sóknaraðili byggir á því að í tengslum við ofangreindan samning, GS08071707, hafi aðilar gert með sér sérstakan gjaldmiðlaskiptasamning með auðkennisnúmerinu CIRS3289. Lýsir hann samningnum þannig:

Samningsdagur 15. febrúar 2008 og lokadagur 15. janúar 2010. Samkvæmt samningnum bar sóknaraðila og varnaraðila að skiptast á höfuðstólsgreiðslum í upphafi og lok samningstíma og skiptast á vaxtagreiðslum yfir samningstímann. Þannig bar sóknaraðila í upphafi að greiða varnaraðila USD 2.000.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á ISK 133.500.000. Í lok samningsins bar sóknaraðila að greiða varnaraðila ISK 133.500.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á USD 2.000.000. Greiðslu vegna höfuðstólsskipta í upphafi og lok

samnings bar að netta/skuldajafna. Þá bar varnaraðila frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 2010 að greiða sóknaraðila á þriggja mánaða fresti, þriggja mánaða LIBOR millibankavexti af USD 2.000.000 auk 0,7% álags. Gegn því bar sóknaraðila að greiða varnaraðila á þriggja mánaða fresti, frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 201, þriggja mánaða REIBOR millibankavexti af ISK 133.500.00, auk 3,95% vaxtaálags. Tilgangur með gerð samningsins var að breyta greiðsluflæði úr USD í ISK samkvæmt framangreindum samningi með auðkennið GS08071507 (upprunalega GS08021811), enda nema höfuðstólsskipti samnings CIRS 3289 sömu fjárhæðum og þeim sem um ræðir í samningi GS08071507 (USD 2.000.000 annars vegar og ISK 133.500.000 hins vegar). Samningnum er einnig ætlað að breyta vaxtagreiðslum af skuldabréfi því sem er undirliggjandi í samningi með auðkennið GS08071507, KAUP 01/10, úr USD vöxtum yfir í ISK vexti, nánar tiltekið nema vaxtagreiðslur af KAUP 01/10 skuldabréfinu þriggja mánaða USD LIBOR vöxtum auk 0,7% álags á þriggja mánaða fresti. Þá sömu vexti ber varnaraðila að greiða samkvæmt CIRS 3289, en fær á móti greiðslu frá sóknaraðila sem nemur þriggja mánaða REIBOR vöxtum auk 3,95% álags. Þá segir í viðskiptakvittun samnings CIRS 3289 að samningurinn sé gerður samhliða framvirkum samningi í skuldabréfi KAUP 01/10. Framangreindur tilgangur er jafnframt staðfestur í símtali fyrirvarsmanns varnaraðila til þáverandi starfsmanns sóknaraðila dags. 28. mars 2008, frá klukkan 14:33:22 til 14:36:21.

Samningurinn hefur verið í vanskilum frá 15. október 2008. Á þeim degi bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 17.841 (sem samsvarar ISK 1.956.800,88 á þeim degi ($17.841 \times 109,68 = 1.956.800,88$)) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.915.582. Þann 15. janúar 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 27.868,33 (sem samsvara ISK 3.578.293,572 á þeim degi ($27.868,33 \times 128,4 = 3.578.293,572$)) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.928.336. Þann 15. apríl 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 8.971,9 (sem samsvara ISK 1.143.917,25 ($8.971,9 \times 127,5 = 1.143.917,25$ (dskj. 42)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 7.553.280. Þann 15. júlí 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 9.257,99 (sem samsvara ISK 1.182.800,802 ($9.257,99 \times 127,76 = 1.182.800,802$)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.307.513. Þann 15. október 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 6.181,28 (sem samsvara ISK 760.050,1888 ($6.181,28 \times 122,96 = 760.050,1888$ (dskj. 44)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 4.179.407. Þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 5.031,28 (sem samsvara ISK 629.211,8768 ($5.031,28 \times 125,06 = 629.211,8768$)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila á ISK 4.308.667. Á lokadegi samningsins þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 2.000.000 (sem samsvara ISK 250.120.000 ($2.000.000 \times 125,06 = 250.120.000$)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 134.880.000. Í samræmi við framangreint sundurliðast eftirstöðvar samningsins með eftirfarandi hætti:

Aðili	Greiðsla	Skýring
Varnaraðili	ISK 1.956.801	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.10.2008.

Varnaraðili	ISK 3.578.294	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.01.2009.
Varnaraðili	ISK 1.143.917	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.04.2009.
Varnaraðili	ISK 1.182.801	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.07.2009.
Varnaraðili	ISK 760.050	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.10.2009.
Varnaraðili	ISK 629.212	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.01.2010.
Varnaraðili	ISK 250.120.000	Ógreiddur höfuðstóll m.v. 15.01.2010.
Sóknaraðili	ISK 6.915.582	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.10.2008.
Sóknaraðili	ISK 6.928.336	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.01.2009.
Sóknaraðili	ISK 7.553.280	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.04.2009.
Sóknaraðili	ISK 6.307.513	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.07.2009.
Sóknaraðili	ISK 4.179.407	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.10.2009.

Sóknaraðili	ISK 4.308.667	Ógreidd vaxtagreiðsla m.v. 15.01.2010.
Sóknaraðili	ISK 134.880.000	Ógreiddur höfuðstóll m.v. 15.01.2010.
Nettó	ISK 88.298.290	Skuld varnaraðila m.v. 15.01.2010.

Í samræmi við viðskiptakvittun samningsins, sem og 4. gr. Markaðsskilmála sóknaraðila, skulu skyldur aðila samkvæmt framangreindum samningi jafnast hvor á móti annarri með skuldajöfnuði við vanefnd. Eftir skuldajöfnuð nemur nettó greiðsluskylda varnaraðila vegna þessa samnings því ISK 90.150.382.

2. Gjaldmiðlaskiptasamningur, GS08071529

Samningsdagur 15. júlí 2008, með endanlegan lokadag 15. október 2008. Sóknaraðili vísar til þess að þessi samningur eigi sér lengri forsögu, en hann hafi verið framlengdur tvisvar sinnum. Nánar tiltekið hafi þann 19. febrúar 2008 verið gerður samningur með auðkenninu GS08022811 með lokadegi 15. apríl sama ár. Á lokadegi þess samnings hafi skuld varnaraðila við sóknaraðila verið 2.894.901 króna. Í stað uppgjors hafi síðastnefndur samningur verið framlengdur í samning með auðkenninu GS08041508, samningsdagur 15. apríl 2008 og lokadagur 15. júlí 2008. Á lokadegi þess samnings hafi skuld varnaraðila við sóknaraðila verið 5.540.383 krónur. Í stað uppgjors hafi sá samningur verið framlengdur í samning með auðkenninu GS08071529, sem krafa sóknaraðila byggist á.

Sóknaraðili bendir á að nefndur samningur, GS08071529, feli í sér skuldbindingu aðila til að greiða gengisbreytingar erlendra gjaldmiðla, USD 2.000.000 gagnvart ISK 134.880.002, annars vegar og gengisbreytingar skuldabréfsins KAUP 01/10, 2.000.000 einingar að nafnvirði með upphafsgengið 1, hins vegar. Þar að auki feli samningurinn í sér skyldu varnaraðila til að greiða 16,21% vexti auk 45 punkta álags af ISK 134.880.002. Samningurinn geri sóknar- og varnaraðila eins setta fjárhagslega og tekið sé lán í erlendum myntum til þess að fjárfesta í skuldabréfi en uppgjör fari fram með nettógreiðslum af hagnaði/tapi fjármögnunar auk vaxta og gengis skuldabréfa í stað endurgreiðslu láns og afhendingar skuldabréfs.

Greiðsluskyldu hvors aðila samkvæmt nefndum samningi sundurliðar sóknaraðili með líkum hætti og lýst er hér að framan varðandi samning 1, þ. á m. vegna gengisbreytinga, uppgjors vaxta og vegna gengisbreytinga KAUP 01/10. Hann segir að í samræmi við framangreint nemi krafa sóknaraðila vegna nefnds samnings samtals USD 1.172.126 (USD 1.890.000 + USD 52.367 – USD 770.241) sem nemur ISK 128.558.780,- m.v. miðgengi Seðlabanka Íslands sem var 109,68 á

lokadegi samningsins.

Sóknaraðili byggir á því að í tengslum við ofangreindan samning, GS08071529, hafi aðilar gert með sér sérstakan gjaldmiðlaskiptasamning með auðkennisnúmerinu CIRS3308. Lýsir hann samningnum þannig:

Samningsdagur 20. febrúar 2008 og lokadagur 15. janúar 2010. Samkvæmt samningnum bar sóknaraðila og varnaraðila að skiptast á höfuðstólsgreiðslum í upphafi og lok samningstíma og skiptast á vaxtagreiðslum yfir samningstímamann. Þannig bar sóknaraðila í upphafi að greiða varnaraðila USD 2.000.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á ISK 134.880.000. Í lok samningsins bar sóknaraðila að greiða varnaraðila ISK 134.880.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á USD 2.000.000. Greiðslu vegna höfuðstólsskipta í upphafi og lok samningsins bar að nettast. Þá bar varnaraðila frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 2010 að greiða sóknaraðila á þriggja mánaða fresti, þriggja mánaða LIBOR millibankavexti af USD 2.000.000 auk 0,7% álags. Gegn því bar sóknaraðila að greiða varnaraðila frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 2010 þriggja mánaða REIBOR millibankavexti af ISK 133.500.00 á þriggja mánaða fresti, auk 4% vaxtaálags. Tilgangur með gerð samningsins var að breyta greiðsluflæði úr USD í ISK samkvæmt framangreindum samningi með auðkennið GS08071529 (upprunalega GS08022811), enda nema höfuðstólsskipti samningsins með auðkennið CIRS 3308 sömu fjárhæðum og þeim sem um ræðir í samningi með auðkennið GS08071529 (USD 2.000.000 annars vegar og ISK 134.880.000 hins vegar). Samningnum er einnig ætlað að breyta vaxtagreiðslum af skuldabréfi því sem er undirliggjandi í samningi með auðkennið GS08071529, KAUP 01/10, úr USD vöxtum yfir í ISK vexti. Nánar tiltekið nema vaxtagreiðslur af KAUP 01/10 skuldabréfinu þriggja mánaða USD LIBOR vöxtum auk 0,7% álags á þriggja mánaða fresti. Þá sömu vexti ber varnaraðila að greiða samkvæmt samningi með auðkennið CIRS 3308, en fær á móti greiðslu frá sóknaraðila sem nemur þriggja mánaða REIBOR vöxtum auk 4% álags. Þá segir viðskiptakvittun samningsins CIRS 3308 að samningurinn sé gerður samhliða framvirkum samningi í skuldabréfi KAUP 01/10. Framangreindur tilgangur er jafnframt staðfestur í símtali fyrrsvarsmanns varnaraðila til þáverandi starfsmanns sóknaraðila þann 28. mars 2008, frá klukkan 14:33:22 til 14:36:21 (dskj. 26).

Samningurinn hefur verið í vanskilum frá 15. október 2008. Á þeim degi bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 17.841 (sem samsvarar ISK 1.956.800,88 á þeim degi ($17.841 \times 109,68 = 1.956.800,88$)) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.915.582. Þann 15. janúar 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 27.868,33 (sem samsvara ISK 3.578.293,572 á þeim degi ($27.868,33 \times 128,4 = 3.578.293,572$)) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.928.336. Þann 15. apríl 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 8.971,9 (sem samsvara ISK 1.143.917,25 ($8.971,9 \times 127,5 = 1.143.917,25$)) á þeim degi gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 7.553.280. Þann 15. júlí 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 9.257,99 (sem samsvara ISK 1.182.800,802 ($9.257,99 \times 127,76 = 1.182.800,802$)) á þeim degi gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.307.513. Þann 15. október 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 6.181,28 (sem samsvara ISK 760.050,1888 ($6.181,28 \times 122,96 = 760.050,1888$)) á þeim degi gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á

ISK 4.179.407. Þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 5.031,28 (sem samsvara ISK 629.211,8768 ($5.031,28 \times 125,06 = 629.211,8768$) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila á ISK 4.308.667. Á lokadegi samningsins þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 2.000.000 (sem samsvara ISK 250.120.000 ($2.000.000 \times 125,06 = 250.120.000$) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 134.880.000.

Í samræmi við framangreint sundurliðar sóknaraðili eftirstöðvar samningsins með líkum hætti og hér að framan var greint varðandi samning með auðkennisnúmerið CIRS3208 og staðhæfir að í samræmi við viðskiptakvittun samningsins sem og 4. gr. Markaðsskilmála sóknaraðila skyldu skyldur aðila samkvæmt samningnum jafnast hvor á móti annarri með skuldajöfnuði við vanefnd. Eftir skuldajöfnuð hafi nettó greiðsluskylda varnaraðila vegna þessa samnings verið ISK 88.298.290.

3. Gjaldmiðlaskiptasamningur, GS08071525

Samningsdagur 15. júlí 2008, með endanlegan lokadag 15. október 2008. Sóknaraðili vísar til þess að samningurinn eigi sér lengri forsögu, en hann hafði verið framlengdur tvisvar sinnum. Nánar tiltekið hafi þann 29. febrúar 2008 verið gerður samningur með auðkenninu GS08031306 með lokadag 15. apríl sama ár. Á lokadegi þessa samnings hafi tap varnaraðila við sóknaraðila verið 2.448.651 króna. Í stað uppgjors hafi síðastnefndur samningur verið framlengdur í samning með auðkenninu GS08041541, samningsdagur 15. apríl 2008 og lokadagur 15. júlí 2008. Á lokadegi þess samnings hafi skuld varnaraðila við sóknaraðila verið 5.396.616 krónur. Í stað uppgjors hafi samningnum verið framlengt í samning með auðkenninu GS08071525, sem krafa sóknaraðila byggist á.

Sóknaraðili bendir á að samningurinn feli í sér skuldbindingu aðila til að greiða gengisbreytingar erlendra gjaldmiðla, USD 2.000.000 gagnvart ISK 131.380.000, annars vegar og gengisbreytingar skuldabréfsins KAUP 01/10, 2.000.000 einingar að nafnvirði með upphafsgengið 1, hins vegar. Þar að auki feli samningurinn í sér skyldu varnaraðila til að greiða vexti af fjárhæðum í erlendum myntum, nánar tiltekið að greiða 16,21% vexti auk 45 punkta álags af ISK 131.380.000. Samningurinn geri sóknar- og varnaraðila eins setta fjárhagslega og tekið sé lán í erlendum myntum til þess að fjárfesta í skuldabréfi en uppgjör fari fram með nettógreiðslum af hagnaði/tapi fjármögnunar auk vaxta ásamt gengi skuldabréfa í stað endurgreiðslu láns og afhendingar skuldabréfs.

Sóknaraðili sundurliðar greiðsluskyldu og uppgjör hvors samningsaðila samkvæmt síðastnefndum samningi, þ. á m. vegna gengisbreytinga, vegna skyldu varnaraðila til að greiða vexti, vegna gengisbreytinga KAUP 01/10 með sambærilegum hætti og lýst var hér að framan varðandi samning 1. Þá segir hann að í samræmi við það nemi krafa hans vegna nefnds samnings með auðkennið GS08071525 samtals USD 1.138.856 (USD 1.890.000 + USD 51.008 – USD 802.152) sem nemur ISK 124.909.836,- m.v. miðgengi Seðlabanki Íslands sem var 109,68 á lokadegi samningsins.

Sóknaraðili byggir á því að í tengslum við ofangreindan samning, GS08071525, hafi aðilar gert með sér sérstakan gjaldmiðlaskiptasamning með auðkennisnúmerinu CIRS3334. Lýsir hann samningnum þannig:

Samningsdagur 29. febrúar 2008 og lokadagur 15. janúar 2010. Samkvæmt samningnum bar sóknaraðila og varnaraðila að skiptast á höfuðstólsgreiðslum í upphafi og lok samningstíma og skiptast á vaxtagreiðslum yfir samningstímamann. Þannig bar sóknaraðila í upphafi að greiða varnaraðila USD 2.000.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á ISK 131.380.000. Í lok samningsins bar sóknaraðila að greiða varnaraðila ISK 131.380.000 gegn greiðslu varnaraðila til sóknaraðila á USD 2.000.000. Greiðslu vegna höfuðstólsskipta í upphafi og lok samningsins bar að nettast. Þá bar varnaraðila frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 2010 að greiða sóknaraðila á þriggja mánaða fresti, þriggja mánaða LIBOR millibankavexti af USD 2.000.000 auk 0,7% álags. Gegn því bar sóknaraðila að greiða varnaraðila frá og með 15. apríl 2008 til og með 15. janúar 2010 þriggja mánaða REIBOR millibankavexti af ISK 131.380.000 á þriggja mánaða fresti, auk 4,2% vaxtaálags. Tilgangur með gerð samningsins var að breyta greiðsluflæði samkvæmt framangreindum samningi með auðkennið GS08071525 (upprunalega GS08031306) úr USD í ISK, enda nema höfuðstólsskipti samnings CIRS 3334 sömu fjárhæðum og þeim sem um ræðir í samningi með auðkennið GS08071525 (USD 2.000.000 annars vegar og ISK 131.380.000 hins vegar). Samningnum er einnig ætlað að breyta vaxtagreiðslum af skuldabréfi því sem er undirliggjandi í GS08071525, KAUP 01/10, úr USD vöxtum yfir í ISK vexti, nánar tiltekið nema vaxtagreiðslur af KAUP 01/10 skuldabréfinu þriggja mánaða USD LIBOR vöxtum auk 0,7% álags á þriggja mánaða fresti (dskj. 38). Þá sömu vexti ber varnaraðila að greiða samkvæmt CIRS 3334, en fær á móti þriggja mánaða REIBOR vexti auk 4,2% álags. Þá segir viðskiptakvittun samnings CIRS 3289 að samningurinn sé gerður samhliða framvirkum samningi í skuldabréfi KAUP 01/10. Framangreindur tilgangur er staðfestur í símtali fyrirsvarsmanns varnaraðila til þáverandi starfsmanns sóknaraðila þann 28. mars 2008, frá klukkan 14:33:22 til 14:36:21.

Samningurinn hefur verið í vanskilum frá 15. október 2008. Á þeim degi bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 17.841 (sem samsvarar ISK 1.956.800,88 á þeim degi ($17.841 \times 109,68 = 1.956.800,88$)) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.803.280. Þann 15. janúar 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 27.868,33 (sem samsvara ISK 3.578.293,572 á þeim degi ($27.868,33 \times 128,4 = 3.578.293,572$ (dskj. 41))) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.815.702. Þann 15. apríl 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 8.971,9 (sem samsvara ISK 1.143.917,25 ($8.971,9 \times 127,5 = 1.143.917,25$) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 7.422.970. Þann 15. júlí 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 9.257,99 (sem samsvara ISK 1.182.800,802 ($9.257,99 \times 127,76 = 1.182.800,802$) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 6.210.260. Þann 15. október 2009 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 6.181,28 (sem samsvara ISK 760.050,1888 ($6.181,28 \times 122,96 = 760.050,1888$ (dskj. 44)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 4.138.105. Þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 5.031,28 (sem samsvara ISK 629.211,8768 ($5.031,28 \times 125,06 = 629.211,8768$ (dskj. 37)) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 4.264.011. Á lokadegi samningsins þann 15. janúar 2010 bar varnaraðila að greiða sóknaraðila USD 2.000.000 (sem samsvara

ISK 250.120.000 ($2.000.000 \times 125,06 = 250.120.000$) á þeim degi) gegn greiðslu sóknaraðila til varnaraðila á ISK 131.380.000. Í samræmi við framangreint sundurliðast eftirstöðvar samningsins með líkum hætti og í samningi auðkenndum CIRS3289 hér að framan.

Í samræmi við kvittun samningsins sem og 4. gr. Markaðsskilmála sóknaraðila skyldu skyldur aðila samkvæmt framangreindum samningi jafnast hvor á móti annarri með skuldajöfnuði við vanefnd. Eftir skuldajöfnuð hafi nettó greiðsluskylda varnaraðila vegna þessa samnings verið ISK 92.336.747.

Sóknaraðili segir að samkvæmt framansögðu nemi greiðsluskylda varnaraðila vegna afleiðusamninganna sex samtals að höfuðstól 651.374.141 krónu.

Sóknaraðili byggir á því að í samræmi við fyrrgreinda Markaðsskilmála sóknaraðila, 4. gr., sem og 40. gr. laga nr. 108, 2007 um verbréfavíðskipti hafi skuldbindingum aðila innan hvers samnings og milli samninga verið skuldajafnað, enda hefðu öll víðskipti á grundvelli skilmálanna verið gjaldfelld. Þá segir hann að heimild til að umreikna skuldbindingar úr erlendum myntum yfir í íslenskar krónur séu byggðar á fyrirnefndri 4. gr. Sóknaraðili bendir á að á grundvelli 8. gr. áðurnefndra SFF skilmála, sem og 5. og 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, hafi varnaraðila borið að greiða sóknaraðila dráttarvexti á framangreinda skuld frá gjalddaga hvers samnings til greiðsludags. Dráttarvaxtakrafa sóknaraðila nemi, miðað við 31.10.2011, 285.186.721 krónu.

Um tilurð framangreindra afleiðusamninga vísar sóknaraðili til þess að með umsókn, dagsettri 21. febrúar 2008, hafi stjórnarformaður varnaraðila, B, f.h. varnaraðila, óskað þess að sóknaraðili færi með hann sem fagfjárfesti í öllum víðskiptum sínum er tengdust verðbréfum í samræmi við 24. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Sóknaraðili bendir á að í umsókninni hafi m.a. verið tekið fram að þekking og reynsla fyrirsvarsmanns varnaraðila væri sú að hann væri löggiltur verðbréfamiðlari, framkvæmdastjóri og fjármálastjóri. Þá hafi í umsókninni verið tilgreint að varnaraðili hefði átt í umtalsverðum verðbréfavíðskiptum undanfarin misseri. Að auki hafi þar verið tekið fram að eign varnaraðila á bankareikningi næmi a.m.k. 500.000 evrum að frádreginni skuldsetningu. Sóknaraðili bendir jafnframt á að í spurningalista, sem fyrirsvarsmáður varnaraðila hafi fyllt út og skrifað undir þann 6. mars 2008, sbr. ákvæði 15. gr. laga nr. 108, 2007, hafi verið staðhæft m.a. að meðalfjöldi víðskipta varnaraðila með skuldabréf á ári væru um 1-40 talsins að fjárhæð yfir 500 milljónum króna, að fjöldi víðskipta hans með hlutabréf væri yfir 80 talsins fyrir 100-500 milljónir króna, að víðskipti hans með gjaldeyri væru yfir 80 talsins fyrir yfir 500 milljónir króna og afleiðugerningar væru yfir 80 talsins fyrir fjárhæð meira en 500 milljónir króna. Þá hafi fyrirsvarsmáðurinn tiltekið að markmið varnaraðila með fjárfestingum væri vöxtur, að fjárfestingartímabil væri meira en 10 ár og að hámarkstap sem félagið væri tilbúið að sætta sig við á slökku ári næmi að hámarki 35%.

Segir sóknaraðili að í ljósi framangreindra upplýsinga varnaraðila hafi hann uppfyllt skilyrði 1. mgr. 24. gr. laga nr. 107, 2007 um verðbréfavíðskipti, hafi varnaraðili í framhaldi af því verið flokkaður sem fagfjárfestir, þann 10. mars 2008.

Sóknaraðili bendir á að við fyrirtöku málsins fyrir dómi þann 27. október 2011 hafi fyrirsvarsmáður varnaraðila borið því við að sóknaraðili hefði engin gögn lagt fram, og þá ekki undirritaða afleiðusamninga sem krafa hans um gjaldþrotaskipti sé reist á. Hafi í því sambandi m.a. verið vísað til tölvupósts varnaraðila frá 10. október 2008. Sóknaraðili segir að vegna greindra athugasemda hafi þeir samningar, sem hér að framan hafi verið raktir, verið lagðir fram. Sóknaraðili bendir og á að ástæða þess að umræddir samningar séu einungis undirritaðir af sóknaraðila sé sú að varnaraðila hafi láðst að skila undirrituðum eintökum samninganna, líkt og félaginu hafi borið að gera. Staðhæfir sóknaraðili að fyrirsvarsmáður varnaraðila hafi fengið afrit umræddra samninga senda í tölvupósti þann 8. apríl 2008, sbr. dskj. nr. 39. Í greindum tölvupósti hafi þess sérstaklega verið óskað að undirrituð eintök yrðu send á heimilisfang sóknaraðila eða til sóknaraðila með faxi. Hafi sú framkvæmd verið í samræmi við 4. mgr. 2. gr. Markaðsskilmála sóknaraðila þar sem segi að viðskiptamaður skuldbindi sig til að senda undirrituð eintök til bankans (sóknaraðila) á tryggilegan hátt innan þriggja daga frá því að honum berast þeir samningar sem gerðir hafa verið. Sóknaraðili áréttar að varnaraðili hafi verið flokkaður sem fagfjárfestir í skilningi laga nr. 108, 2007 í samræmi við umsókn hans. Af þeim sökum hefði ekki verið þörf á að fá samninga þá sem krafa hans byggir á undirritaða, enda hvíli slík skylda einungis á sóknaraðila gagnvart almennum fjárfestum í samræmi við 9. gr. laga nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti.

Sóknaraðili byggir á því að enginn vafi leiki á því að samningar þeir sem krafa hans sé reist á séu skuldbindandi fyrir varnaraðila. Í því sambandi bendir hann á að varnaraðili hafi lagt fram þann 12. mars 2008 fjármuni til tryggingar greiðslu skuldbindinga sinna, samkvæmt afleiðusamningunum, sbr. handveðsyfirlýsingu nr. 111773, en með henni hafi verið settir að handveði innistæður vörslureiknings nr. 72279 í eigu varnaraðila. Þá hafi peningafærslur átt sér stað á bankareikningi sóknaraðila númer 582-26-288 í tengslum við þá samninga sem krafa sóknaraðila byggist á. Loks hafi fyrirsvarsmáður varnaraðila staðfest tilvist og tilgang þeirra samninga sem um ræðir í málinu í símtali milli hans og fyrrverandi starfsmanns sóknaraðila, annars vegar í símtali dags. 28. mars 2008 kl. 14:33:22-14:36:21 og hins vegar með símtali dags. 2. október 2008 kl. 14:46:34-14:54:36. Við flutning var af hálfu sóknaraðila jafnframt til þess vísað að í símtali 15. júlí 2008 hafi fyrirsvarsmáður varnaraðila borið að hann hefði ráðstafað fjármunum sem varnaraðili hafi átt að fá vegna vaxtamunar sem til hafði orðið vegna umræddra afleiðusamninga.

Sóknaraðili byggir á því að skilyrði 5. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21, 1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. séu uppfyllt. Varnaraðili hafi ekki sýnt fram á að félagið sé fært um að standa skil á skuldbindingum sínum gagnvart sóknaraðila, sem séu allar komnar í gjalddaga, eða sýnt fram á að félagið verði til þess fært innan skamms tíma. Bendir sóknaraðili í því sambandi á að varnaraðili hafi ekki skilað ársreikningum síðustu ár, en síðasti ársreikningur félagsins sé dagsettur 19. september 2008 og sé hann fyrir tekjuárið 2007. Í þeim ársreikningi komi fram að eignir félagsins nemi samtals 8.383.973 krónum og af því nemi bókfært eigið fé í

árslok 2007 6.617.844 krónum. Hafi fjárhagsleg staða varnaraðila ekki batnað sé ljóst að félagið sé ekki fært um að standa skil á skuldbindingum sínum gagnvart sóknaraðila.

Um lagarök er af hálfu sóknaraðila að öðru leyti vísað til laga nr. 21, 1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., laga nr. 91, 1991 um meðferð einkamála og laga nr. 108, 2007, um verðbréfavíðskipti. Auk þess vísar sóknaraðili til meginreglna samninga- og kröfuréttar um skuldbindandi samninga.

II.

Varnaraðili, [...] reisir kröfur sínar í málinu á því að engir samningar séu í gildi sem sóknaraðili geti grundvallað kröfu sína á. Sóknaraðili eigi því engar kröfur á hendur varnaraðila og því beri að hafna gjaldþrotaskiptakröfu hans.

Varnaraðili byggir á því að engir þeir samningar sem sóknaraðili hafi lagt fram til stuðnings kröfum sínum séu undirritaðir eða á annan hátt samþykktir af varnaraðila. Beri sóknaraðili hallann af slíkum sönnunarskorti. Bendir varnaraðili á að gera eigi sérstaklega ríkar kröfur til bankans að þessu leyti. Verði þannig að gera þær kröfur til viðskiptabanka að endanlegur frágangur skjala og samninga fari fram án ástæðulauss dráttar, en sé það ekki gert verði bankinn að bera hallann af sönnunarvandanum um inntak samninga sem upp kunni að rísa.

Varnaraðili byggir á því að sóknaraðili hafi enga ástæðu til að ætla að samningar gerðir í febrúar 2008, og aðrir samningar sem leiði af þeim, séu gildir á milli málsaðila, enda hafi varnaraðili neitað því að umræddir samningar hafi komist á. Krafa sóknaraðila um gjaldþrotaskipti eigi sér því ekki viðhlítandi grunn og geti greiðsluáskorun ekki verið grundvöllur að gjaldþrotaskiptabeiðni sóknaraðila.

Varnaraðili segir að upphaf ætlaðra viðskipta aðila megi rekja til fundar þann 14. eða 15. febrúar 2008, sem boðað hafi verið til að frumkvæði sóknaraðila. Á þessum fundi hafi varnaraðila verið kynnt kaupþækifæri á skuldabréfamarkaði af miðlurum Glitnis. Kaupþækifærið hafi falist í að kaupa skuldabréf í Kaupþingi með framvirkum samningi með líftíma jafnlöngum og skuldabréfið væri. Jafnframt hafi skilmálar samningsins sem kynntir voru varnaraðila átt að netta út alla gengisáhættu. Varnaraðili staðhæfir að margoft og ítrekað hafi komið fram í máli starfsmanna sóknaraðila að eina áhættan í þessum samningi væru sú að Kaupþing yrði gjaldþrota, og um enga aðra áhættu væri að ræða í viðskiptunum. Þá staðhæfir varnaraðili að af hálfu starfsmanna Glitnis hafi það komið fram að um væri að ræða mjög takmarkaða heildarfjárhæð samninga og hafi honum verið gert ljóst að hann yrði að vera snöggur að ákveða sig ef þetta ætti að ganga eftir.

Varnaraðili bendir á að er framangreind atvik gerðust hafi hann verið flokkaður sem almennur fjárfestir. Þær fjárfestingar sem kynntar hafi verið honum hafi því alls ekki verið við hæfi, sbr. lög um verðbréfavíðskipti nr. 108, 2007. Hafi sóknaraðila mátt vera ljóst að sérstaklega yrði að taka mið af þessari stöðu hans í samskiptum og viðskiptum.

Varnaraðili bendir á að í áðurröktum afleiðusamningum með fyrrgreindum auðkennum og númerum, sem sóknaraðili hafi lagt fram sem grundvöll krafna sinna, hafi samningsdagar verið tilteknir 15. febrúar, 19. febrúar, 20. febrúar og 29. febrúar 2008, en að lokadagur hafi í öllum tilvikum verið tiltekinn 15. apríl 2008. Áréttað er að á þessum tíma hafi varnaraðili verið flokkaður sem almennur fjárfestir hjá sóknaraðila og hafi sóknaraðila borið að veita varnaraðila viðskiptavernd, sbr. lög um verðbréfavíðskipti nr. 108, 2007. Varnaraðili staðhæfir að á síðari stigum hafi starfsmaður sóknaraðila haft samband við fyrirsvarsmann varnaraðila og tjáð honum að félagið yrði að sækja um að verða flokkað sem fagfjárfestir til að gera afleiðusamninga þannig að hinir meintu samningar gætu öðlast gildi samkvæmt reglum bankans og lögum um verðbréfavíðskipti. Varnaraðili hafi orðið við þessum óskum bankans og sótt um á stöðluðu formi að hann yrði flokkaður sem fagfjárfestir, þann 21. febrúar 2008. Hafi varnaraðili um síðir verið flokkaður sem fagfjárfestir af hálfu bankans, þann 10. mars 2008 eða 10 til 25 dögum seinna en samningsdagar þeirra samninga sem sóknaraðili hafi lagt fram og telji grundvöll krafna sinna á hendur honum. Varnaraðili byggir á því að sóknaraðila hafi borið að yfirfara umrædda umsókn hans og geti hann ekki hafa orðið fagfjárfestir fyrir en að þeirri vinnu lokinni, sbr. ákvæði 24. gr. laga nr. 108, 2007. Umsóknin ein og sér marki ekki upphaf flokkunarinnar og hafi hann átt að njóta verndar sem almennur fjárfestir þar til fyrir lægi niðurstaða fjármálafyrirtækis. Byggir varnaraðili á því að gögn, sem hann hafi undirritað í tengslum við nefnda umsögn og dagsett eru 6. mars 2008, staðfesti að í febrúar nefnt ár hafi hann ekki haft stöðu sem fagfjárfestir. Gildi því einu hvort talið sé að samningar frá febrúar 2008, sem sóknaraðili byggir mál sitt á, teljist hafa verið samþykktir því varnaraðili hafi á þeim tíma ekki verið bær til að skuldbinda sig samkvæmt þeim og hafi ekki fengið þær upplýsingar sem honum bar, til að mynda um að hann nyti ekki verndar fjármálafyrirtækis. Þá geti handveðsyfirlýsing hans nr. 111773 frá 19. mars 2008 um innistæður á vörslureikningi til sóknaraðila ekki léð máli sóknaraðila nokkurn grundvöll.

Við flutning var því sérstaklega mótmælt af hálfu varnaraðila að nokkurt sönnunargildi um ætlaða samninga aðila fælist í uppritun og hljóðupptöku símaviðræðna fyrirsvarsmanns varnaraðila og starfsmanns sóknaraðila frá 28. mars 2008. Að því leyti vísaði varnaraðili m.a. til þess að á greindum tíma hafi hann ekki séð neina samninga, hvað þá samþykkt eða undirritað, um þau viðskipti sem um sé rætt. Því sé ekki hægt á grundvelli þessara gagna að álykta að fyrrnefndir afleiðusamningar hafi öðlast gildi gagnvart varnaraðila.

Varnaraðili staðhæfir að umræddir samningar hafi fyrst borist honum þann 8. apríl 2008 eða 39 til 53 dögum eftir dagsetningu þeirra. Byggir varnaraðili á því að samningar, einhliða samdir af sóknaraðila, sem berist svo löngu eftir ætlaðan samningsdag og svo ólíkir þeim viðskiptum sem til hafi staðið að gera geti ekki talist skuldbindandi fyrir viðskiptamann. Verði að telja að í hinu gagnkvæma samningssambandi sem til hafi staðið að efna til hafi átt að gilda almennir samningsskilmálar, en þar séu í 7. gr. settir þeir skilmálar að það teljist veruleg vanefnd ef undirrituð frumrit samninga hafi ekki borist bankanum sjö dögum frá því þeir bárust viðskiptamanni. Verði að telja að sama skapi að það teljist veruleg vanefnd af hálfu bankans að senda frumrit samninga til viðskiptamanns mörgum vikum eftir ætlaðan samningsdag. Áréttar varnaraðili að samningar hafi aldrei komist á, enda hafi bankinn vanefnt þegar í upphafi samningsskyldu sína.

Varnaraðili byggir á því að hann hafi gert miðlara sóknaraðila strax grein fyrir því í símtali að samningarnir væru verulega frábrugðnir þeim viðskiptum sem honum hefðu verið kynnt og að það yrði ekki ritað undir þá eða þeir samþykktir í þeirri mynd sem kynnt var. Bendir varnaraðili á að í tölvupósti, dagsettum 17. apríl 2008, frá fyrrum starfsmanni sóknaraðila til varnaraðila, komi það fram að um ágreining um samning sé að ræða og að sóknaraðili muni bregðast við athugasemdum varnaraðila og senda nýja samninga, en þeir hefðu þá, 17. apríl 2008, ekki borist. Byggir varnaraðili á því að samkvæmt þessu verði í engu byggt á efni símtals frá 28. mars 2008.

Af hálfu varnaraðila er bent á að í greinargerð sinni byggi sóknaraðili á því að um samninga aðila gildi almennir skilmálar sem fyrirsvarsmenn varnaraðila hafi kynnt sér og undirritað þann 19. mars 2008. Telur varnaraðili að ekki verði litið fram hjá atvikum sem um það máli skipti. Þannig byggi sóknaraðili kröfur sínar á ákvæðum samninga sem hann segi hafa verið gerða í febrúar 2008. Varnaraðili bendir á að fyrrnefndir skilmálar séu ekki hluti slíkra samninga, enda komi fram á forsiðu þeirra að „...*sú krafa er gerð af hálfu bankans að viðskiptamaður undirriti skilmála áður en hann hefur markaðsviðskipti eða á frekari markaðsviðskipti við bankann og hefur ekki áður undirritað Almenna skilmála um markaðsviðskipti*“. Enn fremur bendir varnaraðili á 10. gr. hinna almennu samningsskilmála þar sem vísað sé til skilmála sem gefnir hafi verið út til tilgreindra aðila og liggi frammi og varði framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamninga, sbr. dskj. nr. 32. Þar séu sýnishorn samninga sem allir geri ráð fyrir að aðilar staðfesti með undirritun.

Varnaraðili bendir á að samkvæmt 2. gr. hinna almennu skilmála segi m.a. að viðskiptamaður eigi að senda markaðsviðskiptum bankans beiðni um viðskipti með símbréfi, tölvupósti eða í gegnum síma, og að allir samningar skuli staðfestir skriflega, nema í undantekningartilfellum. Bendir varnaraðili á að ljóst sé að í ákvæðum áðurrakinna samninga sé gert ráð fyrir að þeir séu staðfestir með undirritun samningsaðila. Telur varnaraðili að sóknaraðili hafi með þessum ákvæðum gert ráð fyrir að samningur öðlist ekki gildi nema með undirritun. Að öllu þessu virtu hafi sóknaraðili aldrei haft réttmæta ástæðu til að ætla að í gildi væru samningar milli aðila, sem krafa hans sé reist á. Að auki hafi sóknaraðili aldrei sýnt fram á með hvaða hætti ætluð viðskipti hafi átt sér stað.

Varnaraðili byggir á að ljóst sé að frá byrjun, eða um leið og hann hafði tök á að kynna sér efni þeirra samninga sem sóknaraðili sendi varnaraðila, um 39 til 53 dögum eftir að ætluð viðskipti hafi átt sér stað, hafi hann haft uppi mótbárur um efni þeirra. Og þrátt fyrir loforð um annað hafi sóknaraðili aldrei gert neinar breytingar á samningunum, þrátt fyrir yfirlýsingu þess efnis í tölvupósti frá 17. apríl 2008. Þar af leiðandi hafi það verið skoðun varnaraðila að umræddir samningar hefðu aldrei öðlast lagalegt gildi.

Varnaraðili vísar til þess að þrátt fyrir ofangreinda afstöðu varnaraðila hafi sóknaraðili einhliða og án atbeina varnaraðila vélað með samningana og framlengt án þess að hann hefði neitt um það segja né óskað eftir því. Hafi sóknaraðili gert þetta án þess að hafa undirritaða samninga eða nokkurt tilefni til að ætla að gildir væru samningar á milli aðila.

Varnaraðili bendir á að með bréfi dagsettu 6. október 2008 hafi sóknaraðili tilkynnt um uppsögn afleiðusamninga með fyrrgreindum tilvísunarnúmerum og auðkennum. Þessari uppsögn hafi þáverandi lögmaður varnaraðila svarað þann 10. október sama ár á þann veg að varnaraðila væri ekki kunnugt um að í gildi væru afleiðusamningar, en jafnframt hafi því verið beint til sóknaraðila að hann sendi gilda samninga til varnaraðila þannig að hann gæti tekið afstöðu til þeirra. Engin svör hafi borist við þessum tilmælum frá sóknaraðila og hafi hann látið hjá líða að senda umbeðna undirritaða samninga til varnaraðila eða gert nokkuð sem sýnt hafi fram á að í gildi væru samningar milli aðila er væru grundvöllur innheimtuaðgerða og kröfu um gjaldþrotaskipti á búi varnaraðila. Sóknaraðili hafi heldur ekki í máli þessu lagt fram viðhlítandi gögn sem styðji kröfugerð hans eða fullyrðingar um tilvist eða gildi samninga milli aðila, en það sé á málsforræði sóknarmegin og verði hann að bera hallann af því.

Varnaraðili áréttar að sóknaraðili hafi í öndverðu látið hjá líða að leggja fram samninga í samræmi við þau viðskipti sem til hafi staðið að gera og hafi það orðið þess valdandi að ekki komust á skuldbindandi samningar milli aðila. Telur varnaraðili það veikja málsstað sóknaraðila að hann hafi látið hjá líða að senda varnaraðila samning til undirritunar fyrir viðskiptum samdægurs eins og almennt tíðkist í markaðsviðskiptum, enda verði að telja að sjónarmið um gagnkvæmisskyldur í samningarétti leiði til þess að vanræksla sóknaraðila í skjalagerð í öndverðu teljist veruleg vanefnd, sbr. ákvæði 4. mgr. 3. gr. og 3. mgr. 7. gr. almennra samningsskilmála. Verði að telja það almenna reglu að fjármálafyrirtæki hlutist til um að pappírar allir sem lögfylgjur eigi að hafa séu að fullu frágengnir svo fljótt sem verða megi. Sé út af því brugðið verði fjármálafyrirtæki að bera hallann af því að umræddir samningar hafi verið sendir varnaraðila 39 til 53 dögum eftir ætlaðan samningsdag. Jafnframt hafi verið gerðir afleiðusamningar í nafni varnaraðila á þeim tíma sem hann hafi verið flokkaður sem almennur fjárfestir og án þess að hann nyti tilhlýðilegrar verndar, sbr. lög nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti og gegn starfsreglum sóknaraðila á þessum tíma.

Varnaraðili byggir á því að verði ekki fallist á að hafna kröfu sóknaraðila beri að vísa kröfu hans frá vegna óskýrleika á því hver krafan raunverulega sé og á hvaða forsendum hún sé uppbyggð. Þar um vísar varnaraðili til bréfs nafngreinds framkvæmdastjóra markaðsviðskipta Glitnis frá 6. október 2008 þar sem hinum meintu samningum sé sagt upp. Þar komi fram að þeim samningum sem sóknaraðili byggir mál sitt á hafi verið lokað samtímis mánudaginn 13. október 2008. Varnaraðili áréttar að umræddu erindi hafi verið svarað af þáverandi lögmanni hans með tölvupósti þann 10. október sama ár, þar sem bent hafi verið á að varnaraðili telji enga samninga vera í gildi. Varnaraðili vísar til þess að þrátt fyrir umrædda uppsögn byggji sóknaraðili greiðslukröfu sína og kröfur um vaxtagreiðslur á vaxtagjalddögum löngu eftir að samningi var sagt upp. Telur varnaraðili að sóknaraðili hafi í raun þannig enga yfirsýn sjálfur um hvort hann hafi gert samning, hvort samningur sé í gildi eða hvort hann hafi sagt honum upp. Þá hafi sóknaraðili í engu gert grein fyrir hvernig kröfugerð hans samrýmist ákvæðum 7. gr. almennra skilmála um að við útreikning á hagnaði/tapi skuli tekið mið af markaðsaðstæðum á gjaldfellingardegi, en í nefndri grein segir að útreikning skuli senda eigi síðar en 15 dögum eftir að samningur hafi verið gjaldfelldur. Samningar

hafi verið gjaldfelldir í október 2008 og því eigi útreikningar í kröfugerð sóknaraðila sér enga réttmæta stoð.

Varnaraðili bendir á að í greinargerð sinni miði sóknaraðili við gengisskráningar löngu eftir fyrrgreindan uppsagnardag sem sé þvert á ákvæði skilmála um að miða skuli við uppsögn. Sé engin grein gerð fyrir réttmæti þessarar uppsetningar eða af hverju sóknaraðili kjósi í þessu atriði að fara ekki eftir eigin skilmálum.

Telur varnaraðili að í ljósi ofangreindra atriða sé krafa sóknaraðila í verulegum atriðum óskýr og óviss og geti ekki með nokkru móti orðið grundvöllur undir beiðni um gjaldþrotaskipti. Gera verði þá kröfu að krafa, sem sé óviðurkennd af hálfu skuldara og ódæmt um, sé allt að einu svo skýr og afmörkuð að enginn vafi geti leikið á um hana, ef krafan eigi að vera grundvöllur undir gjaldþrotáurskurð varnaraðila. Því sé fjarri að þeim skilyrðum sé fullnægt í þessu máli.

Að öllu samanlögðu krefst varnaraðili þess að gjaldþrotaskiptakröfu sóknaraðila verði hafnað og að honum verði gert að greiða hæfilegan málskostnað.

III.

Við meðferð málsins fyrir dómi gaf aðilaskýrslu fyrirvarsmaður varnaraðila, B, en vitnaskýrslu gaf fyrrverandi starfsmaður sóknaraðila, A.

Í máli þessu er ágreiningur með aðilum um hvort að í gildi hafi verið þeirra í millum framvirkir gjaldmiðlasamningar og skiptasamningar.

Byggir sóknaraðili m.a. kröfu sína um gjaldþrot varnaraðila á áðurröktum þremur gjaldmiðlasamningum nr. GS08071507, GS08071529 og GS08071525, en allir hafa þeir samningsdag 15. júlí 2008 með endanlegum lokadegi 15. október sama ár. Samhliða þessum samningum hefur sóknaraðili lagt fram þrjá skiptasamninga, CIRS 3289 3308 og 3334, með samningsdag 15., 20. og 29. febrúar 2008, en lokadag 15. janúar 2010.

Varnaraðili, [...], reisir varnir sínar einkum á því að samningar hafi ekki komist á á milli aðila.

Af gögnum og skýrslum fyrir dómi verður ráðið að fyrirvarsmenn varnaraðila hafi verið í nokkrum viðskiptum við sóknaraðila á árunum 2006 og 2007, þ. á m. varðandi hlutabréfa- og gjaldeyrisviðskipti. Af gögnum verður ráðið að á grundvelli þessara samskipta hafi fyrirvarsmaður varnaraðila átt í viðræðum við starfsmann sóknaraðila í ársbyrjun 2008 og að það hafi leitt til símaviðræðna um framvirk kaup varnaraðila á skuldabréfum í Kaupþingi hf. í erlendri mynt. Verður ráðið að þar til grundvallar hafi einkum legið kynningarit sóknaraðila, en þar segir m.a. um forsendur fyrir hinum framvirku viðskiptum:

„Í upphafi voru gefin út skuldabréf á Kaupþingi í EUR/USD á t.d. 3M EUIBOR + 50 bp.

Þessi sömu bréf eru nú til sölu á 3 M EURIBOR + 350 bp-450 bp. Lokagjalddagi á bréfunum er eftir 1,5-2,5 ár.

Bréfin eru í EUR/USD og því þarf að gera FX swap með sama gjalddaga sem útilokar gengisáhættu. FX swap kostar 100-120 bp.

Vaxtaálag bankans er 60 bp.

Áhættan í viðskiptunum felst í gjaldfallsáhættu Kaupþings. Hærri tryggingaþörf hefur áhrif á ávöxtun en ekki greiðsluflæðið.

Gjalddagar eru á 3 mán. fresti og því er jákvætt greiðsluflæði af bréfinu strax á fyrsta vaxtagjalddaga.

Tryggingaþörf er 6%.

Glitnir getur krafist frekari trygginga ef tap af samningi er meira en 50% af verðmæti trygginga.

Meðaltími bréfanna er í kringum 1,5.

Breyting á markaðsverði skuldabréfs er margfeldi af hækkun á ávöxtunarkröfu og meðaltíma.

Ef ávöxtunarkrafa bréfs hækkar um 200 bp þá lækkar markaðsverð bréfanna um $200 \text{ bp} \times 1,5 = 3\%$. M.v. að meðaltími bréfsins sé 1,5.

Því kemur ekki til tryggingakalls fyrr en hækkun á kröfunni $> 200 \text{ bp}$ m.v. meðaltímann 1,5.

Því hærri sem meðaltíminn er því næmara er markaðsverðið fyrir breytingum á ávöxtunarkröfu.

Í greindu riti eru gefin upp dæmi um nettógreiðsluflæði á skuldabréfum og enn fremur er lýst dæmi um jákvæðan vaxtamun nettó og áætlun um ársávöxtun miðað við gefnar forsendur.

Meðal gagna sem sóknaraðili hefur lagt fram í málinu eru endurrit af hljóðupptökum, sem gerðar voru af nokkrum símtölum starfsmanna hans og fyrirsvarsmanns varnaraðila. Samkvæmt endurritum af tveimur slíkum símtölum, millum starfsmanns sóknaraðila, A, og fyrrnefnds fyrirsvarsmanns varnaraðila, B, hinn 14. febrúar, laust eftir klukkan 15:00, lýsir sá síðarnefndi því yfir að hann hafi verið að skoða hin framvirku kaup á skuldabréfum Kaupþings banka hf. og er hann með fyrirspurnir þar um. Vísar fyrirsvarsmaður varnaraðila m.a. til þess að hann hafi séð kynningarrit um hin framvirku kaup og sé að leita frekari upplýsinga fyrir „privat félag“. Í þessu símtali svarar starfsmaður sóknaraðila spurningum um kjör, þ. á m. um álag, gjalddaga, vexti og tryggingar og almenn ákvæði um framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamninga. Bendir starfsmaðurinn í símtalinu á að um sé að ræða tvo samninga um gjaldmiðlaskipti og sé það gert í þeim tilgangi að taka út sveiflur á gjaldmiðlum til lokagjalddags hins framvika skuldabréfs, hinn 15.

janúar 2010. Sé m.a. um að ræða gjaldmiðlaskiptasamninga sem gerðir séu til þriggja mánaða í senn, en fyrir það tímabil fái viðskiptavinur hverju sinni greiddan út vaxtamun. Urðu orðaskiptin um málefnið m.a. sem hér segir:

„[.....]“

Síðar nefndan dag, 14. febrúar 2008, ræddu nefndir aðilar aftur um sama málefni og upplýsti starfsmaður sóknaraðila þá að hann hefði til reiðu umrædd skuldabréf og að það hefði fengist með 5 punkta betri kjörum en þeir hefðu áður rætt um, þ.e. 335 punktar. Í framhaldi af þessu nefnir fyrirsvarsmáður varnaraðila það að hann þurfi að fara betur ofan í allar forsendur viðskiptanna, en getur þess jafnframt að hann sé eftir atvikum að hugleiða „einhvern mikið stærri pakka“. Vegna þess þurfi hann frekari upplýsingar, en í framhaldi af því urðu orðaskiptin m.a. sem hér segir:

„[.....]“

Í framhaldi af þessu ræða nefndir aðilar frekar um áhættuna af viðskiptunum og verða þá m.a. eftirfarandi orðaskipti:

„[.....]“

Í framhaldi af þessum orðaskiptum áréttar fyrirsvarsmáður varnaraðila að hann ætli að ræða umrædd viðskipti frekar við aðra stjórnarmenn og af þeim sökum þurfi hann að geta haft símasamband við starfsmann sóknaraðila, sem þá gefi honum upp tiltekið GSM númer.

Er framangreindar viðræður áttu sér stað var varnaraðili flokkaður sem almennur fjárfestir samkvæmt ákvæðum laga nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti. Liggur og fyrir að í kjölfar símaviðræðnanna lagði fyrirsvarsmáður varnaraðila fram umsókn til sóknaraðila um að varnaraðili teldist til svokallaðra fagfjárfesta í öllum viðskiptum við Glitni sem tengdust verðbréfum. Umsóknin er undirrituð fyrir hönd varnaraðila 21. febrúar 2008. Á umsóknareyðublaðið er m.a. skráð að til að teljast fagfjárfestir verði viðskiptavinur Glitnis að búa yfir nægilegri þekkingu og reynslu til að taka ákvarðanir um eigin fjárfestingar. Á eyðublaðinu er auk þess spurst fyrir um þekkingu og reynslu, og ritar þar fyrirsvarsmáður varnaraðila: *Löggiltur verðbréfamiðlari, framkvæmdastjóri og fjármálastjórn*. Á eyðublaðið eru enn fremur skráð þrjú skilyrði og er sagt að viðskiptavinur bankans þurfi að uppfylla tvö þeirra, þ.e.: A) *að hafa átt í umtalsverðum verðbréfavíðskiptum undanfarin misseri, a.m.k. 10 víðskipti að meðaltali á ársfjórðungi*. Þar skráir fyrirsvarsmáður varnaraðila að hann hafi verið í almennum markaðsvíðskiptum. B) *að víðskiptavinur þurfi að eiga verðbréf og inneign á innlánsreikningum fyrir a.m.k. 500.000 evrur (46,2 milljónir króna) að frádreginni skuldsetningu*. Þar gerir fyrirsvarsmáður varnaraðila grein fyrir eignum þannig að bankainnistæður varnaraðila uppfylli skilyrðið. Loks áréttar fyrirsvarsmáður varnaraðila, í C-lið, þar sem spurt er um störf í fjármálageiranum í tengslum við verðbréfavíðskipti, að hann sé framkvæmdastjóri og fjármálastjóri. Í niðurlagi umsóknareyðublaðsins er eftirfarandi aðvörðun og yfirlýsing: *Fagfjárfestar njóta ekki sömu fjárfestaverndar og almennir fjárfestar samkvæmt II. kafla laga nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti. Fagfjárfestar teljast búa yfir nægilegri þekkingu og reynslu til að taka sjálfir ákvarðanir um fjárfestingar sínar. Skyldur Glitnis gagnvart fagfjárfestum eru því mun minni en gagnvart almennum fjárfestum*.

Undirritaður fjárfestir staðfestir að hann geri sér fulla grein fyrir þeim réttaráhrifum sem það hefur í för með sér að gerast fagfjárfestir. Undirritaður staðfestir jafnframt að þær upplýsingar sem hann hefur veitt Glitni eru réttar samkvæmt bestu vitund.

Samkvæmt gögnum undirritaði fyrirvarsmaður varnaraðila þann 6. mars 2008 yfirlýsingu þar sem segir m.a. að varnaraðili samþykki verklagsreglur Glitnis um framkvæmd viðskiptafyrirmæla, að sóknaraðili geti framkvæmt viðskiptafyrirmæli utan skipulagðs verðbréfamarkaðar og markaðstorgs fjármálagerninga (MTF), að Glitnir geti ákveðið hvort, hvenær og hvernig skilyrt viðskiptafyrirmæli, sem ekki hafa verið framkvæmd, séu sýnd á markaðnum.

Á sama tíma ritaði fyrrnefndur fyrirvarsmaður varnaraðila undir eyðublað sem ber heitið: „*Upplýsingar til að meta hentuga fjárfestingaþjónustu og fjármálagjörninga lögaðila*“. Á eyðublaðið skráir fyrirvarsmaðurinn niður upplýsingar um varnaraðila og þ. á m. að hann sé eignarhaldsfélag, en skráir jafnframt netfang sitt sem ábyrgðaraðila á fjárfestingarstarfsemi varnaraðila. Þá skráir hann í þartilgerða reiti upplýsingar um þekkingu og reynslu varnaraðila af fjármálagerningum og segir þar að reynsla hans sé helst á sviði markaðsviðskipta, að meðalfjöldi viðskipta félagsins með skuldabréf á ári séu á bilinu 10 til 80, þ. á m. á sviði verðbréfa og fjárfestingasjóða, skuldabréfa, hlutabréfa, peningamarkaðsskjala, gjaldeyrisviðskipta og afleiðugerninga. Einnig skráir fyrirvarsmaðurinn að árleg upphæð í milljónum í þessum gerningum sé frá 50-500 milljónur króna, að fjárfestingatímabil sé meira en 10 ár og markmið fjárfestinga sé vöxtur og að áhættusækni sem hann sé tilbúinn að sætta sig við á slöku ári sé að hámarki 35%. Loks skráir fyrirvarsmaðurinn að fjárhagsleg staða varnaraðila á ári sé á þá leið að heildarvelta, niðurstaða efnahagsreiknings og rekstrartekjur séu á bilinu 10-100 milljónir króna og að virði verðbréfasafns í milljónum króna sé á bilinu 50-100 milljónir króna.

Samkvæmt gögnum undirrituðu allir stjórnarmenn varnaraðila, þann 19. mars 2008, undir eyðublað sem ber heitið: *Almennir skilmálar vegna markaðsviðskipta Glitnisbanka hf.* Enn fremur rituðu stjórnarmennirnir undir viðauka þar sem fyrrnefndum fyrirvarsmanni varnaraðila var veitt umboð til að eiga viðskipti við sóknaraðila í samræmi við hina almennu skilmála. Á eyðublaðið er jafnframt skráð að stjórnin heimili sóknaraðila að skuldfæra tiltekinn bankareikning vegna viðskipta varnaraðila við markaðsviðskipti sóknaraðila svo sem með verðbréf, gjaldeyri og afleiður. Segir þar og að skuldafærslan muni eftir því sem við eigi fara fram án undangenginnar tilkynningar til varnaraðila, að heimildin sé ótímabundin og gildi þar til hún hafi verið afturkölluð með skriflegri tilkynningu til bankans.

Í inngangi hinna *almennu skilmála vegna markaðsviðskipta* segir að þeim sé ætlað að undirstrika að viðskiptamaður hafi gert sér grein fyrir eðli þeirra samninga sem falli undir skilmálana og þeirri áhættu sem þeim fylgir. Um gildissviðið segir að skilmálarnir nái til allra markaðsviðskipta milli bankans og viðskiptamanns, svo sem um skammtímalánveitingar, gjaldeyrisviðskipti, afleiðuviðskipti og kaup og sölu verðbréfa. Einnig segir að skilmálarnir gildi hvort heldur sem viðskiptin eigi sér stað í gegnum netið eða á annan hátt. Um framkvæmd einstakra viðskipta á

grundvelli skilmálanna segir að þeir séu gerðir á grundvelli skilmálanna, að samningar skuli vera skriflegir þar sem kveðið sé nánar á um sérgreinda skilmála, lánakjör og endurgreiðslu. Þá segir að beiðni um viðskipti skuli send markaðsviðskiptum varnaraðila með símbréfi, tölvupósti eða í gegnum síma, en staðfesta beri alla samninga, nema um sé að ræða svokölluð stundarviðskipti með gjaldeyri eða verðbréf. Þá segir að sóknaraðili sendi frumrit allra samninga (nema stundarviðskipti með gjaldeyri og verðbréf) til viðskiptamanns og skuldbindi viðskiptamaður sig til að senda inn undirrituð frumrit samninga til bankans á tryggilegan hátt innan þriggja daga frá því að honum berast þeir samningar sem gerðir hafa verið. Um þörf á tryggingu við upphaf viðskipta segir í skilmálunum að viðskiptamaður setji tryggingar sem sóknaraðili meti fullnægjandi hverju sinni og séu breytingar á áhættu viðskiptamanns. Tekið er fram að fari tap viðskiptamanns af samningum yfir 50% af markaðsverðmæti trygginga sé sóknaraðila heimilt að krefjast þess að viðskiptamaður setji viðbótartryggingu sem sóknaraðili meti fullnægjandi. Hið sama gildi þótt ekkert tap sé af samningi, ef markaðsverðmæti trygginga lækkar. Um vanefndir segir í skilmálunum að standi viðskiptamaður ekki við skuldbindingar sínar samkvæmt skilmálunum eða samningum sem vísa til þeirra, án þess að slík vanefnd teljist veruleg, hafi viðskiptamaður 7 daga til að bæta úr þeim atriðum sem hafi leitt til umræddrar vanefndar. Þá segir að sóknaraðila sé heimilt, en undir engum kringumstæðum skylt, að gjaldfella eða loka samningi og/eða samningum fyrirvaralaust þegar viðskiptamaður vanefnir skuldbindingar sínar verulega, og er það nánar útlistað. Þá segir að séu skuldbindingar viðskiptamanna gjaldfallnar sé sóknaraðila heimilt, en ekki skylt, að beita skuldajöfnuði milli allra samninga sem falli undir skilmálana. Þannig sé hagnaður og tap hvors aðila um sig af gjaldeyris- og verðbréfavíðskiptum, þ.m.t. af afleiðusamningum og inn- og útlánunum peningamarkaðslána, gert upp í einu lagi. Tekið er fram að við slíkan skuldajöfnuð sé heimilt að umreikna allar skuldbindingar yfir í íslenskar krónur.

Í hinum *almennu skilmálum* er ákvæði um tilkynningar og boðleiðir. Er þar sagt að þær eigi að setja fram í síma, með tölvupósti eða símbréfi. Segir að tilkynning skuli talin send á réttan stað, hafi hún verið send á netfang/símbréfsnúmer, sem viðskiptamaður hafi gefið upp, nema sendanda sé greinilega ljóst að tilkynningin hafi ekki skilað sér. Segir að viðskiptamaður beri ábyrgð á því ef netþjónn/símbréfstæki hans kemur ekki tölvupósti/símbréfi til skila. Um hljóðritun símtala segir að til að tryggja öryggi viðskiptamanns og sóknaraðila og til að leiðrétta hugsanlegan misskilning séu símtöl við markaðsviðskipti bankans hljóðrituð, eða kunni að vera hljóðrituð, án sérstakrar tilkynningar í hvert sinn. Tekið er fram að með undirritun sinni á skilmálana samþykki viðskiptamaður að slíkar hljóðritanir megi m.a. leggja fram í dómsmáli ef upp komi ágreiningur um hvað samningsaðilum hafi farið á milli, svo sem um forsendur og/eða framkvæmd viðskipta.

Í hinum *almennu skilmálunum* eru loks ákvæði um ábyrgð á samningum. Segir þar að með undirritun sinni lýsi viðskiptamaður því yfir að honum sé ljóst að þau viðskipti sem hann kunni að eiga við markaðsviðskipti sóknaraðila geti verið sérstaklega áhættusöm og beri viðskiptamanni því að afla sér ráðgjafar utanaðkomandi sérfræðinga telji hann hennar þörf. Loks segir að ákvæði *Almennra skilmála fyrir framvirk viðskipti og Almennra skilmála fyrir skiptasamninga*, útgefnir af Sambandi íslenskra viðskiptabanka og Sambandi íslenskra sparisjóða, 1. útgáfa, febrúar 1998, gildi einnig um öll markaðsviðskipti

sóknaraðila eftir því sem við eigi, þ. á m. skilgreiningar, dráttarvaxtaákvæði, vanefndaákvæði, ákvæði um greiðslur við samningslit og ákvæði um óviðráðanleg atvik (force majeure), en ef misræmi sé á milli skilmálanna gildi þeir skilmálar sem varnaraðili hafi undirritað.

Samkvæmt gögnum var varnaraðili flokkaður hjá sóknaraðila sem fagfjárfestir þann 10. mars 2008.

Fyrirsvarismaður varnaraðila undirritaði handveðsyfirlýsingu þann 19. mars 2008 til tryggingar skilvísunum og skaðlausum greiðslum á öllum skuldum og öðrum skuldbindingum við sóknaraðila. Var þar tiltekinn ákveðinn vörslureikningur, m.a. vegna rafrænna verðbréfa.

Af hálfu sóknaraðila hefur verið lagt fram endurrit af hljóðupptökum sem gerðar voru af símtölum starfsmanna hans og varnaraðila með stoð í fyrrgreindu ákvæði í *almennum skilmálum fyrir markaðviðskipti*. Samkvæmt endurriti af einu slíku símtali, milli fyrirsvarsmanns varnaraðila, B, og starfsmanns sóknaraðila, áður nefnds A, frá 28. mars 2008, urðu orðaskipti meðal annars sem hér segir:

[.....]

Í málinu liggja fyrir tölvubréf millum starfsmanns sóknaraðila, D, og fyrirsvarsmanns varnaraðila, B, dagsett 8. og 9. apríl 2008. Í tölvubréfinu frá 8. apríl segir: „Meðfylgjandi eru framvirkir samningar GS0031306, GS08021811, GS08022811 og gjaldmiðlaskiptasamningar CIRS S3334, CIRS S3289, CIRS S3308. Vinsamlegast sendu undirrituð eintök á neðangreint heimilisfang eða fax (xxxx).“ Fyrirsvarismaður varnaraðila svarar þessari orðsendingu samdægurs með tölvubréfi þar sem m.a. segir: „Ég sé að einn GS samningurinn er í EUR en á væntanlega að í USD. Samtala fjárhæða á væntanlega einnig að vera í USD en ekki í ÍSK í fyrstu töflu og erlend fjárhæð á væntanlega að vera fjárhæð í ÍSK. Stemmir það ekki.“ Starfsmaður sóknaraðila svarar í tölvubréfi að morgni 9. apríl sama ár og segir: „Þarna hefur læðst inn villa í skjölin. Sendi með leiðréttu samninga“ en í attachment er vísað til umræddra GS samninga.“ Þá liggja fyrir í málinu tölvupóstssamskipti fyrirsvarsmanns varnaraðila og starfsmanns sóknaraðila, A, frá 17. apríl 2008, en þar segir sá síðarnefndi: „Ertu búinn að ákveða í hvaða sjóð þú vilt fjárfesta? Ég er búinn að skoða samningana sem við gerðum varðandi KAU skbr og þessu verði breytt og þú færð nýja senda til þín. Endilega láttu mig vita ef breytingin er ekki í takt við væntingar.“ Fyrirsvarismaður varnaraðila svarar samdægurs og segir: „Viltu fjárfesta fyrir mig í sjóði 6. Bæði fyrir [...] og NC.“

Þá liggja fyrir í málinu endurrit af hljóðupptökum milli fyrirsvarsmanns varnaraðila, B, og starfsmanna sóknaraðila frá 13. júní, 15. júlí og 2. október 2008. Samkvæmt endurriti af hljóðupptöku milli fyrirsvarsmanns varnaraðila og starfsmanns sóknaraðila, C, frá 13. júní vikur fyrirsvarismaðurinn að því að keypt hafi verið fyrir hann í sjóði 6 skömmu áður og nefnir í því sambandi félögin [...] og NC. Nefnir hann að réttast sé að leggja fjármuni frekar inn á peningamarkaðssjóð, en í framhaldi af því verða eftirfarandi orðaskipti:

„[...]“ Í framhaldi af þessu gefur fyrirsvarismaður varnaraðila fyrirmæli um að færa fjármuni frá sjóði 6 yfir á sjóð 9.

Í endurriti af hljóðupptöku milli starfsmanns sóknaraðila, A, og fyrirsvarsmanns varnaraðila, B, frá 15. júlí 2008 víkja þeir tali sínu að Kaupþings-samningum og verða af því m.a. eftirfarandi orðaskipti:

„[.....]“

Í endurriti af hljóðupptökum símvíðræðna milli fyrrnefndra aðila frá 2. október 2008 segir starfsmaður sóknaraðila að sökum þess að Kaupþingssskuldabréfin hafi fallið „svakalega“ í verði sé nauðsynlegt að krefja varnaraðila um 200 milljóna króna tryggingu. Að öðrum kosti verði farið í „einhverjar frekari aðgerðir“. Í framhaldi af því verða eftirfarandi orðaskipti:

„[.....]“

Samkvæmt bréfi sóknaraðila, dagsettu 6. október 2008, tilkynnti hann varnaraðila að í samræmi við uppsagnarákvæði fyrrgreindra afleiðusamninga hafi verið tekin ákvörðun um að loka þeim öllum þann 13. október sama ár.

Samkvæmt gögnum sendi sóknaraðili varnaraðila innheimtubréf 17. september 2009 þar sem skorað var á félagið að gera upp framangreinda samninga, auðkennda GS08071507, GS08071525 og GS08071529, auk dráttarvaxta frá lokadegi samningsins til 15. september 2009. Þann 10. nóvember 2009 sendi sóknaraðili ítrekun á innheimtubréfið og var þar skorað á varnaraðila að gera upp framangreinda samninga, auk dráttarvaxta frá lokadegi til 10. nóvember 2009. Þá sendi sóknaraðili varnaraðila innheimtuviðvörðun um sama efni þann 23. júní 2010 og loks þá áskorun sem mál þetta er m.a. reist á, sbr. 5. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21, 1991. Er hún dagsett 1. október 2010.

Í málinu liggja fyrir tölvubréf frá varnaraðila sem send voru í tilefni af ofangreindum bréfum og áskorunum sóknaraðila. Í tölvupósti dagsettum 10. október 2008, sem lögmaður varnaraðila sendi til sóknaraðila í tilefni af uppsögn lýstra afleiðusamninga, segir eftirfarandi: „Umbjóðendur mínir vita ekki til þess að við viðskipti þeirri við Glitni hf. séu í gildi afleiðusamningar er hafa uppsagnarákvæði, þá hafa þeir ekki eintök slíkra samninga. Vinsamlegast sendið undirrituðum undirrituð eintök afleiðusamninga sem segja á upp þannig að undirritaður geti tekið afstöðu til uppsagnar sem boðuð er 13. október n.k.“ Samkvæmt gögnum var tölvupóstur þessi móttækinn af starfsmanni sóknaraðila 11. október sama ár. Þá liggur fyrir tölvubréf varnaraðila, dagsett 25. október 2011, en þar er vísað til fyrrnefnds bréfs frá 10. október 2008 og staðhæft að engin viðbrögð hafi orðið af hálfu sóknaraðila. Því hafi verið litið svo á að afleiðusamningar sem vísað hafi verið til í innheimtubréfum væru ekki til hjá sóknaraðila, undirritaðir eða á annan hátt skuldbindandi fyrir varnaraðila og af þeim sökum væru innheimtubréf sóknaraðila í raun marklaus eða að um ranga tilkynningu hafi verið að ræða.

IV.

Samkvæmt framansögðu er krafa sóknaraðila byggð á áðurröktum gjaldmiðlasamningum, sem auðkenndir eru með nr. GS08071507, GS08071529 og

GS08071525, með útgáfudegi 15. júlí 2008, en einnig á skiptasamningum, sem auðkenndir eru með nr. CIRS3334, CIRSS3289 og CIRS3308. Liggur fyrir að samningsdagur síðastnefndu samninganna er 15. febrúar 2008 en lokadagur 15. janúar 2010. Allir þessir samningar eru óundirritaðir af hálfu varnaraðila.

Um efni ofangreindra afleiðusamninga vísar sóknaraðili til þess að með aðilum hafi tekist samningur um kaup varnaraðila á framvirku skuldabréfi Kaupþings banka hf. í erlendri mynt, kaup 01/10. Bendir sóknaraðili á að með gerningunum hafi varnaraðili tekið gjaldfallsáhættu á Kaupþing banka hf., en gegn þeirri áhættu hafi hann fengið vaxtamun. Sóknaraðili hafi aftur á móti þegið þóknun vegna viðskiptanna.

Af hálfu varnaraðila er einkum á því byggt að aldrei hafi komist á samningur með aðilum og þá ekki með því efni sem sóknaraðili reisir kröfur sínar á.

Ágreiningslaust er að þegar aðilar hófu viðræður um afleiðusamninga, hinn 15. febrúar 2008, var varnaraðili flokkaður sem almennur fjárfestir, sbr. ákvæði 11. tl. 2. gr. laga nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti.

Um tilurð greindra samninga hafa aðilar helst vísað til áðurrakins kynningarrits um hin framvirku skuldabréf Kaupþings banka hf., en einnig til símaviðræðna fyrrverandi starfsmanna Glitnis banka hf. og fyrirsvarsmanns varnaraðila. Sóknaraðili bendir jafnframt á önnur framlögð gögn, þ. á m. þeirra er lýsa greiðsluflæði og öðrum kjörum viðskiptanna, m.a. varðandi afslátt við kaup á umræddu skuldabréfi, sbr. dskj. nr. 57. Sóknaraðili bendir á að til að fullnusta viðskiptin hafi aðilar gert með sér tvenns konar samninga. Hafi annars vegar verið útbúnir áðurlýstir GS-samningar, þ.e. þrír gjaldmiðlasamningar, til þriggja mánaða í senn, fyrst í febrúar, aftur í apríl og loks þann 15. júlí 2008. Hins vegar hafi verið útbúnir þrír samningar í tengslum við GS-samningana, fyrrgreindir CIRS-skiptasamningar, er hafi haft það að markmiði að skapa jákvæðan vaxtamun millum LIBOR- og RAIBOR-vaxta varnaraðila til hagsbóta. Sóknaraðili áréttar að áhættutaka varnaraðila hafi einkum falist í því að Kaupþing banki hf. greiddi ekki af skuldabréfinu, líkt og síðar hafi orðið raunin á.

Varnaraðili andmælir eins og áður er rakið ofangreindum málsástæðum sóknaraðila. Byggir hann helst á því að þeir afleiðusamningar sem hér um ræðir hafi að efni til ekki verið í samræmi við þau kjör sem aðilar höfðu komið sér saman um í fyrrgreindum símaviðræðum eða með öðrum hætti. Samningarnir séu auk þess óundirritaðir og því ekki skuldbindandi fyrir hann. Brestir því allan grundvöll fyrir gjaldþrotakröfu sóknaraðila í málinu.

Óumdeilt er að fyrirsvarsmaður varnaraðila lagði fram umsókn til sóknaraðila þann 21. febrúar 2008 um að hann yrði flokkaður sem fagfjárfestir í viðskiptum sínum við sóknaraðila. Liggur fyrir að í kjölfarið fór fram mat af hálfu sóknaraðila, sbr. ákvæði 24. gr. laga nr. 108, 2007 um verðbréfavíðskipti. Til grundvallar matinu voru upplýsingar og gögn sem varnaraðili hafði lagt fram með umsókn sinni. Á meðal þessara gagna er yfirlýsing varnaraðila um reynslu hans af markaðsviðskiptum svo og yfirlýsing um að fyrirsvarsmaður hans væri löggiltur verðbréfamíðlari. Liggur fyrir að er þetta gerðist hafði stjórn varnaraðila ritað

undir *almenna skilmála fyrir markaðsviðskipti*, og gefið upp netfang, bankareikning og aðrar upplýsingar um starfsemi félagsins. Að auki var af hálfu varnaraðila lögð fram trygging fyrir viðskiptum við sóknaraðila, sbr. handveðsyfirlýsing, dagsett 9. mars 2008.

Samþykktir varnaraðila, [...], eru dagsettar 28. desember 2005. Segir þar að tilgangur félagsins sé fjárfestingastarfsemi, kaup og sala hlutabréfa og annarra verðbréfa, kaup og sala á aflaheimildum, rekstur fasteigna og lánastarfsemi og önnur skyld starfsemi.

Að virtum ofangreindum gögnum verður lagt til grundvallar að varnaraðili hafi vegna fyrrgreindrar umsóknar og mats verið flokkaður sem fagfjárfestir þann 10. mars 2008, sbr. ákvæði 24. gr. laga nr. 108, 2007, og jafnframt að hann hafi með þeim hætti afsalað sér hluta af þeim réttindum og vernd sem hann naut samkvæmt lögnum, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 638/2010.

Í ljósi ofangreinds verður fallist á með sóknaraðila að ekki hafi verið lagaskylda fyrir því að fyrirsvarsmaður varnaraðila ritaði eigin hendi undir þá afleiðusamninga, sem sóknaraðili vísar til og dagsettir eru 15. júlí 2008, með auðkennisnúmerunum GS08071507, GS08071529 og GS08071525, sbr. 9. gr. laga nr. 108, 2007, þannig að þeir yrðu skuldbindingu í lögskiptum aðila.

Óumdeilt er að aðilar áttu ítrekuð samskipti sín í milli um hin framvirku kaup á skuldabréfi Kaupþings banka hf. og um þá afleiðusamninga sem hér að framan er lýst. Fóru þau samskipti fram með tölvupóstsendingum og í þeim símaviðræðum sem hér að framan eru rakin. Samkvæmt skýrslutökum fyrir dómi fóru símaviðræðurnar m.a. um borðsíma á starfsstöð sóknaraðila, en einnig um gsm-síma starfsmanna hans.

Að virtum áðurröktum hljóðritunum af símaviðræðum aðila, en einnig í ljósi þeirra skilmála og yfirlýsinga sem fyrirsvarsmenn varnaraðila undirrituðu, verður fallist á, með sóknaraðila, tilvist og tilgang þeirra afleiðusamninga sem sóknaraðili byggir á. Er m.a. í því viðfangi til þess að líta að í viðræðunum andmælti fyrirsvarsmaður varnaraðila því ekki að samningarnir hefðu verið gerðir og þá með því efni sem vilji þeirra stóð til. Verður þar um einkum horft til orðræðna aðila frá 28. mars og 15. júní 2008. Liggur m.a. ótvírætt fyrir að fyrirsvarsmaður varnaraðila lýsti því yfir að vegna samninganna hefði hann gert ráð fyrir vaxtagreiðslum frá sóknaraðila, en sagði jafnframt að hann gæti ekki nýtt greiðsluna til frekari trygginga, eins og farið var fram á, þar sem hann hefði þegar ráðstafað henni til annarra hluta. Fyrirsvarsmaðurinn andmælti heldur ekki tilvist eða efni afleiðusamninganna í símtali þann 2. október sama ár, er hann var krafinn um 200 milljónir króna til frekari trygginga á skuldbindingum varnaraðila vegna verðfalls skuldabréfs Kaupþings banka hf. Að álit dómsins hefði verið fullt tilefni til að gera athugasemdir m.a. um tilvist samninganna, og þá ekki síst í ljósi fyrri samskipta aðila, m.a. í aprilmánuði nefnt ár, þegar til umræðu virðast hafa verið minni háttar efnisleiðréttingar. Er í þessu samhengi til þess að líta að samningskjör fyrrgreindra GS-afleiðusamninga, sem dagsettir eru 15. júlí 2008, verða rakin til sambærilegra samninga sem á undan komu, enda þótt hver þeirra um sig hafi verið sjálfstæður bæði að formi og efni. Verður og að miða við að hver samningur hafi verið með sérstakt auðkenni óháð fyrri samningum. Var þannig hver samningur sjálfstæður í þeim skilningi að skuldbinding samkvæmt honum réðst að fullu af texta hans sjálfs

án tilvísana til fyrri samninga. Fólst því í hverjum samningi skuldbinding um að efna hann á gjalddaga samkvæmt efni sínu, sbr. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar Íslands í málum nr. 130/2011 og 15/2012.

Þegar ofangreint er virt í heild, en að öðru leyti með vísan til röksemda sóknaraðila, þykir sýnt að sóknaraðili sé lánardrottinn varnaraðila á þeim grunni sem hann heldur fram. Er andstæðum málsástæðum varnaraðila hafnað.

Eins og áður er rakið er samningsdagur fyrrgreindra GS-afleiðusamninga 15. júlí 2008 en lokadagur 15. október sama ár. Óumdeilt er að samningarnir hafi verið í vanskilum frá nefndum lokadegi, en eins og alkunnugt er fór Kaupþing banki hf. í þrot haustið 2008.

Samkvæmt 5. tl. 2. mgr. 65. gr. laga nr. 21, 1991 getur lánardrottinn krafist þess að bú skuldara verði tekið til gjaldþrotaskipta ef hann hefur ekki innan þriggja vikna orðið við áskorun lánardrottins um að lýsa því skriflega yfir að hann verði fær um að greiða skuld við hlutaðeigandi lánardrottin þegar hún fellur í gjalddaga eða innan skamms tíma ef hún er þegar gjaldfallin.

Samkvæmt gögnum er höfuðstóll þeirra afleiðusamninga sem sóknaraðili byggir kröfu sína á og auðkenndir eru nr. GS08071507, GS08071529 og GS08071525, 380.604.330 krónur. Með afleiðusamningum sem auðkenndir eru með nr. CIRS3334, CIRS3289 og CIRS3308 er heildarkrafa sóknaraðila 606.789.784 krónur, auk dráttarvaxta. Er krafa sóknaraðila að þessu leyti nægjanlega skýr, líkt og málarekstri í málum sem þessum er háttað.

Varnaraðili svaraði áskorun sóknaraðila ekki með fullnægjandi hætti, en hann ber sönnunarbyrði fyrir því að hann sé gjaldfær í skilningi nefnds lagaákvæðis.

Í ljósi alls þessa og annarra framlagðra gagna, þ. á m. takmarkaðra eigna samkvæmt framlögðum ársreikningum varnaraðila, verður krafa sóknaraðila um gjaldþrotaskipti á búi varnaraðila tekin til greina.

Málskostnaður fellur niður.

Ólafur Ólafsson héraðsdómari kvað upp úrskurðinn.

Ú R S K U R Ð A R O R Ð :

Bú varnaraðila, [Y], kt. 000000-0000, [...], er tekið til gjaldþrotaskipta.

Málskostnaður fellur niður.

Ólafur Ólafsson.