

## Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur mánudaginn 11. mars 2013 í máli nr. X-106/2011:

**Ottó Björn Ólafsson**

*(Dagmar Arnardóttir hdl.)*

**gegn**

**Glitni hf.**

*(Þórður Guðmundsson hdl.)*

Máli þessu, sem er ágreiningsmál við slitameðferð varnaraðila, var beint til dómsins með bréfi slitastjórnar varnaraðila 8. apríl 2011, sem mótttekið var af héraðsdómi 11. sama mánaðar. Um lagagrundvöll vísaði slitastjórn til 171. gr., sbr. 2. mgr. 120. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. Málið var tekið til úrskurðar 22. janúar sl.

Sóknaraðili er Ottó Björn Ólafsson, Naustanesi, Kjalarnesi.

Varnaraðili er Glitnir hf., Sóltúni 26, Reykjavík.

Sóknaraðili krefst þess að eftirgreindar tvær kröfur hans, sem hann lýsti við slitameðferð varnaraðila, Glitnis hf., verði samþykktar sem almennar kröfur samkvæmt 113. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., sbr. 3. mgr. 102. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki við slitameðferðina.

Í fyrsta lagi krafa, sem við slitameðferðina hefur númerið CL20091128-6170, að fjárhæð 12.407.240 krónur með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 19. janúar 2006 til 22. apríl 2009, allt að frádregnum vaxtagreiðslum að fjárhæð 450.282 krónur 21. júlí 2006, 493.997 krónur 1. febrúar 2007, 411.228 krónur 23. júlí 2007, 482.807 krónur 23. janúar 2008, 453.954 krónur 22. júlí 2008, 59.204 krónur 5. febrúar 2009 og 300.393 krónur 15. apríl 2009, og að frádregnu greiddu söluverði eignarhlutar sóknaraðila í Latabæ ehf. að fjárhæð 3.866.727 krónur 2. september 2011.

Í öðru lagi krafa, sem við slitameðferðina hefur númerið CL20091128-6178, að fjárhæð 41.000.000 krónur með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 19. janúar 2006 til 22. apríl 2009.

Sóknaraðili krefst sýknu af gagnkröfu varnaraðila. Þá krefst sóknaraðili málskostnaðar.

Varnaraðili krefst þess að kröfum sóknaraðila verði hafnað. Þá krefst varnaraðili þess einnig að sóknaraðili verði úrskurðaður til að greiða honum 46.996.632 krónur með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 16. desember 2009 til greiðsludags. Þá krefst varnaraðili málskostnaðar.

Sóknaraðili krafðist aðallega frávísunar gagnkröfu vegna vanreifunar en þeirri kröfu var hafnað með úrskurði 18. apríl 2012. Það athugast að upphaflega var ákveðið að aðalmeðferð máls þessa færi fram í september sl. en aðilar óskuðu þá eftir frestun hennar meðan beðið væri niðurstöðu í Hæstaréttarmálinu nr. 472/2012. Dómur var kveðinn upp í því máli 26. september sl. og freistuðu aðilar þess að ná sáttum í kjölfar hans. Þær tilraunir reyndust árangurslausar.

Pó varnaraðili máls þessa hafi uppi gagnkröfu þykir ekki ástæða til annars en að vísa ávallt til Ottós Björns Ólafssonar sem sóknaraðila málsins og Glitnis hf. sem varnaraðila þess í úrskurðinum.

I

Eins og að framan greinir er mál þetta ágreiningsmál við slitameðferð varnaraðila en samkvæmt heimild í 100. gr. a laga nr. 161/2002, sbr. 5. gr. laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl., tók Fjármálaeftirlitið 7. október 2008 yfir vald hluthafafundar í varnaraðila, vék stjórn hans frá og setti yfir hann skilanevnd.

Varnaraðila var 24. nóvember 2008 veitt heimild til greiðslustöðvunar með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur. Með lögum nr. 44/2009, sem breyttu nokkrum ákvæðum laga nr. 161/2002, var varnaraðili tekinn til slita og skyldi upphaf þeirra miðast við 22. apríl 2009 þegar löggin öðluðust gildi. Héraðsdómur Reykjavíkur skipaði 12. maí sama ár slitastjórn sem annast meðal annars meðferð krafna á hendur varnaraðila. Hún gaf út innköllun til skuldheimtumanna félagsins 26. maí 2009 og lauk kröfulýsingarfresti 26. nóvember sama ár. Í samræmi við ákvæði 102. gr. laga nr. 161/2002 eins og greininni var breytt með lögum nr. 44/2009 fer um meðferð krafna á hendur fjármálafyrirtæki sem er til slitameðferðar eftir ákvæðum laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl.

Sóknaraðili lýsti þeim kröfum sem að ofan eru raktar innan kröfulýsingarfrests en slitastjórn varnaraðila hafnaði þeim. Mótmælti sóknaraðili þeirri afstöðu innan lögboðinna tímamarka. Voru mótmælin tekin fyrir á kröfuhafafundi 2. desember 2010, en einnig var haldinn sérstakur fundur um kröfurnar 1. apríl 2011. Er bókað í fundargerð að umræður hafi farið fram um það hvort og þá hvernig unnt væri að jafna ágreining aðila um kröfurnar, en að þær viðræður hafi verið árangurslausar. Málinu var í kjölfarið vísað til úrlausnar dómsins í samræmi við ákvæði laga nr. 21/1991. Í kröfulýsingu sóknaraðila vegna síðari kröfunnar var auk þeirrar fjárhæðar sem að ofan er getið einnig gerð krafa um skaðabætur til að mæta fjárhæð þeirrar gagnkröfu sem varnaraðili hefur uppi í málinu. Í greinargerð til héraðsdóms var krafan hins vegar lækkuð í þá fjárhæð sem að ofan greinir.

Helstu málsatvik að því er varðar þau lögskipti sem hér er deilt um eru þau að sóknaraðili var um árabil viðskiptamaður hjá varnaraðila. Í málinu liggur fyrir að 2. apríl 2001 undirritaði sóknaraðili almenna skilmála fyrir markaðsviðskipti í Íslandsbanka-FBA hf. (nafn varnaraðila á umræddum tíma). Skilmálarnir eru ellefu greinar og er gildissvið þeirra skilgreint í 1. gr. þannig að þeir gildi um öll markaðsviðskipti milli varnaraðila og sóknaraðila, svo sem um skammtímalánveitingar, gjaldeyrisviðskipti, afleiðuviðskipti og kaup og sölu verðbréfa. Í 8. gr. skilmálanna er tilgreint að með undirritun sinni á þá lýsi viðskiptamaður því yfir að honum sé ljóst að þau viðskipti sem hann kundi að eiga við markaðsviðskipti varnaraðila geti verið sérstaklega áhættusöm og að viðskiptamanni beri að afla sér ráðgjafar utanaðkomandi sérfræðinga telji hann hennar þörf. Ekki þykir ástæða til þess að tíunda nánar hér efni umræddra skilmála.

Sóknaraðili ritaði undir samning um verðbréfaviðskipti hjá varnaraðila 8. mars 2002 og sótti þar með um að stofna vörslureikning hjá varnaraðila og svokallaðan VS-reikning hjá Verðbréfaskráningu Íslands hf. Segir meðal annars í inngangi skilmála sammingsins að þeir kveði á um notkunarreglur Vörslureiknings Íslandsbanka og um notkunarreglur verðbréfaviðskipta hjá Íslandsbanka. Meðal annars er í skilmálunum kveðið á um að viðskiptavinur beri einn ábyrgð á fjárfestingarákvörðunum sínum og að hann geri sér grein fyrir því að verðbréfaviðskipti geti verið mjög áhættusöm. Honum beri því að afla sér ráðgjafar sérfræðinga, hafi hann takmarkaða þekkingu á fjárfestingum af þeim toga, svo sem um fjárfestingarkosti, áhættu, skattamál og annað sem snerti fjárfestingar hans.

Sóknaraðili skrifaði undir samning um einkabankaþjónustu 4. apríl 2002. Samkvæmt samningnum tók varnaraðili að sér að veita sóknaraðila þjónustu vegna viðskipta með fjármálagerninga, annast vörslur þeirra og fjárstýringu sem og veita ráðgjöf varðandi einstakar fjárfestingar. Með samningnum gaf sóknaraðili varnaraðila heimild til eignastýringar samkvæmt fyrirframákveðinni fjárfestingarstefnu, sbr. b-lið 2. gr. sammingsins. Sóknaraðili samþykkti skriflega fjárfestingarstefnu sem viðauka við þjónustusamninginn og samþykkti þar nánar tilgreind ákvæði um vörslu og ávöxtun fjármuna sinna. Þjónustusamningurinn fól í sér auk fjárvörslu og eignastýringar, ráðgjöf varðandi einstakar fjárfestingar, sbr. a-lið 3. gr. sammingsins. Fyrir liggur að fjárfestingarstefna sóknaraðila hafi í upphafi verið ákveðin 90% skuldabréf og laust fé, 0% innlend hlutabréf og 10% erlend hlutabréf.

Í greinargerð varnaraðila er á það bent að í greinargerð sóknaraðila sé eingöngu vísað til fyrrnefndrar fjárfestingarstefnu en raunin hafi verið að fjárfestingarstefna samkvæmt samningnum hafi verið endurskoðuð í tvígang. Í fyrra skiptið í febrúar 2005 og hafi hún þá verið ákveðin 65% skuldabréf og laust fé, 20% innlend hlutabréf og 15% erlend hlutabréf með ákveðnum hámarksörkum og lágmarksörkum í safni. Í janúar árið 2008 hafi stefnunni verið breytt að nýju og hafi þá verið ákveðin 30% skuldabréf og laust fé, 25% innlend hlutabréf og 45% erlend hlutabréf. Við munnlegan málflutning sem og skýrslugjöf sóknaraðila fyrir dómi voru ekki bornar brigður á þau skjöl sem lýsa framangreindum breytingum og staðfesti sóknaraðili að hann hefði ritað undir þær. Í þeirri fjárfestingarstefnu sem tók gildi í febrúar 2005 og gildi fram í janúar 2008 var kveðið á um að varnaraðili tæki að sér eignastýringu fjármuna samkvæmt núverandi samningi um einkabankaþjónustu ásamt viðaukum. Þá er kveðið á um að varnaraðili muni í nafni

viðskiptavinar fjárfesta í verðbréfum, skuldabréfum eða hlutabréfum sem skráð séu á almennum hlutabréfamörkuðum (b. liður) og óskráðum verðbréfum (d. liður). Þykir ekki ástæða til að gera hér grein öðrum þáttum upptalningarinnar. Í 5. gr. samnings aðila um einkabankaþjónustu greinir undir fyrirsögninni „viðskipti með óskráð verðbréf“ að falli viðskiptavinur undir skilgreiningu laga, reglugerða og reglna bankans um fagfjárfesta geti hann óskað þess að verðbréfavíðskipti samkvæmt samningnum felist að einhverju leyti í viðskiptum með óskráð verðbréf. Með óskráðum verðbréfum sé átt við verðbréf sem ekki séu skráð á skipulegum verðbréfamarkaði, þ.á.m. afleiður, enda þótt undirliggjandi verðbréf séu skráð á skipulegum verðbréfamarkaði. Viðskiptavinur skuli þá óska eftir því skriflega við bankann.

Auk fjárfestingarstefnu var samhliða gerð samnings um einkabankaþjónustu undirritað umboð sóknaraðila til starfsmanna varnaraðila til að kaupa verðbréf fyrir þá fjármuni sem afhentir hafi verið í því skyni. Fyrir liggur að sóknaraðili lagði í upphafi fram 150.000.000 krónur í þessu skyni en jók síðar verulega við þá fjárhæð og taldi hann að fjárhæðin hefði hæst orðið um það bil 1.500.000.000 krónur.

Fyrir liggur að Jóhann Ómarsson var sá starfsmaður varnaraðila sem sá um einkabankaþjónustu við sóknaraðila og kynnti fyrir honum þá fjárfestingarkosti sem um er rætt í máli þessu.

Fyrir liggur í málinu að 19. janúar 2006 keyptu starfsmenn varnaraðila fyrir hönd sóknaraðila skuldabréf útgefið af Latabæ ehf. að nafnverði 200.000 bandaríkjadalir. Voru greiddar 12.407.240 krónur fyrir bréfið. Þá liggur fyrir að sóknaraðili fékk greiddar vaxtagreiðslur í samræmi við skilmála skuldabréfsins 21. júlí 2006, 1. febrúar 2007, 23. júlí 2007, 23. janúar 2008, 22. júlí 2008 og 5. febrúar 2009. Umræddu skuldabréfi var breytt í hlutafé en tilgreindur hluthafi leysti til sín hlutabréf sóknaraðila fyrir 3.866.728 krónur 2. september 2011.

Varnaraðili lýsir því svo í greinargerð sinni að í janúar 2006 hafi Latibær ehf. gefið út skuldabréf að andvirði 14 milljónir dollara og hafi varnaraðili annast útgáfu þeirra. Í fundargerð lánanefndar varnaraðila, 30. desember 2005, komi fram að í kjölfar viðræðna og niðurstöðu áreiðanleikakönnunar, hafi verið lögð fram tillaga að fjármögnun Latabæjar ehf., sem gert hafi ráð fyrir að fjárfestum yrði gefið tækifæri á að gera tilboð í skuldabréfin. Bréfin hafi verið með skilmálum um að höfuðstóll greiddist með einni greiðslu eftir fimm ár. Skuldabréfin hafi annars vegar borið 6 mánaða LIBOR vexti að viðbættu 2% vaxtaálagi, samkvæmt 2. gr. bréfanna og hins vegar, skv. 3. gr. þeirra, skyldi höfuðstóll skuldarinnar bera 4% vexti. Vextir skv. 2. gr. skyldu greiðast á vaxtagjalddögum sem verið hafi á 6 mánaða fresti en vextir skv. 3. gr. skyldu leggjast við höfuðstól á vaxtagjalddögum og greiðast ásamt höfuðstól á gjalddaga höfuðstóls skuldarinnar. Samkvæmt skilmálum skuldabréfsins fylgdi því áskriftarréttur að 0,08228% af hlutafé félagsins. Hafi þessi áskriftarréttur verið framseljanlegur og hægt að selja hann frá skuldabréfinu hvenær sem var.

Skuldabréf Latabæjar ehf. hafi ekki verið seld í almennu útboði, eins og það hugtak hafi verið skilgreint í 21. gr. laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti, sbr. 43. gr. núgildandi laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Hafi því ekki verið gefin út útgáfulýsing, sem innihaldið hafi upplýsingar um fjárhagsstöðu útgefanda, afkomu og framtíðarhorfur. Hins vegar hafi verið haldin kynning fyrir fjárfesta á vegum

varnaraðila og Latabæjar ehf. hinn 10. janúar 2006, þar sem kynntar hafi verið niðurstöður alþjóðlegs ráðgjafafyrirtækis um markaðsstöðu og möguleika Latabæjar ehf. í tengslum við skuldabréfaútbóðið. Jafnframt hafi verið lögð fram til kynningar lögfræðileg áreiðanleikakönnun. Útbóðinu hafi verið beint að þröngum hópi fjárfesta, þá aðallega lífeyrissjóðum og fagfjárfestum en fjársterkum almennum fjárfestum, á borð við sóknaraðila, hafi einnig verið gefið tækifæri á að eiga viðskipti með bréfin.

Kveður varnaraðili að sóknaraðila, eins og öðrum viðskiptavinum bankans sem fjárfestu í skuldabréfaútbóðinu, hafi verið kynnt fjárfestingin áður en kaupin hafi verið gerð og jafnframt gerð grein fyrir áhættunni sem fylgt hafi því að fjárfesta í óskráðum verðbréfum. Sóknaraðili hafi síðan sjálfur tekið ákvörðun um að kaupa bréfin 19. janúar 2006. Af hálfu sóknaraðila er því lýst að hann hafi ekki sótt þá fjárfestakynningu sem að framan er lýst. Jóhann Ómarsson starfsmaður varnaraðila hafi haft samband við hann og hafi kynnt honum þetta tækifæri. Minntist sóknaraðili þess ekki að honum hafi verið gerð grein fyrir því að hér væri um óskráð verðbréf að ræða og kannaðist ekki við að hann hafi verið upplýstur um aðkomu varnaraðila af framkvæmd útbóðsins og þá fjárhagslegu hagsmuni sem varnaraðili hafi haft af því. Sóknaraðili kvaðst hins vegar hafa fallist á að eiga viðskiptin enda hafi hann lagt traust á ráðleggingar starfsmanns varnaraðila.

Sóknaraðili undirritaði 11. júní 2007 samning við varnaraðila um framvirk verðbréfavíðskipti. Samningurinn var með auðkennið FS 07062701 og fjallaði um sölu til sóknaraðila á verðbréfum að nafnvirði 200.000.000 krónur og skyldi hann greiða 215.707.500 krónur fyrir bréfin á afhendingardegi sem kveðið var á um að skyldi vera 11. desember 2007. Í samningnum er getið um vaxtagrunn og vaxtaálag og að tegund skuldabréfa sé SPR072. Í samningnum kemur fram að auk þeirra ákvæða sem fram koma í honum gildi um hann almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti hjá varnaraðila sem viðskiptamaður hafi kynnt sér og samþykkt.

Fyrir liggja gögn um að nýr framvirkur samningur hafi verið útbúinn 11. desember 2007 sem ber númerið FS 07121255 og mun vera um sömu verðbréf og er þar kveðið á um að varnaraðili selji sóknaraðila umrædd skuldabréf á 236.996.632 krónur á afhendingardegi sem tilgreindur er 7. júlí 2008. Fyrir liggur að þann dag voru viðskiptin gerð upp af varnaraðila og tap af þeim tilgreint 46.996.632 krónur eins og greinir á skjali með uppgjöri á framvirkum skuldabréfavíðskiptum sem liggur fyrir í málinu. Sá samningur sem hér er síðast nefndur og uppgjorið bera með sér að gert sé ráð fyrir undirritun sóknaraðila. Slík undirritun liggur ekki fyrir og kvaðst sóknaraðili ekki kannast við umrædda gerninga þó vissulega hafi hann vitað að tap hafi orðið á þessum viðskiptum.

Fyrir liggur að til tryggingar umræddum viðskiptum voru í öndverðu færð hlutabréf inn á handveðsettan vörslureikning nr. 58687.

Í málinu liggur fyrir kynningarefni á tveimur blaðsíðum þar sem umrædd skuldabréf eru kynnt. Sóknaraðili hafnar því að hafa séð umrædda kynningu en varnaraðili telur svo vera eða í það minnsta að starfsmaður hans hafi farið ítarlega yfir þau atriði sem þar koma fram. Um er að ræða svokallað „fjármagnað afleiðutengt skuldabréf“ með auðkennið SPR072. Skuldabréfið er sagt gefið út af traustum útgefanda, sem mun hafa verið SPRON, og ávöxtum bréfsins er tengd hlutabréfaverði í Straumi Burðarás. Skuldabréfið nýtur 95% höfuðstólstryggingar.

Fram kemur að boðið sé upp á fjármögnun á skuldabréfinu og tryggingaþörf sé 6%. Í umræddri kynningu má sjá línurit og nánari upplýsingar um ávöxtunarmöguleika bréfsins en hagnaður eða tap ræðst af þróun á hlutabréfaverði í Straumi Burðarás. Þykir ekki ástæða til að rekja þessar upplýsingar nánar hér. Með kynningunni fylgir texti sem ber yfirskriftina „lagalegur fyrirvari“. Er þar m.a. tekið fram að skjalið sé eingöngu til kynningar á viðskiptahugmynd og sé ætlað til upplýsingar. Kynningin sé eingöngu ætluð fagfjárfestum. Sóknaraðili kvaðst í skýrslu sinni fyrir dómi ekki hafa séð umrædda kynningu en hafa vitað af því að gerningurinn væri með höfuðstólstryggingu. Hafi hann því metið áhættuna fimm til tíu milljónir króna.

Fyrir liggur að til að freista þess að vinna niður tap sem varð af fyrrnefndri fjárfestingu var sóknaraðila boðið að gera samning um gjaldeyrisstýringu. Samningi þessum er að nokkru lýst hér síðar þegar grein er gerð fyrir málsástæðum aðila. Þykja ekki efni til að lýsa nánar skilmálum hans hér en hér nægir að nefna að ekki munu hafa verið lagðar fram frekari tryggingar af hálfu sóknaraðila vegna gerðar þess samnings en þegar voru inni á þeim handveðsetta reikningi sem settur hafði verið til tryggingar framangreindum framvirkum verðbréfa/skuldabréfaviðskiptum og lýst er stuttlega hér að framan.

Sóknaraðili lýsti því í skýrslu sinni fyrir dómi að hann hefði þegar framangreind viðskipti áttu sér stað ekki vitað annað en þjónusta varnaraðila væri í samræmi við samning aðila. Það hafi ekki verið fyrr en í kjölfar bankahrunsins sem hann hafi leitað til lögfræðinga og óskað yfirferðar yfir viðskipti sín hjá varnaraðila. Þá fyrst hafi honum orðið ljóst að ýmislegt kynni að vera athugavert við það hvernig starfsmenn varnaraðila hefðu haldið á hagsmunum hans.

## II

Í máli þessu hefur sóknaraðili uppi tvær skaðabótakröfur. Byggist sú fyrri á þeim grundvelli að starfsmenn varnaraðila hafi valdið honum tjóni með því að hafa lagt fé fyrir hans hönd til kaupa á skuldabréfi útgefnu af Latabæ ehf. að fjárhæð 200.000 bandaríkjadalir 19. janúar 2006. Síðari kröfuna byggir hann á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna framvirkra skuldabréfaviðskipta og samnings um gjaldeyrisstýringu, en framlag hans til viðskiptanna hafi verið 41.000.000 krónur. Í báðum tilvikum vísar sóknaraðili einkum til þess að um hafi verið að ræða fjármálagerninga sem ekki hafi verið við hæfi að bjóða honum sem almennum fjárfesti, en einnig hafi verið um að ræða gerninga sem ekki hafi rúmast innan þess ramma sem ákveðinn hafi verið í samningi aðila um einkabankaþjónustu. Athafnir starfsmanna varnaraðila og athafnaleysi hafi falið í sér nánar greind brot á samningi aðila um einkabankaþjónustu sem og nánar greindum ákvæðum laga um verðbréfaviðskipti.

Varnaraðili hafnar framangreindum forsendum sóknaraðila og byggir á að sóknaraðili hafi sjálfur tekið þær ákvarðanir sem hér um ræðir eftir að hafa fengið kynningu á þeim hjá starfsmanni varnaraðila. Hafi við þá kynningu verið farið ítarlega yfir alla þá þætti sem máli hafi skipt varðandi ákvörðunina. Sóknaraðili hafi einnig haft þekkingu og reynslu til að taka umræddar fjárfestingarákvarðanir. Um seinni kröfuna kveður varnaraðili að hún eigi rót sína að rekja til samnings um framvirk verðbréfaviðskipti með auðkennisnúmerið FS 07062701 sem gerður hafi

verið milli aðila 11. júní 2007. Lokadagur samningsins hafi átt að vera 11. desember sama ár, en þann dag hafi samningurinn verið framlengdur til 7. júlí 2008, með samningi með auðkennisnúmerið FS 07121255. Þann dag hafi verið tap á samningnum að fjárhæð 46.996.632 krónur. Til að vinna upp það tap hafi sóknaraðila verið boðið að velta tapinu yfir í gjaldeyrisstýringu hjá varnaraðila og hafi í því skyni verið gerður samningur 7. júlí 2008 um það efni þar sem kveðið er á um að framlag sóknaraðila skyldi vera 41.000.000 krónur. Hafi sá samningur verið látinn byrja í tapi sem þessu nemi en hugmyndin hafi verið að vinna upp tapið á næstu mánuðum. Á móti því hafi tap vegna fyrrnefnds framvirks samnings verið fært niður um samsvarandi fjárhæð í stað þess að gera það upp. Þessi aðgerð hafi verið hugsuð til að koma til móts við sóknaraðila og fleiri viðskiptavinum sem líkt hafi staðið á um en hafi ekki átt að leiða til aukins taps viðskiptavinar. Ekki hafi verið krafist aukinna trygginga vegna þessa og trygging hafi því áfram verið í formi handveðsetts vörslureiknings sóknaraðila nr. 58687, samkvæmt handveðsyfirlýsingu 13. september 2007. Varnaraðili kveður sóknaraðila því aldrei hafa greitt 41.000.000 krónur vegna samnings um gjaldeyrisstýringu og gerir á hendur honum gagnkröfu um greiðslu þeirrar fjárhæðar auk þess að krefjast greiðslu á 5.996.632 krónum sem hann kveður eftirstöðvar taps á fyrrnefndum framvirkum samningi.

### III

Sóknaraðili byggir á því að skuldabréf útgefið af Latabæ ehf. hafi verið áhættusamur fjármálagerningur sem ekki var við hæfi sóknaraðila sem almenns fjárfestis að festa kaup á. Saknæm háttsemi starfsmanna varnaraðila hafi annars vegar falist í brotum á ýmsum ákvæðum laga nr. 33/2003 og hins vegar í því að þeir hafi gerst brotlegir við skriflegan samning aðila um einkabankaþjónustu.

Ráðist hafi verið í þessa ótryggu og áhættusömu fjárfestingu að frumkvæði starfsmanns varnaraðila. Latibær ehf. hafi ekki verið skráð á markað og því opinberar upplýsingar um félagið takmarkaðar. Félagið hafi verið nýsköpunarfyrirtæki sem hafi öll rekstrarár frá stofnun skilað tapi af rekstri og skv. ársreikningi 2005 þá hafi nær allar eignir félagsins verið óefnislegar og félagið engar tekjur haft. Skammtímaskuldir hafi hins vegar verið 805.781.000 krónur í lok ársins. Því megi ætla að verulegur hluti þess fjármagns sem komið hafi inn í fyrirtækið með sölu á umræddum skuldabréfum hafi farið í greiðslu skulda. Þá verði að geta þess að lítill sem enginn markaður sé fyrir bréf sem þessi og erfitt að koma þeim í verð. Samræmist kaup þessi því ekki almennri venju í bankaviðskiptum og geti ekki talist tilhlýðileg fjárfesting fyrir almennan fjárfesti. Starfsmenn bankans hafi því brotið gegn 4. gr. laga nr. 33/2003 um góða viðskiptavenju. Þá hafi starfsmenn bankans einnig brotið gegn þeirri ríku upplýsingaskyldu sem á þeim hafi hvílt gagnvart sóknaraðila, sbr. 5. gr. laga nr. 33/2003 og sér í lagi 8. gr. sömu laga um sölu óskráðra verðbréfa til almennra fjárfesta. Hinar takmörkuðu upplýsingar sem varnaraðili hafi veitt sóknaraðila hafi hvorki verið skýrar né nægjanlegar til að sóknaraðili gæti tekið upplýsta ákvörðun.

Kveður sóknaraðili og að ekki sé ótvírætt að starfsmenn varnaraðila hafi gætt þeirrar óhlutdrægni sem 6. gr. laga nr. 33/2003 krefjist af þeim. Það hafi verið varnaraðili sem annast hafi útgáfu skuldabréfanna og sóknaraðili hafi ekki verið

upplýstur um hvaða þóknun varnaraðili tæki fyrir umsjón útgáfunnar. Þá hafi varnaraðili ekki upplýst sóknaraðila um það hvort varnaraðili hefði skuldbundið sig til að selja tilgreint lágmark skuldabréfa (sölutrygging), eins og algengt sé í skuldabréfaútboðum. Þá hafi sóknaraðili nú upplýsingar um að varnaraðili hafi jafnframt verið hluthafi í Latabæ ehf. en um þá hagsmuni hafi varnaraðila ekki upplýst. Það vekur enn fremur efasemdir um óhlutdrægni varnaraðila að ekki hafi verið haft samband við sóknaraðila um leið og, eða skömmu eftir, að varnaraðili hafi tilkynnt opinberlega um sölu skuldabréfanna. Það hafi þannig ekki verið fyrir en 19. janúar, þ.e. degi áður en sölu skuldabréfanna hafi lokið, að gengið hafi verið frá viðskiptum sóknaraðila. Telji sóknaraðili þessa staðreynd renna stöðum undir að illa hafi gengið að fá fagfjárfesta til að kaupa umrædd skuldabréf og því hafi verið leitað til almennra fjárfesta í eignastýringu. Sóknaraðili hafi þó ekki aðgang að gögnum sem sýni fram á þetta og sé því skorað á varnaraðila að leggja fram gögn og veita upplýsingar um allt fyrrgreint, þ.e. samning um umsjón hins lokaða útboðs, þóknunir, sölutryggingu og eignarhlutdeild í Latabæ ehf. Þá komi það einnig í hlut varnaraðila að útskýra hvers vegna almennum fjárfesti, líkt og sóknaraðila, hafi verið ráðlagt að fjárfesta í umræddum óskráðum skuldabréfum. Geti varnaraðili ekki veitt haldgóðar skýringar á fyrrgreindu sem sýni að fyllstu óhlutdrægni hafi verið gætt, verði ekki á annan veg ályktað en að varnaraðili hafi brotið gegn 6. gr. laga nr. 33/2003.

Sóknaraðili byggir og á því að umrædd viðskipti hafi verið í andstöðu við samning aðila um einkabankaþjónustu. Heimild varnaraðila til eignastýringar fyrir sóknaraðila hafi þar verið settur rammi með skriflegri fjárfestingastefnu sem aðilar hafi undirritað. Starfsmönnum varnaraðila hafi verið heimilt að stjórna eignasafni sóknaraðila án þess að fá samþykki sóknaraðila fyrir hverri færslu svo lengi sem fjárfestingin hafi verið innan fjárfestingarstefnu. Samkvæmt skýru orðalagi fjárfestingastefnu aðila þá hafi varnaraðila verið óheimilt að fjárfesta fyrir hönd sóknaraðila í óskráðum bréfum en í fjárfestingastefnunni segir orðrétt: „Bankinn mun í nafni viðskiptavinar fjárfesta í neðangreindum verðbréfum: [...] b. Verðbréfum, skuldabréfum eða hlutabréfum sem skráð eru á opinberum verðbréfamörkuðum.“ Við munnlegan málflutning kom fram að þegar greinargerð sóknaraðila hafi verið rituð þá hafi lögmaður hans stuðst við fjárfestingarstefnu dagsetta 4. apríl 2002 en hafi ekki vitað að fjárfestingarstefna samkvæmt samningnum var endurskoðuð með samningi 2. febrúar 2005 en þar hafði verið bætt við nýjum lið þar sem sagði að bankinn muni í nafni viðskiptavinar fjárfesta í óskráðum verðbréfum. Sóknaraðili vísar þó til þess að viðbót þessi breyti ekki því að samkvæmt tilvitnuðum b. lið verði aðeins fjárfest í skuldabréfum skráðum á opinberum verðbréfamörkuðum og því breyti þetta ekki réttarstöðu aðila varðandi hin umdeildu kaup á skuldabréfum útgefnum af Latabæ ehf. Þá byggir sóknaraðili einnig á því að í 5. gr. þjónustusamnings aðila segi að viðskiptavinur geti óskað eftir að fá að eiga viðskipti með óskráð verðbréf ef hann sé skilgreindur sem fagfjárfestir og ef hann óski eftir því sjálfur skriflega við bankann. Sóknaraðili hafi aldrei verið skilgreindur sem fagfjárfestir og hann hafi aldrei óskað eftir því að fá að eiga viðskipti með óskráð bréf. Hann hafi einfaldlega setti traust sitt á sérfræðinga varnaraðila. Samkvæmt skýrum samningsákvæðum í samningi aðila, sem samin var af varnaraðila, þá var varnaraðila óheimilt að kaupa óskráð bréf fyrir reikning sóknaraðila. Auk þess sem skuldabréfin hafi verið óskráð þá hafi þau borið með sér mun meiri áhættu en sóknaraðili hafi viljað taka og umsamin samsetning fjárfestinga í fjárfestingarstefnu hafi gefið svigrúm til.

Hin bótaskylda háttsemi starfsmanna varnaraðila hafi falist í því að starfsmenn varnaraðila hafi farið út fyrir umboð sitt þegar þeir hafi fjárfest fyrir hönd sóknaraðila í óskráðu skuldabréfi. Með þeirri háttsemi hafi starfsmenn bankans sýnt af sér saknæma háttsemi sem farið hafi í bága við skýr ákvæði samnings aðila og ákvæði laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti.

Krafa sóknaraðila miði að því að gera hann eins settan og ef ekki hefði til viðskiptanna komið. Tjón sóknaraðila sé sú fjárhæð sem lögð hafi verið út við kaup á skuldabréfinu, 19. janúar 2006, eða 12.407.240 krónur að viðbættum vöxtum en að frádregnum þeim greiðslum sem reiddar hafi verið af hendi. Krafist sé skaðabótavaxta í samræmi við 8. gr. laga nr. 38/2001 allt frá hinu bótaskylda atviki, 19. janúar 2006 og fram til 22. apríl 2009, sem sé úrskurðardagur varnaraðila í skilningi laga nr. 21/1991, að frádregnum þó þeim greiðslum sem reiddar hafi verið af hendi. Til frádráttar komi því þær vaxtagreiðslur sem greiddar hafi verið og lokagreiðsla sem greidd hafi verið, 2. september 2011, eftir að eignahlutum hafi verið breytt í hlutafé og allt hlutafé selt til Turner Broadcasting Systems eins og sjá megi af skjölum málsins.

Allar greiðslur hafi verið umreiknaðar úr bandaríkjadöllum í íslenskar krónur á gengi þess dags er þær hafi verið inntar af hendi. Vaxtagreiðslurnar hafi alls verið sjö og komi þær ásamt lokagreiðslunni til frádráttar með þeirri fjárhæð í íslenskum krónum og á þeim dagsetningum sem nánar greini í kröfu sóknaraðila hér að framan.

Sóknaraðili byggir á að starfsmenn varnaraðila hafi hvorki gætt þeirrar aðgæslu né hafi sýnt þau vönduðu vinnubrögð sem gera hafi mátt kröfu um á grundvelli sérfræðilekkingar þeirra. Hegðun starfsmanna varnaraðila hafi því hvoru tveggja verið saknæm og ólögmat. Tjón sóknaraðila liggi ljóst fyrir og sé bein orsök af saknæmri háttsemi starfsmanna varnaraðila.

Sóknaraðili kveður að lög nr. 108/2007 hafi nýlega tekið gildi þegar þeir gerningar hafi átt sér stað sem síðari skaðabótakrafa hans byggir á. Fyrir liggi samningur um framvirk skuldabréfavíðskipti, dags. 11. desember 2007, með auðkennið FS 07121255 en hann sé ekki undirritaður af sóknaraðila. Þá sé uppgjörslað vegna samningsins sem dagsett sé 7. júlí 2008 ekki heldur undirritað af honum. Á framangreindum skjölum báðum sé þó gert ráð fyrir undirritun hans í sérstakri línu. Kveður sóknaraðili að samkvæmt upplýsingum frá varnaraðila þá hafi tap á þessum samningi verið að fjárhæð 46.996.632 krónur þegar samningurinn hafi verið gerður upp. Sem hluta af uppgjöri þess taps, hafi að undirlagi og samkvæmt ráðgjöf sérfræðinga varnaraðila, verið undirritaður þann 7. júlí 2008 samningur um gjaldeyrisstýringu. Sóknaraðili hafi vegna þess samnings lagt fram 41.000.000 krónur til tryggingar. Þegar þeim viðskiptum hafi lokið með yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á varnaraðila hafi tap á þeim viðskiptum verið rúmar 181.000.000 krónur. Í samræmi við ákvæði 8. gr. samningsins skyldi tjón sóknaraðila takmarkast við 41.000.000 krónur.

Þann 21. nóvember 2008 hafi sóknaraðili undirritað yfirlýsingu um skuldajöfnuð, að undirlagi og samkvæmt ráðgjöf starfsmanna varnaraðila, þar sem kröfum sóknaraðila á hendur varnaraðila hafi verið skuldajafnað við kröfu Nýja Glitnis banka hf., nú Íslandsbanka hf. Þessi skuldajafnaðaryfirlýsing hafi alfarið

verið útbúin af starfsmönnum varnaraðila.

Þann 16. nóvember 2009 hafi sóknaraðili mótttekið bréf frá varnaraðila þar sem fullyrt sé að tap sóknaraðila vegna hinna framvirku skuldabréfaviðskipta hafi verið 46.996.632 krónur. Í bréfinu komi fram að framlag sóknaraðila til samningsins um gjaldeyrisstýringu, að fjárhæð 41.000.000 krónur, hafi verið nýtt við uppgjör á fyrrgreindum samningi um framvirk skuldabréfaviðskipti. Í bréfinu hafi varnaraðili því verið að krefja sóknaraðila um eftirstöðvar af tapi vegna framvirku skuldabréfanna, 5.996.632 krónur og auk þess um 41.000.000 krónur vegna samningsins um gjaldeyrisstýringu þar sem fyrra framlagi sóknaraðila hafi þegar verið ráðstafað upp í ætlaða skuld sóknaraðila. Varnaraðili telji sig því eiga kröfu að fjárhæð 46.996.632 krónur á sóknaraðila vegna þessara viðskipta. Þá hafi varnaraðili áskilið sér rétt til þess í bréfinu að dráttarvaxtareikna fjárhæðina frá því hún hafi fallið í gjalddaga á árinu 2008. Sóknaraðili telji þetta kröfubréf varnaraðila óskammfeilið og fjarstæðukennt. Raunin sé sú að varnaraðili hafi farið langt út fyrir umboð sitt þegar starfsmenn hans hafi fjárfest í ofangreindum fjármálagerningum fyrir reikning sóknaraðila. Sóknaraðili telji því að viðskiptin hafi ekki verið skuldbindandi fyrir sig og þau eigi að ganga til baka. Sóknaraðili krefjist þess að fá skaðabætur sem miði að því að gera hann eins settan og ef aldrei hefði til viðskiptanna komið. Sóknaraðili hafi lagt fram 41.000.000 krónur sem hafi tapast og sé því gerð krafa um þá fjárhæð.

Í kröfulýsingu hafi verið gerðar ýtrustu kröfur og hafi höfuðstóll kröfunnar skv. kröfulýsingu verið 87.996.632 krónur. Hér hafi verið um að ræða skaðabætur að fjárhæð 41.000.000 krónur sem hafi tapast og einnig skaðabætur að fjárhæð 46.996.632 krónur til að mæta þeirri kröfu sem varnaraðili telji sig eiga á hendur sóknaraðila. Sóknaraðili telji að þar sem um ólögmet og umboðslaus viðskipti hafi verið að ræða séu þau ekki skuldbindandi fyrir sóknaraðili og því eigi varnaraðili enga kröfu á hendur honum. Raunverulegt fjártjón sóknaraðila sé því 41.000.000 krónur og hafi krafa sóknaraðila því verið lækkuð til samræmis.

Eins og fyrr hafi verið fjallað um þá grundvallist réttarsamband sóknar- og varnaraðila á samningi um einkabankaþjónustu þar sem varnaraðili hafi tekið að sér eignastýringu fyrir sóknaraðila samkvæmt skriflegri fjárfestingarstefnu sem sóknaraðili hafi samþykkt. Má um sjónarmið sóknaraðila um þetta vísa til fyrri umfjöllunar um efni samnings aðila og fjárfestingarstefnu samkvæmt honum.

Sóknaraðili kveður hér um tvenns konar afleiðuviðskipti að ræða. Fyrst hafi verið ráðist í framvirk skuldabréfaviðskipti og þegar þau viðskipti hafi verið komin tæpar 47.000.000 krónur í mínus hafi „sem hluti af uppgjöri þess taps“ verið gerður samningur um gjaldeyrisstýringu.

Þann 7. júlí 2008 hafi verið undirritaður samningur á milli sóknar- og varnaraðila um gjaldeyrisstýringu en það sé sami dagur og uppgjör á framvirkum skuldabréfasamningi hafi farið fram. Samkvæmt samningnum hafi sóknaraðili lagt fram 41.000.000 krónur í tryggingu eða framlag til fjárfestingar. Samkvæmt 8. gr. samningsins skyldi tap viðskiptamanns takmarkast við framlag hans og ef tap yrði umfram það skyldi Glitnir banki bera það. Í 4. gr. samningsins sé fjallað um tryggingar og þar segi að framlag viðskiptamanns skuli einvörðungu nýtt af hálfu viðskiptamanns sem veðandlag til að tryggja skuldir hans sem leiði af þessum samningi en það takmarki þó ekki heimildir bankans til að fullnusta kröfur sínar

með veðinu, hvort sem þær séu sprottnar af þessum samningi eða öðrum viðskiptum viðskiptavinarins við bankann. Þessa heimild hafi varnaraðili nýtt sér áður en blekið á samningnum hafi verið orðið þurrt „til lækkunar á tapi þínu við uppgjör framangreindra gjaldmiðlaskiptasamninga.“ eins og segi í fyrrgreindu bréfi frá varnaraðila.

Samkvæmt skýrum samningsákvæðum þá hafi verið um framlag eða tryggingu að ræða sem sóknaraðili hafi reitt af hendi og hafi tap hans átt að takmarkast við þá fjárhæð og aldrei að geta orðið meira. Samt sem áður krefji varnaraðili hann í fyrrgreindu bréfi um að greiða aftur 41.000.000 krónur þar sem varnaraðili hafi notað fyrra framlag til að greiða ætlaða skuld sem orðið hafi til áður en samningurinn hafi verið undirritaður.

Samningurinn um gjaldmiðlastýringu sé hluti af hinum ólögmeta samningi um framvirk skuldabréfaviðskipti en ráðist hafi verið í hann til að „leiðrétta“ tjónið sem af honum hafi hlotist. Varnaraðili hafi í raun narrað sóknaraðila út í gjaldmiðlaskiptasamninginn undir því yfirskyni að nú ætti með skjótum hætti að vinna til baka það sem hafi tapast í fyrri viðskiptum. Sóknaraðila hafi því við undirritun samnings ekki verið gerð grein fyrir því að framlag hans yrði í raun samdægurs notað til að greiða ætlaða skuld hans við bankann. Forsendur sem sóknaraðila hafi verið gefnar fyrir viðskiptunum hafi því verið rangar og hann blekktur út í þessi viðskipti. Það að varnaraðili hafi nettað framlag sóknaraðila við ætlaða skuld leiði ekki til þess að varnaraðili geti krafist sóknaraðila um framlagið aftur, heldur einungis til þess að varnaraðili hafi í raun ekkert framlag haft til að fjárfesta fyrir. Það gangi auðvitað ekki upp að bankinn noti framlagið tvisvar. Fyrst til að greiða ætlaða skuld og krefji svo sóknaraðila um að greiða það aftur.

Samkvæmt samningnum um gjaldmiðlastýringu skyldi fjárfestingarframlag viðskipamanns nýtt til stöðutöku og afleiðuviðskipta með gjaldeyri á alla helstu gjaldeyriskrossa og gengisvísitölur, jafnt innlenda sem erlenda. Þá komi einnig fram í samningnum að „fjárfestingar í gjaldeyri samkvæmt samningi þessum [sému] sérstaklega áhættusamar“ og þá segi einnig í samningnum að „viðskipti með gjaldeyri [sému] í eðli sínu áhættusöm viðskipti“. Nákvæmlega hversu áhættusöm þessi viðskipti hafi verið sjáist best á því að í heild hafi tapast 181.300.000 krónur af þeim, sbr. bréf Glitnis, 16. nóvember 2009.

Sóknaraðili byggir á að ýmislegt sé athugavert við framangreinda samninga. Í fyrsta lagi sé hann almennur fjárfestir og hér hafi því verið um alltof flókna og áhættusama gerninga að ræða. Sé hér um að ræða afleiður og allar afleiður séu skilgreindar sem flóknir fjármálagerningar, sbr. 38. gr. reglugerðar nr. 995/2007 og því gerðar ríkar kröfur til fjármálafyrirtækja um öflun upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavina og mat á tilhlýðileika viðskipta. Þessara upplýsinga hafi ekki verið aflað og hafi gerningar þessir því brotið í bága við skráðar háttarnisreglur, sbr. einkum 15. gr. laga nr. 108/2007. Í öðru lagi hafi verið ráðist í fjárfestingarnar að undirlagi og samkvæmt sérfræðiráðgjöf starfsmanna varnaraðila. Í þriðja lagi hafi sóknaraðili aldrei undirritað framvirku skuldabréfasamningana sem verið hafi upphafið að þessum viðskiptum og hafi því aldrei veitt samþykki sitt. Í fjórða lagi hafi sóknaraðili verið í eignastýringu hjá varnaraðila og þessi viðskipti hafi ekki rúmast innan samnings aðila um einkabankaþjónustu og innan þeirrar fjárfestingarstefnu sem í gildi hafi verið á milli aðila. Samningur um einkabankaþjónustu sé skv. orðan samningsins sjálfs samningur um alhliða

þjónustu sem römmuð sé inn af skráðri fjárfestingarstefnu og því eðlilegt að öll viðskipti aðila falli innan þess samnings. Það hafi aldrei verið gerður á því greinarmunur við sóknaraðila hvort um væri að ræða viðskipti sem hafi fallið utan eða innan samningsins. Það hafi því alltaf verið sami starfsmaður varnaraðila, Jóhann Ómarsson, sem hafi haft samband og hafi kynnt fyrir sóknaraðila fjárfestingarkosti. Gildandi fjárfestingarstefna hafi verið mótuð af varnaraðila og samþykkt af sóknaraðila. Ef það hafi verið sérfræðileg ráðgjöf starfsmanna varnaraðila að breyta þyrfti fjárfestingarstefnunni og heimila viðskipti með afleiður og önnur óskráð verðbréf hefðu starfsmenn varnaraðila þurft að mæla með því við sóknaraðila að hann breytti fjárfestingarstefnunni. Samkvæmt þjónustusamningnum þá hafi sóknaraðila ávallt verið heimilt að endurskoða fjárfestingarstefnuna. Slík breyting á fjárfestingarstefnunni hafi þó aldrei verið framkvæmd eða einu sinni borin undir sóknaraðila. Þess í stað hafi gildandi stefna verið virt að vettugi og ráðist í fjárfestingar langt utan þess umboðs sem hún hafi gefið. Starfsmenn varnaraðila hafi farið út fyrir umboð sitt er þeir hafi gert samning um gjaldmiðlastýringu við sóknaraðila. Í fimmta lagi sé í samningi aðila um einkabankaþjónustu skýrt tilgreint að viðskipti með óskráð bréf geti sóknaraðili aðeins átt ef hann sé flokkaður sem fagfjárfestir og ef hann óski eftir því sjálfur skriflega. Sóknaraðili hafi alltaf verið flokkaður réttilega sem almennur fjárfestir og hann hafi aldrei óskað eftir því að fá að eiga viðskipti með óskráð bréf eða óskað eftir því að vera skilgreindur sem fagfjárfestir vegna einstakra viðskipta. Þá geti varnaraðili ekki haldið því fram að þessi viðskipti falli utan samnings aðila um einkabankaþjónustu þar sem gerður hafi verið um þau sérstakur samningur. Því ef fallist væri á slík rök leiddi það til þess að 5. gr. þjónustusamningsins, sem banni viðskipti með óskráð bréf, hefði ekkert sjálfstætt gildi. Alltaf væri hægt að eiga viðskipti með hin ýmsu óskráðu bréf og afleiður í skjóli þess að þau viðskipti féllu utan samningsins um einkabankaþjónustu. Í sjötta lagi selji starfsmenn varnaraðila sérfræðiþjónustu og beri því ríkari skyldu. Öll skjalagerð hafi verið í höndum starfsmanna varnaraðila. Hinn umdeildi samningur sé ekki við hæfi almennra fjárfesta og fari það gegn góðu verklagi að bjóða almennum fjárfesti að taka þátt í slíkum viðskiptum. Starfsmenn varnaraðila hafi sem sérfræðingar átt að geta gert sér betur grein fyrir hættu og líkum á tjóni og hafi ekki sýnt af sér þá aðgæslu og þá vandvirkni sem af þeim hafi mátt krefjast.

Samningur sem varnaraðili hafi gert fyrir hönd sóknaraðila um framvirk skuldabréfaviðskipti og samningur um gjaldmiðlastýringu séu því óskuldbindandi fyrir sóknaraðila þar sem um fjárfestingar hafi verið að ræða sem ekki hafi verið við hæfi sóknaraðila og starfsmenn varnaraðila hafi ekki haft umboð til að fjárfesta í þessum gerningum fyrir reikning sóknaraðila.

Skilyrði skaðabótaréttar séu uppfyllt. Sýnt hafi verið fram á saknæma háttsemi starfsmanna varnaraðila með því að þeir hafi brotið gegn skýrum samningsákvæðum í þjónustusamningi aðila auk þess sem þeir hafi hvorki sýnt þá aðgæslu né þau vönduðu vinnubrögð sem gera hafi mátt kröfu til á grundvelli sérfræðiþekkingar þeirra. Starfsmenn varnaraðila hafi heldur ekki fylgt skráðum háttennisreglum. Hegðun starfsmanna varnaraðila hafi því hvoru tveggja verið saknæm og ólögmat.

Tjón sóknaraðila liggja ljóst fyrir og sé sú fjárhæð sem lögð hafi verið út við samningsgerðina, þann 7. júlí 2008, eða 41.000.000 krónur. Krafa sóknaraðila miði að því að gera hann eins settan og ef aldrei hefði til viðskiptanna komið. Þá sé gerð

krafa um skaðabótavexti á höfuðstólinn skv. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu fram til 22. apríl 2009.

Sóknaraðili vísar til þess í skriflegum athugasemdum sínum við gagnkröfu og byggir á til stuðnings sýknukröfu sinni, að varnaraðili hafi notað framlag sóknaraðili að fjárhæð 41.000.000 krónur til lækkunar á tapi samkvæmt samningi um framvirk skuldabréfaviðskipti og geti hann ekki krafist þess að fá framlagið greitt í tvígang. Þá kveður sóknaraðili að varnaraðili byggi kröfu sína að fjárhæð 5.996.632 krónur á óundirrituðu uppgjöri á framvirkum samningi en sóknaraðili verði ekki dæmdur til að greiða samkvæmt uppgjöri sem hann hafi aldrei samþykkt. Þá vísar sóknaraðili til þess að um hafi verið að ræða flókin afleiðuviðskipti sem honum hafi aldrei átt að standa til boða að taka þátt í og starfsmenn varnaraðila hafi farið langt út fyrir umboð sitt og skráða fjárfestingarstefnu þegar þeir hafi fjárfest í umræddum fjármálagerningum fyrir hans reikning. Viðskiptin hafi því ekki verið skuldbindandi fyrir sóknaraðila. Þá kveðst sóknaraðili vísa nánar til röksemda sem komi fram í greinargerð hans um aðalsök.

Um lagarök kveðst sóknaraðili vísa til laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl, laga um verðbréfiðskipti nr. 33/2003 og 108/2007, til réttarfarsreglna og meginreglna kröfuréttar og samningsréttar. Þá kveðst hann vísa til skaðabótalaga nr. 50/1993 og óskráðra meginreglna skaðabótaréttarins svo sem sakareglunnar, reglunnar um vinnuveitendaábyrgð, reglunnar um sérfræðiábyrgð og sönnunarreglna í skaðabótarétti um strangt sakarmat og öfuga sönnunarbyrði. Um vaxtakröfu sé vísað til IV. kafla laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu og um lokadag sé vísað til ákvæða laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl um úrskurðardag. Málskostnaðarkrafa sóknaraðila sé byggð á XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála einkum 130. gr. Sóknaraðili vísar og til þess að hann hafi ekki með höndum virðisaukaskattskylda starfsemi og því þurfi við ákvörðun málskostnaðar að taka tillit til skyldu til greiðslu virðisaukaskatts af málflutningsþóknun.

#### IV

Varnaraðili kveðst hafna því að fyrir hendi séu skilyrði skaðabótaábyrgðar, hvorki á grundvelli vinnuveitendaábyrgðar né sérfræðiábyrgðar.

Um kröfu sóknaraðila vegna kaupa á skuldabréfi útgefnu af Latabæ ehf. kveður varnaraðili að málsaðilar hafi gert með sér þjónustusamning sem falið hafi í sér, auk fjárvörslu og eignastýringar, alhliða fjármálaþjónustu hjá varnaraðila og dótturfélögum. Í b-lið 2. gr. samningsins hafi verið kveðið á um að eignastýring fæli í sér tilfærslu á mismunandi tegundum verðbréfa eftir því sem tækifæri byðust á mörkuðum á hverjum tíma. Sóknaraðili hafi þannig gefið bankanum heimild til eignastýringar samkvæmt fyrirframákveðinni fjárfestingarstefnu, sbr. 4. gr. samningsins, og bankinn hafi séð um framkvæmd fjárfestingarstefnunnar fyrir hönd sóknaraðila. Hugtakið eignastýring hafi verið tekið upp við gildistöku laga nr. 33/2003 og það skilgreint sem „viðtaka fjármuna til fjárfestingar í fjármálagerningum eða öðrum verðmætum fyrir eigin reikning viðskiptavinar gegn endurgjaldi“, sbr. 3. tölul. 1. mgr. 1. gr. þeirra laga. Í eignastýringarluta þjónustusamningsins hafi þannig falist að starfsmenn varnaraðila hafi átt að taka

ákvörðanir um einstakar fjárfestingar viðskiptamanns, innan ramma samþykkrar fjárfestingarstefnu. Í 3. gr. hafi síðan verið kveðið á um að samningurinn fæli jafnframt í sér ráðgjöf varðandi einstakar fjárfestingar og fleiri þætti, allt eftir vali sóknaraðila. Í 13. gr. þjónustusamningsins hafi sérstaklega verið tekið fram að sóknaraðili gæti gefið fyrirmæli um viðskipti samkvæmt samningnum, munnlega eða skriflega. Fjárfestingarráðgjöf, hvort sem verið hafi að frumkvæði sóknaraðila eða starfsmanna varnaraðila, hafi því verið hluti af þjónustusamningnum. Í þjónustusamningnum hafi því verið gerður greinarmunur á eignastýringu annars vegar og fjárfestingarráðgjöf varðandi einstakar fjárfestingar hins vegar.

Fyrir liggi að ákvörðun um kaup á skuldabréfi útgefnu af Latabæ ehf. hafi verið tekin af sóknaraðila, eftir að kostir og gallar þessa fjárfestingarkosts hafi verið metnir af bæði sóknaraðila og starfsmönnum varnaraðila. Sóknaraðila hafi þannig verið vel kunnugt um möguleika félagsins og áhættu enda vaxtakjör í fullkomnu samhengi við áhættuna. Þá liggi fyrir að starfsmenn varnaraðila hafi aldrei framkvæmt nein viðskipti í framvirkum samningnum eða óskráðum verðbréfum án vitundar sóknaraðila og án hans samþykkis. Starfsmenn varnaraðila hafi ráðlagt sóknaraðila um eðli fjármálagerningsins og áhættuna sem honum hafi fylgt en ákvörðunartakan varðandi þennan tiltekna löggerning hafi verið í höndum sóknaraðila. Af efni þjónustusamningsins og þágildandi ákvæðum laga nr. 33/2003, sé ljóst að í þeim tilfellum þar sem sóknaraðili hafi gefið fyrirmæli um fjárfestingu eða starfsmenn varnaraðila hafi þurft að leita eftir samþykki hans fyrir fjárfestingu, hafi ekki verið um eignastýringu að ræða heldur fjárfestingarráðgjöf. Þegar af þeirri ástæðu geti sóknaraðili ekki byggt á því að starfsmenn varnaraðila hafi farið út fyrir umboð sitt og fjárfest í fjármálagerningum sem ekki hafi verið innan skilgreindrar fjárfestingarstefnu. Ákvörðun um kaupin hafi einfaldlega ekki verið tekin á grundvelli eignastýringarhluta þjónustusamningsins, heldur á grundvelli ráðgjafar, sbr. a-lið 3. gr. þjónustusamningsins. Beri því að hafna kröfu sóknaraðila.

Verði ekki fallist á framangreinda málsástæðu varnaraðila, sé á því byggt að starfsmenn varnaraðila hafi hvorki brotið gegn ákvæðum þjónustusamningsins né ákvæðum þágildandi laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Varnaraðili kveðst vísa til þess að sú fjárfestingarstefna sem sóknaraðili byggi á og vísi til, hafi ekki verið í gildi þegar umþrætt kaup á skuldabréfi útgefnu af Latabæ ehf. hafi átt sér stað. Málalíbúnaður sóknaraðila sé að þessu leyti vanreifaður.

Þegar viðskiptin hafi átt sér stað, hafi verið í gildi lög nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Ekki sé vikið að því í 3. tl. 1. mgr. 1. gr. laganna að það sé skilyrði að búið sé að skilgreina fyrirfram fjárfestingarstefnu sem viðskiptavinurinn hafi samþykkt, svo um eignastýringu geti verið að ræða í skilningi laganna.

Af ákvæðum þjónustusamningsins þygi ljóst að varnaraðili hafði stöðu umboðsmanns gagnvart sóknaraðila varðandi þau viðskipti sem framkvæmd voru á grundvelli hans. Um hafi verið að ræða skriflegt stöðuumboð sem fengið hafi verið varnaraðila í hendur til að sýna það þriðja manni. Um hafi verið að ræða sjálfstætt umboð en samkvæmt ákvæði 11. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, séu slík umboð ekki ógildanleg þótt umboðsmaður hafi farið út fyrir heimild sína, nema þriðji maður, seljandi verðbréfa, hafi verið grandvís um umboðsskortinn. Ljóst sé að það sé sóknaraðila að sýna fram á grandvísi þriðja manns um umboðsskort varnaraðila, ef slíkt væri fyrir hendi. Þá bendir varnaraðili á að þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að starfsmenn varnaraðila hefðu farið út

fyrir umboð sitt, þá verði að líta svo á að með athafnaleysi sínu hafi sóknaraðili orðið skuldbundinn af viðskiptunum.

Varnaraðili kveðst hafna því að starfsmenn hans hafi brotið gegn 5. gr. þjónustusamningsins eða ákvæði 8. gr. laga nr. 33/2003. Varnaraðili bendir á að í 8. gr. laganna hafi ekki verið kveðið á um hvernig það mat skyldi fara fram sem þar sé rætt um, þ.e. hvort um formlegan gerning væri að ræða eða huglægt mat sem ætti að eiga sér stað hjá þeim starfsmanni sem hefði umsjón með eignasafni viðkomandi viðskiptamanns. Þessa skyldu hafi að mati varnaraðila verið hægt að uppfylla meðal annars með því að afla upplýsinga um menntun, atvinnu og reynslu viðskiptavinar á sviði verðbréfavíðskipta, t.d. með afriti af skattframtali og yfirliti yfir verðbréfaeign og verðbréfavíðskipti.

Varnaraðili vísi til þess að í 2. mgr. 5. gr. laga nr. 33/2003 hafi komið fram sú regla, að fjármálafyrirtæki hafi borið að afla upplýsinga hjá viðskiptamönnum um tiltekin atriði áður en þeim væri veitt ráðgjöf um verðbréfavíðskipti (e. know your customer rule). Reglan hafi það að markmiði að draga úr áhættu fjárfestis í verðbréfavíðskiptum með því að fjármálafyrirtæki meti stöðu hans hverju sinni og veiti ráðgjöf samkvæmt því. Víðskiptavinur sem sé fjárhagslega vel stæður og vanur verðbréfavíðskiptum, geti því tekið meiri áhættu en sem sé efnaminni og reynslulaus. Á grundvelli fyrirliggjandi gagna, þ.á.m. skattframtala og yfirlits yfir verðbréfavíðskipti sóknaraðila, hafi varnaraðili metið það svo að umþrætt víðskipti hentuðu hugsanlega sóknaraðila. Hafi þau verið kynnt sóknaraðila og hann samþykkt að fjárfesta í bréfunum.

Sóknaraðili hafi átt í víðskiptum við varnaraðila a.m.k. frá árinu 2001 og frá þeim tíma átt fjölmörg verðbréfavíðskipti, þ.m.t. í skráðum og óskráðum verðbréfum og afleiðuvíðskipti hvers konar eins og sjá megi í gögnum málsins. Sóknaraðili sé óumdeilt með þekkingu og reynslu á sviði víðskipta, eins og hann staðfesti sjálfur með svörum sínum í svokölluðu MiFID-prófi. Sóknaraðili hafi verið framkvæmdastjóri, stjórnarformaður og hluthafi í fyrirtæki sem skráð hafi verið á verðbréfamarkaði og hafi verið með heildarveltu upp á marga milljarða. Kemur fram hjá varnaraðila að þessi staða sóknaraðila leiði af sér að leggja verði til grundvallar að hann hafi haft þekkingu og reynslu til að meta réttilega þau víðskipti sem um ræðir.

Varnaraðili kveðst jafnframt benda á að ákvæði 8. gr. laga nr. 33/2003 hafi ekki verið ætlað að koma í veg fyrir víðskipti almennings með óskráð verðbréf, eins og sóknaraðili haldi fram, heldur hafi því verið ætlað að tryggja fullnægjandi upplýsingagjöf til almennings við sölu slíkra verðbréfa. Með því yrði dregið úr hættunni á að almenningur ætti víðskipti með óskráð verðbréf á grundvelli ófullnægjandi upplýsinga. Að mati varnaraðila fari þannig fjarri að ákvæði laga nr. 33/2003 hafi verið brotin með umþrættum víðskiptum með skuldabréf.

Varnaraðili hafni því að ekki hafi verið heimilt á grundvelli 5. gr. þjónustusamningsins að fjárfesta í óskráðum verðbréfum. Í 5. gr. samningsins sé að finna ákvæði sem einungis miði að því að sóknaraðili geti ekki stundað virk víðskipti með óskráð verðbréf jafnt sem önnur verðbréf. Af orðalagi umræddrar greinar virðist ljóst að ekki hafi verið hægt að útiloka að aðrar leiðir kæmu til greina, t.d. með því að víðskiptavinur myndi samþykkja sérstaklega kaup á óskráðum verðbréfum, fyrirfram eða eftir á, annað hvort munnlega eða skriflega,

eftir atvikum með gerð viðauka við gildandi þjónustusamning.

Varnaraðili bendi á að undir hefðbundnum kringumstæðum séu fjármálafyrirtæki ekki að kaupa óskráð verðbréf fyrir viðskiptavinum í einkabankaþjónustu nema eftir því sé sérstaklega óskað. Viðskipti með óskráð verðbréf séu tímafrekari og óáreiðanlegri en viðskipti sem eigi sér stað á skipulegum mörkuðum, þar sem upplýsingar séu ekki jafn aðgengilegar. Sóknaraðili hafi óumdeilt haft hagsmuni af því að fjárfest yrði í samræmi við gerða samninga og því hafi verið ritað undir sérstaka fjárfestingarstefnu, sem eins og aðrir samningar, hafi getað tekið breytingum eftir samkomulagi, skriflegu eða munnlegu. Slíkt hafi verið tilfellið hjá sóknaraðila og starfsmönnum varnaraðila. Sjónarmiðið sé að með umsaminni fjárfestingarstefnu sé fyrst og fremst verið að horfa til hagsmuna viðskiptavinar. Ákvæðið um fjárfestingar í óskráðum verðbréfum sé hins vegar sett til að gæta hagsmuna fjármálafyrirtækisins. Fjármálafyrirtæki hafi almennt ekki hug á því að standa í viðskiptum með óskráð verðbréf fyrir hvern sem er og af þeim sökum sé í 5. gr. þjónustusamningsins mælt fyrir um almenna leið fyrir viðskiptavin til að óska eftir slíku. Af því sem að framan leiði sé þannig ljóst að samningurinn sem slíkur feli engan veginn í sér almennt bann við fjárfestingu í óskráðum verðbréfum.

Sóknaraðili hafi ekki flokkast sem fagfjárfestir í skilningi 7. tl. 2. gr. laga nr. 33/2003 þegar umþrætt viðskipti hafi átt sér stað. Varnaraðili hafni því hins vegar að fjárfesting með óskráð verðbréf hafi ekki verið við hæfi sóknaraðila, en þar hljóti að koma inn í mat á þekkingu og reynslu viðskiptavinar sem og vilji hans til að fjárfesta í slíkum fjármálagerningi.

Í greinargerð sóknaraðila sé fullyrt að hann hafi aldrei farið fram á það að vera skilgreindur sem fagfjárfestir en þá fullyrðingu verði hann hins vegar að draga til baka. Með umsókn, 7. júlí 2008, hafi sóknaraðili sótt um að teljast fagfjárfestir í tengslum við gjaldmiðlastýringu hjá varnaraðila. Þá verði að telja að í janúar 2006, hafi varnaraðila verið heimilt að flokka sóknaraðila sem fagfjárfesti ef hann hefði óskað þess skriflega með vísan til þess að hann hafi þá uppfyllt skilyrði um faglega þekkingu, regluleg viðskipti og verulegan fjárhagslegan styrk, sbr. 7. tl. 2. gr. laga nr. 33/2003.

Varnaraðili bendi á að í kjölfar gildistöku laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti, hafi viðskiptavinir fjármálafyrirtækja þurft m.a. að svara sérstökum spurningarlista vegna fjárfestingarráðgjafar/eignastýringar ef þeir hafi óskað eftir slíkri þjónustu. Þeir viðskiptavinir sem verið hafi í einkabankaþjónustu, eins og sóknaraðili, hafi þurft að fylla út spurningalista. Það hafi sóknaraðili gert 15. maí 2008 og tiltaki þar m.a. að þekking hans af fjármálamarkaði sé mikil, að hann sé viðskiptamenntaður og að meðalfjöldi viðskipta á ári með skuldabréf séu 1-10, hlutabréf 10-40, gjaldeyrisviðskipti 10-40 og viðskipti með afleiðugerninga 1-10 svo stiklað sé á því helsta.

Með vísan til þess sem að framan hafi verið rakið um þekkingu og reynslu sóknaraðila sem og með vísan til fyrri fjárfestinga hans, verði að líta svo á að hann hafi búið yfir nægri þekkingu og reynslu til að skilja eðli viðskiptanna og taka upplýsta fjárfestingarákvörðun um kaup á bréfinu, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar nr. 380/2005.

Varnaraðili kveðst hafna því að hafa brotið gegn 4. gr. laga nr. 33/2003. Í 4. gr. laganna sé sett fram vísiregla sem mæli fyrir um að fjármálafyrirtæki skuli starfa í samræmi við eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti og venjur í verðbréfavíðskiptum. Af hálfu sóknaraðila sé því haldið fram kaup á óskráðu verðbréfi hafi ekki samræmst almennri venju í bankaviðskiptum og geti ekki talist tilhlýðileg fjárfesting fyrir almennan fjárfesti. Burtséð frá því hvort slík viðskipti teljast almenn venja eða ekki, þá sé ljóst að sóknaraðila hafi í samræmi við ákvæði þjónustusamningsins verið veitt fjármálaráðgjöf þar sem farið hafi verið ítarlega yfir skuldabréfaútboðið, skilmála skuldabréfsins og stöðu útgefandans.

Hér beri að líta til þess að efni reglunnar sé breytilegt að því leyti að skyldur fjármálafyrirtækja taki mið af því hvað teljist góðir viðskiptahættir á hverjum tíma sem og hver viðskiptavenjan sé á tilteknum viðskiptasviðum og á milli tiltekinna viðsemjenda. Ekkert liggi fyrir um annað en að við fjármálaráðgjöf starfsmanna varnaraðila hafi verið tekið tillit til hagsmuna sóknaraðila og þeir hafðir að leiðarljósi. Við kynningu á skuldabréfaútboðinu hafi legið fyrir bæði fjármálalegar og lögfræðilegar áreiðaleikakannanir, þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að markaðsstaða og möguleikar Latabæjar ehf. í tengslum við skuldabréfaútboðið væru mjög jákvæð. Skuldabréfin hafi verið á föstum vöxtum og þeim hafi einnig fylgt kaupréttur að hlutfé í Latabæ ehf., þannig að ef vel gengi, myndu eigendur bréfanna njóta þess vel. Þetta hafi sóknaraðili vitað. Sóknaraðili hafi fjárfest fyrir tiltölulega lága fjárhæð og því ekki tekið mikla áhætta miðað við stöðu hans sem almenns fjárfestis. Hins vegar verði til þess að líta að margir áhættuþættir fylgi skuldabréfum, þ.á m. gjaldfærniáhætta en ávallt geti sú staða komið upp, að útgefandi skuldabréfs verði ófær um að greiða skuldbindingar sínar samkvæmt skuldabréfinu, eins og raunin hafi orðið í þessu tilfelli.

Varnaraðili bendi á að hafi eitthvað verið óljóst um viðskiptin, hafi sóknaraðila verið í lófa lagið að leita eftir svörum hjá starfsmönnum bankans. Hér, eins og í öðrum viðskiptum, hvíli sú skylda á fjárfestum, að kynna sér upplýsingar og gögn um þau viðskipti sem standi fyrir dyrum. Hafi sóknaraðili gefið sér það að um áhættulítill viðskipti hafi verið að ræða þyki ljóst að hann hafi í engu hirt um að kynna sér þau gögn sem legið hafi fyrir um útgáfuna. Varnaraðili geti ekki borið ábyrgð á því að sóknaraðili hafi látið undir höfuð leggjast að rækja þessa varúðarskyldu fjárfesta. Verði sóknaraðili sjálfur að bera hallann af því.

Varnaraðili mótmælir því að hann hafi brotið gegn 6. gr. laga nr. 33/2003. Í 19. gr. þjónustusamningsins hafi verið tekið fram að í einstaka tilvikum kynni varnaraðili að eiga beinna eða óbeinna verulegra eða óverulegra hagsmuna að gæta í einstaka félögum og sjóðum sem fjárfest yrði í hverju sinni fyrir viðskiptamann samkvæmt samningnum, sem gæti þannig falið í sér hugsanlega hagsmunaárekstra. Til þess að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra, tryggja óhlutdrægni og til tryggingar því að viðskiptamenn nytu jafnræðis um upplýsingar, verð og önnur viðskiptakjör, hafi varnaraðili sett sér verklagsreglur um viðskipti starfsmanna með verðbréfi, gjaldeyri o.fl. Reglurnar hafi verið settar á grundvelli 2. mgr. 15. gr., 2. mgr. 20. gr. og 2. mgr. 23. gr. laga nr. 13/1996, og hafi verið í gildi er umþrætt kaup hafi átt sér stað. Tilgangur þeirra hafi verið að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra í starfi bankans og jafnframt að draga úr hættu á að þeir sem þær hafi náð til tengdust einstökum úrlausnarefnum með þeim hætti að fyrirfram mætti draga í efa óhlutdrægni þeirra við meðferð og afgreiðslu einstakra mála. Sé á því byggt af

hálfu varnaraðila að eftir þeim hafi verið farið í einu og öllu varðandi skuldabréfaútboðið. Sóknaraðili hafi ekki sýnt fram á með neinum rökstuddum hætti að svo hafi ekki verið. Þannig liggi fyrir að sóknaraðili hafi verið upplýstur um skuldabréfaútboðið þar á meðal um verð og önnur viðskiptakjör.

Sóknaraðila hafi verið fullkunnugt um að varnaraðili annaðist útgáfu bréfanna. Jafnframt hafi hann mátt gefa sér að bankinn tæki þóknun fyrir en erfitt sé að sjá með hvaða hætti upplýsingar um fjárhæð hennar hefðu skipt máli varðandi ákvörðun sóknaraðila um að fjárfesta í bréfunum. Af fundargerð lánanefndar varnaraðila frá 30. desember 2005 megi ráða að heildarþóknun bankans vegna „verkefnisins“ hafi verið 1.000.000 bandaríkjadali og hafi þóknunin átt að hækka um 50.000 bandaríkjadali fyrir hvert prósentustig sem PIK vextir væru undir 5%. Samtals hafi Latibær ehf. greitt bankanum rúmar 64.000.000 krónur í þóknun. Með verkefninu í fundargerðinni hafi verið átt við skuldabréfaútboðið sem farið hafi fram sem og lánsamning sem gerður hafi verið 9. janúar 2006, en útboðið og lánveitingin hafi bæði verið til umfjöllunar á umræddum fundi. Í þóknabréfi varnaraðila til Latabæjar ehf., 9. janúar 2006, sé þóknun sú sem ákveðin hafi verið á fundi nefndarinnar staðfest. Varnaraðili hafi sölutryggt skuldabréfin miðað við að PIK vextir yrðu 10% en með því hafi bankinn verið að tryggja að útboðið myndi ganga upp. Fyrir þjónustu af þessu tagi hafi útgefandi bréfanna þurft að greiða bankanum sérstaka þóknun, enda bankinn sjálfur að taka á sig aukna áhættu fyrir vikið. Þá sé á það bent að almennt myndi fjármálafyrirtæki ekki taka að sér sölutryggingu nema það teldi góðar líkur á að unnt væri að selja öll verðbréfin í útboðinu. Varnaraðili hafi átt hlutabréf í Latabæ ehf. að verðmæti 203.000.000 krónur í árslok 2005. Þessi fjárfesting bankans hafi verið óveruleg í bókum hans eða aðeins 0,013% af eignum hans á þeim tíma. Hagsmunir varnaraðila í þessu tilviki hafi því verið óverulegir. Fjallað hafi verið um útboðið í fjölmiðlum, eins og þau gögn, sem sóknaraðili sjálfur hafi lagt fram, sýni.

Í 15. gr. þjónustusamningsins sé sérstaklega tekið fram að varnaraðili beri ekki ábyrgð á gengislækkun verðbréfa eða tapi á verðbréfum sem keypt hafa verið fyrir hönd viðskiptavinar. Þá segir að varnaraðili beri ábyrgð á tjóni sem rekja megi til saknæmrar háttsemi starfsmanna sinna. Varnaraðili kveðst hafna því að skilyrði bótaábyrgðar samkvæmt reglunum um vinnuveitendaábyrgð og sérfræðiábyrgð séu fyrir hendi. Þá mótmæli hann því að fyrir hendi séu orsakatengsl milli athafna starfsmanna varnaraðila og tjóns sóknaraðila, eða að tjón hans geti talist sennileg afleiðing þeirrar háttsemi. Allt eins megi búast við að sóknaraðili hefði tapað á fjárfestingum sínum ef hann hefði fjárfest í skuldabréfi útgefnu af skráðu félagi í stað óskráðs. Sé við það mat litið til þess ófyrirséða hruns sem orðið hafi á fjármálamörkuðum og í íslensku efnahagslífi. Sóknaraðili beri óumdeilt sönnunarbyrði fyrir því að tiltekin háttsemi starfsmanna varnaraðila hafi valdið tjóni. Að mati varnaraðila hafi sú sönnun ekki tekist.

Þá verði að hafa í huga að engin mótmæli eða athugasemdir hafi borist frá sóknaraðila varðandi viðskiptin fyrr en löngu eftir fall bankakerfisins þegar verulegar vanefndir hafi orðið af hálfu útgefanda bréfanna á greiðslum. Fyrirvaralaus móttaka vaxtagreiðslna á grundvelli bréfsins eigi jafnframt að leiða til þeirrar niðurstöðu að hafna beri kröfu sóknaraðila.

Sóknaraðili byggi sinn málatilbúnað meðal annars á reglum skaðabótaréttarins um sérfræðiábyrgð og telji að starfsmenn varnaraðila hafi með

háttsemi sinni sýnt af sér stórkostlegt gáleysi. Varnaraðili kveðst benda á í þessu sambandi að horfa verði til þess, hvers eðlis verkefnið sé. Starfsmenn varnaraðila hafi á grundvelli þjónustusamningsins átt að veita tilteknar upplýsingar og/eða ráðgjöf varðandi einstakar fjárfestingar, hvort sem það hafi verið að frumkvæði viðskiptavinarins eða bankans en á móti hafi þeir ekki getað borið ábyrgð á tiltekinni niðurstöðu, t.d. að fjárfesting skili hagnaði. Sóknaraðila hafi verið það ljóst, eða hafi mátt vera það, að verðbréfavíðskipti séu áhættusöm. Sem kaupandi að óskráðu verðbréfi, hafi hann þannig ekki getað gengið út frá því að ekki yrði tap á slíkri fjárfestingu og því síður að hún skilaði hagnaði. Hafi honum mátt vera það ljóst að áhættan væri ennþá meiri en ella þar sem um kaup á skuldabréfi útgefnu af félagi sem ekki hafi verið skráð á verðbréfamarkaði. Sóknaraðila hafi verið kynntir kostir fjárfestingarinnar. Honum hafi verið boðið á sérstaka kynningu fyrir fjárfesta sem haldin hafi verið í tengslum við skuldabréfaútgáfuna. Sóknaraðila hafi verið fullkunnugt um að vaxtakjörin, sem sett hafi verið fram, hafi verið í fullkomnu samhengi við áhættuna. Þá hafi jafnframt legið fyrir að ef hann myndi tapa á þessari fjárfestingu, yrði það tjón upp á u.þ.b. 1% af hans verðbréfasafni. Varnaraðili byggir á því að beita verði sakarreglunni á þann veg hér, að það sé sóknaraðili, sem þurfi að leiða líkum að því, að ráðgjöf starfsmanna varnaraðila hafi verið ábótavant og það hafi verið orsök tjóns. Staða Latabæjar ehf. á þeim tíma er kaupin hafi verið gerð hafi legið fyrir og sóknaraðila fullkunnugt um hana, þ.e. að félagið hafi verið rekið með tapi og ef það myndi ekki breytast, myndi fjárfestingin tapast að hluta eða öllu leyti.

Varnaraðili kveðst og vísa til reglna um tómlæti og byggir á því að vegna þeirra sé ætlaður réttur sóknaraðila til skaðabóta fallinn niður vegna aðgerðarleysis enda eigi tjónþoli að hafa uppi kröfu um skaðabætur, ef hann telji sig hafa orðið fyrir tjóni, svo fljótt sem verða megi. Varnaraðili telji að sóknaraðili geti ekki svona löngu eftir umrædd viðskipti og eftir fall íslenska fjármálakerfisins, komið fram eins og grandlaus aðili enda hafi hann haft alla möguleika til að velta fyrir sér kostum og göllum þessara viðskipta. Ákvörðun um að kaupa umþrætt bréf hafi verið tekin af sóknaraðila. Tæp fjögur ár hafi liðið frá dagsetningu viðskiptanna þar til athugasemdir hafi komið frá sóknaraðila. Sóknaraðili hafi reglulega fengið send yfirlit frá varnaraðila, þar sem verðbréfavíðskipti hans hafi verið sundurliðuð. Í slíkum yfirlitum komi fram upplýsingar um ráðstöfun fjármuna á tilteknu tímabili, eignastöðu og áætlað verðmæti eigna við dagsetningu yfirlits. Engar athugasemdir hafi verið gerðar við yfirlitin af hálfu sóknaraðila. Sóknaraðili hafi allan þennan tíma getað komið að athugasemdum sínum, sem ekki hafi litið dagsins ljós fyrr en með kröfulýsingu hans. Allan þennan tíma hafi sóknaraðili tekið athugasemdalaust við vaxtagreiðslum, án þess að gefa það nokkru sinni til kynna að hann teldi viðskiptin ólöglegt og brjóta í bága við ákvæði þjónustusamnings málsaðila. Varnaraðili vísi til dóms Hæstaréttar í mál nr. 16/2001, þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að þar sem viðskiptamaður hafi fengið sent yfirlit yfir samninga, og ekki gert athugasemdir við viðskiptin fyrr en rúmum tveimur árum eftir að til þeirra hafi verið stofnað, yrði hann allt að einu bundinn af viðskiptunum vegna athafnaleysis síns. Verði því að telja með vísan til alls framangreinds að sóknaraðili hafi sýnt af sér slíkt aðgerðarleysi við gæslu þess skaðabótaréttar sem hann sækir sér til handa í málinu, að hann hafi með því fyrirgert honum.

Varnaraðili kveðst sérstaklega mótmæla fjárhæð skaðabótakröfu sóknaraðila og kveðst vísa til þess að ekki sé gerð krafa um ógildinguna löggerningsins, þannig að staða sóknaraðila verði sem líkust því að enginn löggerningur hafi verið gerður.

Samt sem áður byggi kröfufjárhæðin á því að gera sóknaraðila eins settan og ef ekki hefði til viðskiptanna komið, þ.e. að samningurinn hafi verið ógildur frá upphafi. Þar sem engin krafa um ógildingu eða riftun hafi verið sett fram af hálfu sóknaraðila, geti því vart komið til álita að tjónsfjárhæðin sé sú fjárhæð sem lögð hafi verið út við kaupin á skuldabréfinu. Eftir að samningur sé kominn á, gildi meginregla samningaréttar um skuldbindingargildi samninga. Samningur falli því ekki niður án samkomulags beggja aðila nema unnt sé að rifta samningi eða ógilda hann með stoð í ógildingarreglum laga nr. 7/1936, eða eftir atvikum almennum reglum samninga- og kröfuréttar. Fjárfestingar þær sem sóknaraðili hafi lagt út í hafi í eðli sínu verið áhættusamar. Jafnvel þótt aðrir fjárfestingarkostir hefðu fundist, megi allt eins gera ráð fyrir að þeir hefðu einnig lækkað í verði eða tapast alveg, í þeim efnahagslegu hamförum sem hafi gengið yfir, hvort sem fjárfest hefði verið í skráðum verðbréfum eða óskráðum. Fari því fjarri að eitthvað sérstakt gildi að þessu leyti um sóknaraðila. Til vara krefjist varnaraðili lækkunar á kröfu sóknaraðila. Fari svo að sannað teljist að sóknaraðili hafi orðið fyrir fjártjóni vegna ætlaðrar ólögmatrar og saknæmrar háttsemi starfsmanna varnaraðila, sé krafist verulegrar lækkunar bóta frá því sem krafist sé af hálfu sóknaraðila. Varnaraðili telji að jafnvel þótt talið yrði að þær málsástæður sem að framan séu raktar leiði ekki til þess að hafna beri kröfu sóknaraðila, þá beri að taka mið af þeim við mat á hugsanlegu tjóni sóknaraðila. Varnaraðili vísi jafnframt til þeirra almennu reglu í skaðabótarétti að tjónþola beri að sýna fram á að hann hafi gert allt sem í hans valdi hafi staðið til að takmarka tjón sitt. Ef aðili sem verði fyrir tjóni vanræki að gera ráðstafanir til að takmarka tjón sitt, þá geti það orðið þess valdandi að skaðabætur verði lækkaðar að því leyti sem tjón sé afleiðing vanrækslu tjónþola. Sóknaraðili hafi ekki lagt fram nein gögn sem sýni fram á að hann hafi með einhverjum hætti reynt að takmarka ætlað tjón sitt. Vaxtakröfu sóknaraðila sé mótmælt sem og upphafstíma hennar. Varnaraðili telji, í ljósi allra málsatvika, að upphafstími vaxta verði ekki miðaður við fyrra tímamark en uppkvaðningu úrskurðar.

Við munnlegan málflutning mótmælti varnaraðili fordæmisgildi dóms Hæstaréttar í máli réttarins nr. 472/2012 sem kveðinn var upp 26. september 2012.

Varnaraðili kveðst hafna röksemdum sóknaraðila um að hann sé ekki bundinn af samningi um framvirk skuldabréfaviðskipti og bendir á að það hafi verið sóknaraðili sjálfur sem tekið hafi ákvörðun um að gera framvirka samninga um verðbréfaviðskipti og í framhaldinu samning um gjaldeyrisstýringu. Honum hafi verið vel kunnugt um þá áhættu sem slíkum viðskiptum fylgi enda hafi hann gert fjölmarga slíka samninga áður. Áréttað sé að engin viðskipti í framvirkum samningum, óskráðum verðbréfum eða flóknari vörum, hafi verið gerð án ítarlegrar yfirferðar og samþykkis sóknaraðila. Fjölmargir fundir hafi verið haldnir, þar sem farið hafi verið yfir einstaka fjárfestingarkosti og stöðuna almennt. Ef um hreinræktaðan samning um eignastýringu hefði verið að ræða, eins og málalíbúnaður sóknaraðila virðist byggja á, þá hefði ekki þurft neina fundi um einstakar fjárfestingar og mat á tækifærum. Fjölmargar vel heppnaðar fjárfestingarákvarðanir sóknaraðila hafi verið teknar með sama hætti sem hann hafi hagnast vel á. Þegar af þeirri ástæðu beri að hafna kröfu sóknaraðila.

Varnaraðili kveðst mótmæla því að samningur nr. FS 07121255 hafi ekki skuldbindingargildi og kveðst hafna því að starfsmenn varnaraðila hafi farið út fyrir umboð sitt. Fyrir liggir að frumkvæðið að þessum viðskiptum hafi komið frá sóknaraðila sjálfum og hafi hann undirritað samning þann sem hafi verið grunnur

að þeim sem krafa hans taki til. Umræddur samningur hafi verið framlenging á eldri samningi nr. FS 07062701. Eldri samningur hafi verið undirritaður af sóknaraðila og hafi hann þar með staðfest með undirskrift sinni að um hann giltu almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti í varnaraðila, sem hann hafi sjálfur kynnt sér og samþykkt. Sóknaraðila hafi því verið fullkunnugt um þann samning sem hann hafi verið með opinn gagnvart varnaraðila, sem og það hvernig til hafi háttað með framlengingu hans. Sóknaraðili teljist því bundinn af þeim samningnum sem hann hafi gert við varnaraðila og beri því að hafna skaðabótakröfu hans.

Í 4. gr. skilmálanna komi fram að væru skuldbindingar viðskiptamanns gjaldfelldar samkvæmt 7. gr., væri bankanum heimilt, en ekki skylt, að beita skuldajöfnuði milli allra samninga sem féllu undir skilmálanna. Sé það ákvæði í samræmi við 40. gr. laga nr. 108/2007, um verðbréfavíðskipti. Í 8. gr. skilmálanna sé fjallað um ábyrgð og vísað meðal annars til þess að viðskiptamanni væri ljóst að þau viðskipti sem hann kynni að eiga gætu verið sérstaklega áhættusöm. Bæri honum að afla sér ráðgjafar utanaðkomandi sérfræðinga teldi hann hennar þörf. Þá hafi sérstaklega verið tekið fram í 2. mgr. 8. gr. að í markaðsviðskiptum bankans fælist ekki viðskiptavakt. Af því hafi leitt að bankinn ábyrgðist ekki tilkynningar til viðskiptamanna um stöðu samninga eða lokun þeirra við ákveðin mörk. Það væri því á ábyrgð viðskiptamanns að fylgjast með stöðu og þróun þeirra samninga sem hann hefði gert við bankann.

Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti, beri fjármálafrýrtæki að gera skriflegan samning við viðskiptavin sinn, þar sem meðal annars sé kveðið á um réttindi og skyldur, ef það hafi tekið að sér þjónustu við hann á sviði verðbréfavíðskipta, sem fæli í sér viðvarandi viðskiptasamband. Ákvæðið gildi hins vegar ekki um fjárfestingarráðgjöf.

Með undirritun sinni á upprunalega framvirka samninginn hafi sóknaraðili gengist undir að hafa kynnt sér og samþykkt almenna skilmála vegna markaðsviðskipta hjá varnaraðila. Í skilmálunum komi fram í 1. gr. að þeir giltu um öll markaðsviðskipti milli bankans og viðskiptamanns, svo sem gjaldeyrisviðskipti, afleiðuviðskipti og kaup og sölu verðbréfa. Í 2. gr. skilmálanna sé fjallað um framkvæmd samninga. Þar komi fram að ef um stundarviðskipti með verðbréf væri að ræða, staðfesti bankinn viðskiptin einhliða með bréfi sem sent væri með pósti til viðskiptamanns. Viðskiptamaður teldist hafa samþykkt slík viðskipti, ef hann gerði ekki athugasemd innan þriggja daga frá því að bankinn sendi bréf til hans. Samkvæmt meginreglum fjármunaréttar sé gildi samnings ekki háð því að hann sé gerður í tilteknu formi nema slíkan áskilnað leiði af lögum eða aðilar hafi gengist undir að hlíta þeim skilmála í lögskiptum sínum, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 93/2011. Á grundvelli skilmálanna hafi þannig ekki verið kveðið á um skyldu til að gera einstaka viðskiptasamninga skriflega svo að afleiðingar gætu haft fyrir gildi þeirra.

Samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum sé ljóst að sóknaraðili hafi átt í talsverðum viðskiptum með afleiður og sumir þeirra samninga séu óundirritaðir. Þessir samningar hafi verið gerðir upp á sama hátt og samningur nr. FS 07121255 og án nokkurra athugasemda af hálfu sóknaraðila. Verði því að telja sannað að samningur sá sem um er deilt, hafi komist á milli málsaðila og sé skuldbindandi, enda hafi sóknaraðili ekki borið fyrir sig fyrr en með kröfulýsingu, dags. 26. nóvember 2009, að hann hefði ekkert skuldbindingargildi. Varnaraðili bendi á að

samningi um gjaldeyrisstýringu hafi verið ætlað að gera upp framvirka samninginn, a.m.k. hluta hans og með undirritun sinni á hann staðfesti sóknaraðili gildi framvirka samningsins. Þá hafi sóknaraðili lýst yfir skuldajöfnuði krafna sinna á hendur varnaraðila gegn kröfum Nýja Glitnis banka hf., nú Íslandsbanka hf., á hendur sóknaraðila samkvæmt gjaldeyrisstýringarsamningi, upphaflega að fjárhæð 41.000.000 krónur. Sóknaraðili hafi þannig staðfest með einhliða yfirlýsingu sinni að skulda Íslandsbanka hf. umrædda fjárhæð, sem nú sé allt í einu orðin að fjárhæð skaðabótakröfu vegna ætlaðrar saknæmrar og ólögmætrar háttsemi starfsmanna varnaraðila í tengslum við framkvæmd á þjónustusamningi.

Varnaraðili bendi á að á grundvelli 16. gr. þjónustusamningsins, sbr. fyrirmæli 3. mgr. 9. gr. laga nr. 108/2007, hafi sóknaraðili fengið send yfirlit frá varnaraðila, þar sem verðbréfavíðskipti hans hafi verið sundurliðuð. Gildi í meginatriðum sömu sjónarmið varðandi tómlæti sóknaraðila og rakin séu varðandi víðskipti sóknaraðila með skuldabréf útgefnu af Latabæ ehf.

Sóknaraðila hafi verið fulljóst þegar samningar þessir hafi verið gerðir, að þeir væru áhættusamir. Starfsmönnum varnaraðila hafi jafnframt verið kunnugt um að víðskipti með framvirka samninga séu einungis við hæfi fjárfesta sem hafi kynnt sér slíka samninga og hafi þekkingu og reynslu til að meta áhættu af þeim. Óumdeilt sé samkvæmt fyrirliggjandi gögnum, að sóknaraðili falli undir þann flokk. Að mati varnaraðila verði þannig að leggja til grundvallar í þessu máli að sóknaraðila hafi verið ljós áættan sem sé samfara framvirkum víðskiptasamningum.

Varnaraðili kveðst mótmæla þeim staðhæfingum sóknaraðila að hann hafi með einhverjum hætti verið narraður út í og blekkur til að skrifa undir gjaldeyrisstýringarsamninginn. Tap sóknaraðila vegna þeirra framvirku samninga sem fyrr eru nefndir hafi numið samtals 46.996.623 krónum. Sóknaraðili hafi samþykkt að fara þá leið til að vinna upp það tap með gjaldeyrisstýringu. Fjárfestingarframlag sóknaraðila til víðskiptanna hafi verið tiltekið 41.000.000 og hafi varnaraðila verið heimilt að nýta það til stöðutöku og afleiðuvíðskipta með gjaldeyri, sbr. 2. gr. samningsins. Varnaraðila hafi jafnframt verið heimilt að nýta framlagið sem tryggingar á þeim gjaldeyrissamningum sem gerðir hafi verið samkvæmt samningnum. Í 8. gr. samningsins sé síðan skýrlega tekið fram að myndi uppgjóri gjaldeyrissamninga ljúka með tapi, skyldi það dregið frá handveðsettu framlagi sóknaraðila. Mótmælt sé þeirri staðhæfingu sóknaraðila og túlkun sóknaraðila á orðalagi innheimtubrúfs varnaraðila dags. 16. nóvember 2009, að tryggingar þær sem sóknaraðili hafi lagt fram við gerð samnings um gjaldmiðlastýringu hafi verið notaðar til að greiða niður tap hans vegna framvirks samnings um skuldabréfavíðskipti. Varnaraðili telji því nauðsynlegt að skýra hvernig samningur sóknaraðila um gjaldmiðlastýringu hafi verið útfærður.

Fyrir liggi að samningur sóknaraðila um gjaldeyrisstýringu hafi verið gerður með það fyrir augum að reyna að vinna niður hluta af því tapi sóknaraðila sem fyrr er lýst. Útfærslan hafi verið með þeim hætti að á grundvelli samnings sóknaraðila um gjaldmiðlastýringu hafi verið gerð gjaldeyrisvíðskipti þar sem sóknaraðili hafi byrjað í tapi að fjárhæð 47.005.000 krónur. Þar sem víðskiptin hafi byrjað í tapi hafi verið innleystur sá hagnaður sem orðið hafi til á móti tapi sóknaraðila. Eins og áður segi hafi tap sóknaraðila samkvæmt samningnum verið takmarkað við framlag hans til fjárfestinga, sbr. 8. gr. samningsins, sem hafi verið ákveðið 41.000.000 krónur. Því hafi 41.000.000 krónur af þeim innleysta hagnaði verið notaðar til að gera upp

hluta af samningi sóknaraðila um framvirk skuldabréfviðskipti með númerið FS 07062701. Af því sé ljóst að tryggingar þær sem sóknaraðili hafi lagt fram við gerð samnings um gjaldmiðlastýringu hafi ekki verið nýttar að hálfu varnaraðila og sé því ekki verið að krefja sóknaraðila um fjárhæð sem þegar hafi verið verið greidd líkt og sóknaraðili haldi fram.

Tap sóknaraðila vegna þeirra gjaldeyrisviðskipta sem framkvæmd hafi verið á grundvelli gjaldeyrisstýringarsamnings hafi verið 181.300.000 krónur og því ljóst að varnaraðili hafi tekið á sig mikið tap á þessum viðskiptum.

Þá kveðst varnaraðili benda á að í 10. gr. samningsins sé áhætta og ábyrgð sóknaraðila ítarlega rakin og með undirritun sinni hafi sóknaraðili staðfest að hann gerði sér grein fyrir að fjárfestingar í gjaldeyri samkvæmt samningnum væru sérstaklega áhættusamar og að varnaraðili ábyrgðist ekki á neinn hátt höfuðstól fjármuna eða tiltekna lágmarks ávöxtun þeirra. Einnig hafi sóknaraðili staðfest að hann gerði sér grein fyrir því að höfuðstóll hans gæti tapast í heild sinni í viðskiptum af þessu tagi og að hann hefði fjárhagslega burði til að axla fjárhagslegar afleiðingar þess. Eins og með viðskipti sóknaraðila með skuldabréf sem útgefið hafi verið af Latabæ ehf. og framvirku samninganna, hafi samningurinn um gjaldeyrisstýringu verið gerður með samþykki sóknaraðila eftir ítarlega yfirferð, þá sérstaklega varðandi áhættuþættina.

Varnaraðili kveðst mótmæla fjárhæð kröfu sóknaraðila með sömu rökum og hann hafi uppi gagnvart fyrri kröfu hans. Þá kveðst varnaraðili mótmæla vaxtakröfu sóknaraðila sem og upphafstíma hennar. Í kröfugerð sé upphafstímatími vaxta miðaður við dagsetninguna 1. janúar 2006, sem sé í engum tengslum við þau viðskipti sem þessi dómkrafa sóknaraðila taki til. Vaxtakrafan sé þannig vanreifuð að mati varnaraðila og beri að hafna henni. Ef ekki verði fallist á höfnun vaxtakröfu, telji varnaraðili, í ljósi allra málsatvika, að upphafstími vaxta verði ekki miðaður við fyrra tímamark en uppkvaðningu úrskurðar.

Að því er varðar ábyrgð varnaraðila vegna taps á umræddum viðskiptum sem og varakröfu hans um lækkun dómkröfu kveðst hann vísa til sömu sjónarmiða og hann hafi haft uppi um fyrri dómkröfu sóknaraðila.

Varnaraðili kveðst byggja gagnkröfa sína á því að samkvæmt 8. gr. samnings málsaðila um gjaldeyrisstýringu, hafi tap sóknaraðila samkvæmt honum takmarkast við framlag hans til fjárfestingar, sem skilgreint hafi verið sem 41.000.000 krónur, sbr. 1. gr. samningsins. Viðskiptum á grundvelli samningsins hafi lokið við fall varnaraðila þann 6. október 2008 og hafi tap sóknaraðila þá verið 181.300.000 krónur. Í samræmi við ákvæði samningsins sem og á grundvelli uppgjörðs geri varnaraðili kröfu um að sóknaraðili greiði honum 41.000.000 krónur vegna samnings um gjaldeyrisstýringu og 5.996.632 krónur vegna eftirstöðva uppgjörðs framvirks samnings nr. FS 07121255, samtals 46.996.632 krónur. Vísar varnaraðili nánar til sömu röksemda og hann teflir fram gegn síðari skaðabótakröfu sóknaraðila og grein er gerð fyrir hér að framan.

Varnaraðili kveðst gera kröfu um dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá og með þeim degi þegar liðinn hafi verið mánuður frá því að hann hafi sannanlega krafist sóknaraðila um greiðslu, sbr. 3. mgr. 5. gr. sömu laga. Innheimtubréf varnaraðila sé dagsett 16. nóvember 2009 og

Því upphafsdagur dráttarvaxta miðaður við 16. desember 2009.

Um heimild til að hafa uppi gagnkröfu vísar varnaraðili til 4. mgr. 177. gr. laga nr. 21/1991, sbr. 2. tölulið 173. gr. sömu laga.

Varnaraðili kveðst vísa til ákvæða laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki með síðari breytingum, laga nr. 113/1996 um viðskiptabanka og sparisjóða (brottfallinna), laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti (brottfallinna), laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti, reglugerðar nr. 995/2007, laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, meginreglna samninga- og kröfuréttar um greiðsluskyldu fjárskuldbindinga, skuldbindingargildi samninga og samningsfrelsi, almennra reglna skaðabótaréttar um skilyrði skaðabótaábyrgðar, um sönnun og sönnunarbyrði, um orsakatengsl og sennilega afleiðingu og reglna um eigin sök og skyldu tjónþola til að takmarka tjón sitt. Kröfu um málskostnað byggji varnaraðili á 130. gr., sbr. 129. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Að auki sé vísað til laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt á málskostnað.

V

Eins og nánar greinir hér fyrir eru í málinu til úrlausnar tvær skaðabótakröfur sóknaraðila á hendur varnaraðila.

Sóknaraðili krefst í fyrsta lagi skaðabóta vegna tjóns sem hann varð fyrir vegna kaupa á skuldabréfi útgefnu af Latabæ ehf. að fjárhæð 200.000 bandaríkjadalir, en fyrir liggur að greiðandi varð fjárþrota þannig að fjárfestingin tapaðist að hluta.

Með dómi Hæstaréttar 26. september 2012 í máli réttarins nr. 472/2012: Jón Bjarni Þorsteinsson gegn Glitni hf. var varnaraðili dæmdur til að greiða sóknaraðila þess máls bætur að sömu fjárhæð og krafist er í þessu máli vegna kaupa á samskonar skuldabréfi. Á það sama við um sóknaraðila beggja málanna að þeir voru flokkaðir sem almennir fjárfestar og höfðu gert sambærilegan samning um einkabankaþjónustu við varnaraðila. Var því slegið föstu í dóminum með vísan til 5. gr. samnings aðila um einkabankaþjónustu að varnaraðila hafi ekki verið heimild að hafa milligöngu um kaup á óskráðu verðbréfi fyrir reikning sóknaraðila enda ekki heimild til þess í þeirri skráðu fjárfestingarstefnu sem í gildi var er viðskiptin áttu sér stað. Var einnig lögð sönnunarbyrði á varnaraðila og honum gert að sýna fram á að hann hefði upplýst sóknaraðila þess máls nægilega um hagsmunaleg tengsl sín við Latabæ ehf. sem og um fjárhagslega hagsmuni af umræddu skuldabréfaútboði. Í því máli lá fyrir að sóknaraðili þess hafði sótt kynningarfund fyrir fjárfesta þar sem varpað var upp glærुकynningu þar sem farið var yfir forsendur og framtíðarhorfur félagsins. Hæstiréttur taldi að varnaraðila hefði ekki tekist sönnun þess að hann hefði gætt þeirrar upplýsingaskyldu sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 5. gr. laga nr. 33/2003 og því hafi sóknaraðili ekki haft forsendur til að taka upplýsta fjárfestingarákvörðun. Þá taldi rétturinn einnig að varnaraðili hafi ekki haft hagsmuni sóknaraðila að leiðarljósi í viðskiptunum svo sem honum hafi borið samkvæmt 4. gr. sömu laga og ekki gætt þeirrar óhlutdrægni sem honum hafi borið samkvæmt 6. gr. laganna. Þá var því einnig slegið föstu að varnaraðili hafi

einnig brotið ákvæði 9. gr. laganna um skyldu til að tryggja viðskiptavinum sínum bestu framkvæmd viðskipta hverju sinni.

Varnaraðili heldur fram í þessu máli öllum þeim sömu málsástæðum sem Hæstiréttur hefur hafnað í þeim dómi sem hér er vitnað til. Skuldabréfin sem um ræðir eru gefin út af sama aðila, sama dag og eru að sömu fjárhæð og með sömu skilmálum. Fjárhæðir sem greiddar hafa verið til baka eru þær sömu og greiðsludagar einnig. Í samningi aðila um einkabankaþjónustu er 5. gr. samningsins samhljóða þeirri sem í gildi var milli varnaraðila og sóknaraðila fyrrnefnds máls. Skilur hér þó á milli að í skriflegri fjárfestingarstefnu sem í gildi var er viðskiptin áttu sér stað var tilgreint að fjárfesta skyldi í óskráðum verðbréfum. Varnaraðili vísaði til þess að líta ætti á umrætt ákvæði sem sérákvæði sem gengi frammar hinu almenna ákvæði 5. gr. samnings aðila. Annað sem skilur á milli málsatvika mállanna er að sóknaraðili þessa máls sótti ekki fyrrnefndan kynningarfund sem haldinn var til að kynna umrædda fjárfestingu.

Hvað sem líður fyrrnefndum sjónarmiðum varnaraðila um að skýra verði 5. gr. samnings aðila um einkabankaþjónustu með öðrum hætti hér en gert var í fyrrnefndum dómi Hæstaréttar verður ekki framhjá því horft að þar var einnig lagt til grundvallar að varnaraðili hefði ekki sýnt fram á að hann hafi upplýst sóknaraðila þess máls um fyrrnefnd hagsmunatengsl og ávinning varnaraðila af sölu skuldabréfanna. Hníga rök enn frekar til þess í máli þessu að telja varnaraðila ekki hafa auðnast sönnun um þetta atriði. Sóknaraðili sótti ekki kynningarfund um fjárfestinguna og kannast sjálfur ekki við að honum hafi verið gerð grein fyrir umræddum hagsmunatengslum eða að um óskráð verðbréf hafi verið að ræða. Nýtur engra gagn í málinu um hvernig varnaraðili kynnti sóknaraðila fjárfestinguna. Getur varnaraðili ekki staðið undir sönnunarbyrði sinni um þetta atriði með því að vísa til framburðar Jóhanns Ómarssonar, sem aðspurður kvaðst ekki muna sérstaklega eftir samtölum sínum við sóknaraðila um þessa fjárfestingu en kvað alla sem boðin hafi verið þátttaka í kaupum á þessum skuldabréfum hafa verið vel upplýsta um alla þá þætti sem skipt hafi máli. Það er mat dómsins að engin rök séu til þess að horfa framhjá fordæmisgildi tilvitnað dóms Hæstaréttar um það sakarefni sem hér er til meðferðar og eru engin efni til þess að komast í þessu máli að annarri niðurstöðu en þar er gert. Er þá og sérstaklega til þess að líta að í því máli hafnaði Hæstiréttur öllum þeim sömu málsástæðum sem varnaraðili byggir á hér. Mótmæli varnaraðila við fjárhæð kröfu sóknaraðila eru órökstudd og eru þar af leiðandi ekki tekin til greina. Verður því með vísan til þess sem að ofan greinir, sem og nánari forsendna í dómi Hæstaréttar í máli nr. 472/2012 fallist á skaðabótakröfu sóknaraðila eins og hún er fram sett.

Í annan stað krefst sóknaraðili viðurkenningar á skaðabótakröfu að fjárhæð 41.000.000 krónur. Kveður hann kröfuna vera vegna framlags til gjaldeyrisstýringar samkvæmt samningi aðila frá 7. júlí 2008. Af gögnum málsins og framburði vitnanna Jóhanns Ómarssonar og Guðmundar Magnúsar Daðasonar má ráða að umræddur samningur um gjaldeyrisstýringu var gerður í því skyni að vinna upp tap sem orðið hafði á tveimur samningum um framvirk verðbréfavíðskipti frá 11. júní 2007 og 11. desember 2007. Síðari samningurinn var með lokadag 7. júlí 2008, en þann dag er samningur aðila um gjaldeyrisstýringu undirritaður. Guðmundur Magnús Daðason bar að á umræddum tíma hefði verið ákveðið að bjóða nokkrum viðskiptavinum, þar á meðal sóknaraðila, að færa tap vegna umræddra framvirku samninga inn í gjaldeyrisstýringu þar sem þess yrði

freistað að vinna það upp. Við það hafi verið miðað að þessi ráðstöfun hafi átt að vera án frekari tapsáhættu fyrir viðskiptamanninn. Ekki hafi verið krafist frekari trygginga en legið hafi til grundvallar hinum framvirku samningum. Tilgangur þessarar aðgerðar hafi verið að koma til móts við viðskiptavininn sem tapað hafi fé í framangreindum viðskiptum. Bar Guðmundur um að þetta hafi verið framkvæmt með þeim hætti að samningar hafi verið látnir byrja í neikvæðri stöðu en það sé ekki í samræmi við það sem tíðkað hafi verið varðandi slíka samninga og því lýsi þau stöðluðu samningsform sem notuð hafi verið ef til vill ekki nákvæmlega því sem raunverulega hafi verið gert. Þetta megi hins vegar skýrlega sjá af fyrstu fjórum færslum á reikningsyfirliti samningsins að hann sé neikvæður um ríflega 40 milljón krónur. Framburður Guðmundar er í samræmi við framburð Jóhanns Ómarssonar.

Fyrir liggur í málinu að umrædd aðgerð skilaði ekki þeim árangri sem eftir var leitað og endaði samningur sóknaraðila í tapi að fjárhæð ríflega 181.000.000 krónur.

Með hliðsjón af þeim framburði vitna sem hér er rakinn, sem og þeim gögnum sem vitnin vísa til og liggja fyrir í málinu, verður að telja að varnaraðili hafi sýnt fram á að sóknaraðili hafi aldrei greitt þá fjármuni sem hann krefst bóta fyrir. Blasir og við að hluti þeirrar skuldar sem varnaraðili byggir á að hafi stofnast vegna samninga um framvirk skuldabréfaviðskipti var sett inn í umrædda gjaldeyrisstýringu í þeim tilgangi að vinna tapið niður. Það tókst ekki og eftir stendur skuld að fjárhæð 41.000.000 krónur eins og sóknaraðili samdi um. Hefur sóknaraðili ekki sýnt fram á það að hann hafi lagt fram umrædda fjárhæð eða að varnaraðili hafi leitað fullnustu í því handveðsetta vörslusafni sem var til tryggingar umræddri greiðslu. Verður hér og að hafa í huga að verðbreytingar eða verðfall verðbréfa sem sett hafa verið að handveði eru almennt á áhættu veðþola en ekki veðhafa. Hefur sóknaraðili ekki rökstutt það með fullnægjandi hætti að leggja eigi til grundvallar að samningur aðila um gjaldeyrisstýringu víki frá framangreindri meginreglu þannig að miðað yrði við að verðmæti veðsins þegar það var lagt fram verði talið fela í sér greiðslu fjármuna. Samtala nefndrar fjárhæðar og eftirstöðva taps af hinum framvirku skuldabréfaviðskiptum er 46.996.632 krónur, en það er nákvæmlega sú fjárhæð sem heildartap af hinum framvirku skuldabréfaviðskiptum er talið hafa numið. Verður því ekki séð að sóknaraðili hafi orðið fyrir nokkru tapi vegna samnings um gjaldeyrisstýringu, enda verður samkvæmt framansögðu ekki við það miðað að hann hafi greitt til varnaraðila umrædda fjármuni. Verður þegar af framangreindum ástæðum að hafna skaðabótakröfu sóknaraðila sem byggir á þessum grunni.

Varnaraðili hefur uppi gagnkröfu í máli þessu að fjárhæð 46.996.632 krónur. Eins og ljóst má vera af því sem að framan greinir er krafa þessi vegna óuppgerðs taps sem varð á framvirkum skuldabréfaviðskiptum en hluti þess taps var samkvæmt framansögðu færður inn í umræddan samning um gjaldeyrisstýringu. Að mati dómsins ber að leggja til grundvallar í þessu samhengi að gerð samnings um gjaldeyrisstýringu frá 7. júlí 2008 hafi ekki valdið sóknaraðili tjóni umfram það sem þegar var orðið og því ekki grundvöllur til að fjalla sérstaklega um lögmati þess að sóknaraðila var boðinn umræddur kostur. Skilja verður málatalibúnað sóknaraðila þannig að hann haldi í málinu fram sömu málsástæðum til varnar gegn gagnkröfu varnaraðila og hann byggði á til stuðnings skaðabótakröfu sinni. Verður því að skera hér úr um hvort varnaraðili hafi farið út fyrir umboð sitt þegar

starfsmenn hans fjárfestu fyrir reikning sóknaraðila í umræddum fjármálagerningum. Byggir sóknaraðili á því að viðskiptin hafi ekki verið skuldbindandi fyrir sig og eigi að ganga til baka. Ekki hafi verið rétt að bjóða honum sem almennum fjárfesti að gera samning um framvirk skuldabréfaviðskipti eins og gert hafi verið.

Um þetta úrlausnarefni verður enn að vitna til dóms Hæstaréttar í máli 472/2012. Í 5. gr. samnings aðila um einkabankaþjónustu er samkvæmt niðurstöðu réttarins lagt bann við fjárfestingum fyrir reikning viðskiptamanns, sem telst almennur fjárfestir, í óskráðum verðbréfum. Kemur þar fram að með óskráðum verðbréfum sé m.a. átt við afleiður. Fyrr er getið um að í gildandi fjárfestingarstefnu aðila sem telst viðauki við samning um einkabankaþjónustu hafi verið tekið fram að varnaraðili fjárfesti m.a. fyrir hönd sóknaraðila í óskráðum verðbréfum. Þegar framangreind ákvæði eru skýrð saman verður að telja að undir þau falli sá samningur um afleiðuviðskipti sem aðilar undirrituðu 11. júní 2007. Á hinn bóginn liggur fyrir að sóknaraðili var á þeim tíma metinn sem almennur fjárfestir og var það því í andstöðu við ákvæði nefndrar 5. gr. samnings aðila að eiga fyrir hans hönd viðskipti með óskráð verðbréf. Hvað sem þessu líður er það mat dómsins að forsendur margnefnds Hæstaréttardóms verði ekki túlkaðar á annan hátt en þann að varnaraðila hafi borið og standi það næst að tryggja sér sönnun um að hann hafi upplýst sóknaraðila, sem almennan fjárfesti, um eðli og áhættu samfara viðskiptum með óskráð verðbréf, þannig að sóknaraðili teljist hafa verið í stakk búinn til að taka upplýsta fjárfestingarákvörðun í skilningi 1. mgr. 5. gr. laga nr. 33/2003 sem giltu þegar umræddur samningur var gerður. Í málinu liggur ekki annað fyrir en framburður Jóhanns Ómarssonar um að sóknaraðili hafi við gerð umrædds samnings verið upplýstur um nákvæmt eðli hans. Dugar það ekki til sönnunar gegn neitun sóknaraðila enda eru engin gögn sem liggja fyrir í málinu sem geta rennt stöðum undir fullyrðingar í þessa veru. Verður því lagt til grundvallar að varnaraðili hafi við gerð umrædds samnings gerst brotlegur við nefnda 1. mgr. 5. gr. laga nr. 33/2003 með því að veita ekki fullnægjandi upplýsingar um eðli umrædds fjármálagernings. Er af þeim sökum ekki unnt að líta á undirritun sóknaraðila á samninginn sem upplýsta fjárfestingarákvörðun í skilningi nefnds ákvæðis. Varnaraðili hafði þannig ekki hagsmuni viðskiptavinar síns að leiðarljósi, sbr. 4. gr. laganna og einnig verður talið að hann hafi ekki tryggt bestu framkvæmd viðskiptafyrirmæla sbr. 9. gr. laganna. Þegar af þeim ástæðum sem hér hafa verið tilgreindar verður fallist á með sóknaraðila að telja verði samning aðila frá 11. júní 2007 óskuldbindandi fyrir hann og verður sýknukrafa hans því tekin til greina.

Með hliðsjón af framangreindum málsúrslitum eru ekki efni til annars en úrskurða varnaraðila til að greiða sóknaraðila málskostnað. Þykir hann hæfilega ákveðinn að teknu tilliti til virðisaukaskatts með þeirri fjárhæð sem greinir í úrskurðarorði.

Halldór Björnsson héraðsdómari kveður upp úrskurð þennan að gættu ákvæði 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, en uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist nokkuð vegna embættisanna dómara.

**Ú R S K U R Ð A R O R Ð**

Viðurkennd er sem almenn krafa við slit varnaraðila, Glitnis hf., samkvæmt 113. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., sbr. 3. mgr. 102. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, skaðabótakrafa sóknaraðila, Ottós Björns Ólafssonar, sem við slitameðferðina hefur númerið CL20091128-6170, að fjárhæð 12.407.240 krónur með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 19. janúar 2006 til 22. apríl 2009, allt að frádregnum vaxtagreiðslum að fjárhæð 450.282 krónur 21. júlí 2006, 493.997 krónur 1. febrúar 2007, 411.228 krónur 23. júlí 2007, 482.807 krónur 23. janúar 2008, 453.954 krónur 22. júlí 2008, 59.204 krónur 5. febrúar 2009 og 300.393 krónur 15. apríl 2009, og að frádregnu greiddu söluverði eignarhlutar sóknaraðila í Latabæ ehf. að fjárhæð 3.866.727 krónur 2. september 2011.

Kröfu sóknaraðila, sem hefur númerið CL20091128-6178 við slitameðferð varnaraðila, að fjárhæð 41.000.000 krónur, ásamt nánar greindum vöxtum, er hafnað. Sóknaraðili skal sýkn af gagnkröfu varnaraðila.

Varnaraðili greiði sóknaraðila 1.004.000 krónur í málskostnað.

Halldór Björnsson