

## Ú R S K U R Ð U R

**Héraðsdóms Reykjavíkur föstudaginn 1. nóvember 2013 í máli nr. X-137/2011:**

**Magnús Árnason**

*(Hilmar Magnússon hrl.)*

**gegn**

**Glitni hf.**

*(Þórður Guðmundsson hdl.)*

Máli þessu, sem er ágreiningsmál við slitameðferð varnaraðila, var beint til dómsins með bréfi slitastjórnar varnaraðila 6. maí 2011 og var það þingfest 16. 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 að lokinni aðalmeðferð 24. september sl. eftir að úrskurður dómsins frá 9. nóvember 2012 var ómerktur með dómi Hæstaréttar 23. apríl 2013 í máli réttarins nr. 711/2012.

Sóknaraðili er Magnús Árnason, Jónsgeisla 5, Reykjavík, en varnaraðili er Glitnir hf., Sóltúni 26, Reykjavík.

Sóknaraðili krefst þess aðallega að krafa hans að fjárhæð 233.520.218 krónur ásamt lögfræðikostnaði, að fjárhæð 6.521.310 krónur og dráttarvöxtum skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 27. ágúst 2008 til 22. apríl 2009, verði viðurkennd sem forgangskrafa skv. 1. mgr. 112. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., en til vara sem almenn krafa skv. 113. gr. sömu laga. Einnig krefst hann þess að krafa um dráttarvexti af fjárhæðinni frá 22. apríl 2009 til greiðsludags, verði viðurkennd sem eftirstæð krafa skv. 114. gr. sömu laga.

Þá krefst hann þess að viðurkennd verði greiðsla á kröfu skv. lánasamningi nr. 580-74-311990, upphaflega að fjárhæð 105.000.000 krónur dags. 11. apríl 2008, miðað við þann 17. febrúar 2009 skv. yfirlýstum skuldajöfnuði þann dag.

Sóknaraðili krefst og málskostnaðar.

Varnaraðili krefst þess aðallega að staðfest verði sú afstaða hans að hafna kröfu sóknaraðila, nr. CL20091125-3623, í kröfuskra, að fjárhæð 252.933.790 krónur, en til vara að krafan sæti lækkun. Þá krefst hann þess einnig að hafnað verði framangreindri kröfu sóknaraðila um viðurkenningu á greiðsla á kröfu samkvæmt lánsamningi nr. 580-74-311990 með skuldajafnaðaryfirlýsingu 17. febrúar 2009.

Þá krefst varnaraðili málskostnaðar.

Í greinargerð sinni krafðist varnaraðili þess aðallega að málinu yrði vísað frá dómi, en þeirri kröfu var hafnað í úrskurði dómsins 6. febrúar 2012.

## 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 skilaneftnd.

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 að meginstefnu um meðferð krafna á hendur fjármálaþyrirtæki sem er til slitameðferðar eftir ákvæðum laga nr. 21/1991.

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 kröfuna 2. maí 2011. Var þar reynt að jafna ágreining aðila en án árangurs og var málinu í kjölfarið vísað til úrlausnar dómsins í samræmi við ákvæði laga nr. 21/1991.

## II

Ágreiningsefni máls þessa má greina í nokkra þætti. Varða þau tvo samninga um einkabankaþjónustu sem gerðir voru milli aðila, ásamt því að tengjast lánessamningi sem sóknaraðili gerði við varnaraðila í tengslum við yfirtöku á framvirkum verðbréfasamningi sem upphaflega var gerður milli varnaraðila og Rom ehf. Til að lýsing málsatvika megi vera sem gleggst verður hér leitast við að greina á milli atvika er varða þá þrjá samninga sem nefndir voru hér á undan, þannig að tengja megi þá lýsingu við þá ætluðu tjónsatburði sem sóknaraðili byggir á í málinu. Þá er einnig nauðsynlegt að geta að nokkru samskipta sóknaraðila við Nýja Glitni banka hf. sem nú heitir Íslandsbanki hf. en sá banki tók yfir umræddan lánessamning.

Sóknaraðili lýsti því í aðilaskýrslu sinni að hann hafi selt atvinnufyrirtæki sem hann hafi rekið um áratuga skeið og hafi af því tilefni leitað eftir ráðgjöf varnaraðila um hvernig ávaxta skyldi söluandvirðið.

Liggur fyrir í málinu að 11. mars 2005, gerðu aðilar með sér samning um einkabankaþjónustu og er þjónustan skilgreind í 1. gr. samningsins þannig að hún feli í sér fjárvörslu, eignastýringu og alhliða fjármálaþjónustu. Eru fyrrnefndu tveir þjónustubættirnir skilgreindir í 2. gr. samningsins en sá þriðji í 3. gr. hans. Í b. lið 2. gr. er rætt um eignastýringu fjármuna viðskiptavinar samkvæmt fyrirfram ákveðinni fjárfestingarstefnu. Umrædd fjárfestingarstefna var undirrituð sérstaklega sama dag og samningurinn, sem viðauki I við hann. Greinir meðal annars í viðaukanum að bankinn muni í nafni viðskiptavinar fjárfesta í (1) hlutdeildarskýrteinum verðbréfasjóða, (2) í verðbréfum, skuldabréfum eða hlutabréfum sem skráð séu á opinberum verðbréfamörkuðum og (3) í innlánnum í bönkum og sparisjóðum. Þá er fjárfestingarstefna ákveðin 75% skuldabréf og laust fé, 12,5% innlend hlutabréf og 12,5% erlend hlutabréf. Fjárfestingarstefna samningsins mun hafa verið endurskoðuð þann 1. febrúar 2006 og ákveðin skuldabréf og laust fé 50%, innlend hlutabréf 25% og erlend hlutabréf 25%. Einnig voru undirritaðir viðaukar II og III við eignastýringarsamninginn, sem voru annars vegar umboð til starfsmanna varnaraðila og hins vegar ákvæði um þóknun til hans. Eignasafn samkvæmt samningnum var varðveitt á fjárvörslureikningi hjá varnaraðila sem bar númerið 7281, en samningnum tengdist einnig tiltekinn bankareikningur. Vörslusafn á reikningi nr. 7281 virðist aldrei hafa verið veðsett varnaraðila. Í málinu liggur fyrir skjal er sýnir hreyfingar á umræddum vörslureikningi á tímabilinu frá 1. janúar 2007 til 14. október 2008 og eru þær nokkuð á annað hundrað talsins. Í ágúst mánuði 2008 voru í umræddu vörslusafni hlutabréf í Rom ehf. að markaðsverði 60.024.000 krónur, í VBS Fjárfestingarbanka hf. að markaðsverði 29.907.330 krónur og í Guardian Holding ehf. að markaðsverði 8.227.000 krónur, eða samtals 98.158.330 krónur. Í því skjali sem liggur fyrir í málinu og greinir tilvitnað markaðsverð í ágúst 2008 er gerður fyrirvari um réttmæti þeirra upplýsinga, en umrædd samtala vikur aðeins lítilla frá tilgreindu markaðsverði óskráðra eigna í vörslusafni sóknaraðila sem tilgreind er ósundurgreint í tölvupósti starfsmanns varnaraðila til sóknaraðila 28. ágúst 2008, sem þar er sagt 98.160.466 krónur. Það er óumdeilt í málinu að allt eru þetta óskráð félög. Kaup í Rom ehf. munu hafa farið fram í þrennu lagi, í júní 2006 og mars og júní 2007, kaup í VBS Fjárfestingarbanka hf. í október 2007 en í maí sama ár í Guardian Holding ehf. Byggir sóknaraðili á því að umrædd viðskipti sem starfsmenn varnaraðila hafi framkvæmt fyrir hönd sóknaraðila hafi verið í andstöðu við ákvæði fyrrgreinds samnings sem og ákvæði gildandi laga um verðbréfavíðskipti og krefst í málinu bóta vegna þessa sem nemi kaupverði hlutabréfanna sem sé samtals 82.054.815 krónur. Er sú fjárhæð óumdeild. Varnaraðili kveður á hinn bóginn að sóknaraðili hafi samþykkt umrædd viðskipti. Hann hafi sjálfur óskað eftir kaupum í Rom ehf. og VBS Fjárfestingarbanka hf. en kaup í Guardian Holding ehf. hafi hann samþykkt eftir á. Málsástæður aðila eru fleiri og ítarlegri að því er þetta varðar og eru nánar raktar síðar.

Þann 13. október 2006 gerðu aðilar með sér annan samning um einkabankaþjónustu. Var sá samningur um margt sambærilegur að efni og skilmálum og sá samningur sem að framan er lýst. Tengdist honum fjárvörslureikningur nr. 7508 sem og nánar tilgreindur bankareikningur. Í fyrstu

tveimur greinum samningsins er, eins og í hinum eldri samningi, greint milli þriggja þjónustupátta: Fjárvörslu, eignastýringar og alhliða fjármálaþjónustu. Eru þessir þjónustupættir skilgreindir í samningnum með svipuðum hætti og í hinum eldri samningi, en ekki þykir ástæða til að greina hér nánar milli efnis þeirra. Þessum samningi fylgdu einnig þrjú viðaukar sambærilegir þeim sem áður eru raktir í tengslum við lýsingu eldri samningsins. Skiptir hér mestu viðauki I sem lýsir fjárfestingarstefnu og er með þeim sömu skilmálum og raktir eru hér að framan í þremur liðum og þykir ekki ástæða til að endurtaka hér. Á hinn bóginn hafa reitir á umræddu eyðublaði þar sem færa átti inn hlutfall einstakra flokka fjárfestinga ekki verið fylltir út. Varnaraðili telur að í þessu felist að aðilar hafi komið sér saman um að fjárfestingarstefna ætti að vera „opin“ þannig að ekki væri um að ræða takmarkanir á því hversu hátt hlutfall hvers flokks mætti vera. Sóknaraðili byggir á hinn bóginn á því að starfsmönnum varnaraðila hafi ekki verið heimilt að eiga viðskipti fyrir hönd sóknaraðila á grundvelli þessa samnings þar sem fjárfestingarstefna hafi ekki verið ákveðin í samræmi við ákvæði samningsins og ákvæði gildandi laga. Í aðilaskýrslu sinni kvað sóknaraðili ástæðu þess að umræddir reitir hefðu ekki verið fylltir út hafa verið þá að hann hafi viljað bíða með að ákveða fjárfestingarstefnuna og hafi ætlað að sjá hvað aðrir væru að gera í þeim eignum. Kvað hann að tilkoma umrædds einkabankaþjónustusamnings hafi verið að frumkvæði starfsmanna varnaraðila sem hafi hvatt hann til að taka meiri áhættu svo hagnaður hans gæti orðið meiri. Hafi hann látið til leiðast að gera umræddan samning en hann hafi ekki talið að byrjað væri að eiga viðskipti á grundvelli hans. Kvað sóknaraðili aðspurður að hann hafi ekki talið að á honum hafi hvílt frumkvæðisskylda í tengslum við að fylla út umrædda fjárfestingastefnu. Hilmar Steinar Sigurðsson sem var þjónustufulltrúi sóknaraðila hjá varnaraðila kvaðst í skýrslu sinni fyrir dómi ekki muna hvers vegna umræddir reitir hafi ekki verið fylltir út.

Samhliða undirritun nefnds samnings ritaði sóknaraðili undir handveðsyfirlýsingu þar sem m.a. er kveðið á um að til tryggingar skilvísri og skaðlausri greiðslu á öllum skuldum og öðrum fjárskuldbindingum hans við varnaraðila, sé varnaraðila sett að handveði vörslureikningur nr. 7508 ásamt öllum verðbréfum, innlendum sem erlendum sem á þeim reikningi finnst á hverjum tíma. Í tengslum við lán varnaraðila til sóknaraðila sem nánar er fjallað um hér síðar ritaði sóknaraðili undir nýja handveðsyfirlýsingu 11. apríl 2008 þar sem fyrrnefndur vörslureikningur er settur að handveði sem og innstæða á bankareikningi 513-26-787508. Var fyrri handveðsyfirlýsingin felld niður í kjölfarið.

Sóknaraðili mun hafa átt fundi með starfsmönnum varnaraðila í ágústmánuði 2008 og liggja fyrir í málinu gögn sem tengjast þeim fundum. Má t.d. sjá á tölvupósti sem starfsmaður varnaraðila sendi sóknaraðila 28. ágúst 2008 í kjölfar slíks fundar hver staða var á vörslusafni nr. 7508 þann dag. Kemur þar fram að hlutabréf í safninu hafi verið að markaðsverði 151.741.961 króna eða 92,05% af heildarmarkaðsverði þess. Var hér um að ræða hlutabréf í varnaraðila að markaðsvirði 76.500.000 krónur (46%); í Kaupþingi banka hf. að markaðsvirði 57.912.712 krónur (35%); í Landsbanka Íslands hf. að markaðsvirði 947.040 krónur (1%) og í Straumi Burðarás hf. að markaðsvirði 16.382.209 krónur (10%). Í vörslusafninu voru einnig skráð hlutdeildarskírteini í sjóði 9 að markaðsvirði 6.807.167 krónur (4%) og skuldabréf útgefin af Exista ehf. að markaðsvirði 6.301.527 krónur (4%). Í umræddum tölvupósti er samtala ofangreindra eigna í

vörslusafni 7508 sagt að markaðsvirði 164.850.655 krónur, en einnig eru tilgreindar óskráðar eignir að markaðsvirði 98.160.466 krónur, en telja má fullvíst að síðastnefnd tala tilgreini markaðsverð hlutabréfa í vörslusafni nr. 7281. Samtals eru eignir sóknaraðila því tilgreindar 263.011.121 króna, en þegar frá hafa verið dregin langtímalán að fjárhæð 106.440.104 krónur er eigið fé hans sagt 156.571.017 krónur. Síðar verður nánar vikið að því láni sem hér er vitnað til og aðdraganda þess og einnig verður fjallað nánar um þá fundi sem sóknaraðili átti með starfsmönnum varnaraðila frá ágúst til október 2008.

Sóknaraðila og varnaraðila greinir á um það með hvaða hætti ákvarðanir hafi verið teknar um einstakar fjárfestingar á grundvelli ofangreindra tveggja samninga um einkabankabjónustu. Kom fram í skýrslu sem sóknaraðili gaf við aðalmeðferð málsins að starfsmenn varnaraðila hafi á grundvelli samninganna tekið allar ákvarðanir og hafnaði hann alfarið fullyrðingum varnaraðila um að hann hafi í einhverjum tilvikum mælt fyrir um tiltekin viðskipti. Viðskiptum með Rom ehf. lýsti sóknaraðili með nokkuð öðrum hætti en þeim viðskiptum verður sérstaklega lýst hér síðar. Sá starfsmaður varnaraðila sem sá um framkvæmd einkabankasamninga við sóknaraðila kvað samningana hafa verið svokallaða ráðgjafasamninga en í því fælist að viðskiptavinur þyrfti að samþykkja hver viðskipti. Kvað hann sóknaraðila hafa samþykkt öll viðskipti sem farið hafi fram á grundvelli beggja samninganna, utan að hann taldi að viðskipti með hlutabréf í Guardian Holding ehf. hafi farið fram án samþykkis sóknaraðila. Taldi starfsmaðurinn að þau viðskipti hefðu verið bakfærð ef sóknaraðili hefði óskað eftir því.

Fyrir liggur í málinu að auk þeirra tveggja samninga sem sóknaraðili gerði við varnaraðila ritaði hann 14. desember 2006 undir skjal sem bar yfirskriftina „Almennir skilmálar vegna markaðsviðskipta Glitnis banka hf. og Magnús Árnason (sic)“ Í greinargerð varnaraðila lýsir hann því svo að skilmálarnir hafi gilt um öll markaðsviðskipti sóknaraðila hjá varnaraðila og lýsi því réttarsambandi sem verið hafi á milli varnaraðila og sóknaraðila vegna markaðsviðskipta. Hvernig samningar og boðskipti hafi átt að fara fram og hvaða kröfur varnaraðili hafi sett um tryggingar fyrir viðskiptum o.fl. Skilmálunum hafi jafnframt verið ætlað að undirstrika að sóknaraðili hefði gert sér grein fyrir eðli þeirra samninga sem féllu undir skilmálana og þeirri áhættu sem þeim hafi fylgt. Með undirritun sinni hafi sóknaraðili samþykkt að kominn væri á skriflegur samningur við varnaraðila í samræmi við III. kafla þágildandi laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Í skilmálunum hafi einnig verið að finna ákvæði þess efnis að skyldur samningsaðila vegna afleiðuviðskipta, skyldu jafnast hver á móti annarri með skuldajöfnuði, við endurnýjun eða við vanefnd, greiðslustöðvun, nauðasamninga eða gjaldþrotaskipti og að samningurinn myndi halda gildi sínu að fullu þrátt fyrir ákvæði 91. og 100. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. Loks hafi sóknaraðili lýst því yfir með undirritun sinni að honum væri ljóst að þau viðskipti sem hann kynni að eiga við markaðsviðskipti varnaraðila gætu verið sérstaklega áhættusöm.

Sóknaraðili ritaði sama dag undir viðauka II við framangreinda skilmála þar sem hann veitti varnaraðila heimild til að skuldfæra tiltekinn bankareikning vegna viðkomandi viðskipta. Er þar um sama bankareikning að ræða og tengdist einkabankasamningi og vörslusafni nr. 7508.

Þegar þeir samningar voru gerðir sem að framan er lýst voru í gildi lög nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Þann 1. nóvember 2007 tóku hins vegar gildi lög nr. 108/2007 um sama efni en með þeim var innleidd svokölluð MiFID-tilskipun Evrópusambandsins (Markets in Financial Instrument Directive). Kemur fram í greinargerð varnaraðila að í tilefni lagasetningar þessarar hafi verið gerðar breytingar á skilmálum samninga milli fjármálafyrirtækja og víðskiptavina sem falið hafi í sér auknar kröfur til fjármálafyrirtækja í tengslum við víðskipti með verðbréf. Þann 28. október 2007 hafi allir víðskiptavinir varnaraðila í verðbréfavíðskiptum verið flokkaðir samkvæmt nýju löggjöfni, þ.e. í almenna fjárfesta, fagfjárfesta eða víðurkennda gagnaðila. Sérstakur upplýsingapakki hafi verið sendur til þessara víðskiptavina í lok október 2008, þar sem hafi verið að finna m.a. upplýsingar um þær breytingar sem yrðu á löggjöfni og þau áhrif sem þær myndu hafa á víðskiptavini. Með þessum upplýsingapakka hafi fylgt eyðublöð sem víðskiptavinir hafi verið beðnir um að fylla út og senda varnaraðila, rafrænt eða með bréfi. Víðskiptavinir varnaraðila sem verið hafi í eignastýringarþjónustu fyrir gildistöku laganna þann 1. nóvember 2007, hafi þannig þurft að undirrita sérstakt samþykkisblað, þar sem þeir hafi staðfest að hafa fengið og samþykkt verklagsreglur varnaraðila um framkvæmd víðskiptafyrirmæla auk fleiri atriða. Sóknaraðili hafi ritað undir þetta samþykkisblað þann 7. apríl 2008 og hafi þar jafnframt samþykkt að fá framvegis upplýsingar um sín verðbréfavíðskipti með rafrænum hætti. Víðskiptavinir hafi einnig þurft að fylla út spurningalista sem hafi átt að veita fjármálafyrirtækjum í verðbréfaþjónustu upplýsingar til að meta hentuga fjárfestingarþjónustu og fjármálagerninga. Þennan spurningarlista hafi sóknaraðili fyllt út og undirritað þann 7. apríl 2008.

Tilvitnaður spurningalisti liggur fyrir í málinu undirritaður af sóknaraðila en hann kvað starfsmann varnaraðila hafa fyllt spurningalistann út og lagt hann þannig fyrir sig til undirritunar. Umræddur starfsmaður kvaðst þekkja skrift sína á umræddum spurningalista og staðfesti að hann hefði fyllt hann út. Eins og nánar er rakið hér síðar byggir sóknaraðili á því í málinu að varnaraðila hafi verið óheimilt að eiga í víðskiptum fyrir hans hönd á því tímabili sem leið frá gildistöku laga nr. 108/2007 til undirritunar framangreindra skjala þann 7. apríl 2008.

Í greinargerð varnaraðila er því lýst að hann og sóknaraðili hafi gert með sér samning um framvirk verðbréfavíðskipti, dags. 20. nóvember 2007, þar sem varnaraðili hafi selt sóknaraðila hlutabréf í varnaraðila fyrir 155.564.923 krónur. Samningur þessi hafi verið gerður til að staðfesta aðilaskipti á áður útgefnum framvirkum samningi og framsal allra réttinda frá Rom ehf., en sóknaraðili sé stofnandi, framkvæmdastjóri, stjórnarmaður og stærsti hluthafi í félaginu. Sóknaraðili hafi þar með yfirtekið öll réttindi og allar skyldur Rom ehf. samkvæmt áður útgefnum samningi gagnvart varnaraðila. Fram kom í skýrslu sóknaraðila fyrir dóminum að hann hafi verið meðal stofnenda Rom ehf. og hafi sem slíkur átt hlut í félaginu ásamt öðrum, en félaginu hafi verið ætlað að standa að fasteignaverkefni í Rúmeníu. Ekki þykir ástæða til að fjalla nánar hér um lýsingu sóknaraðila á starfsemi félagsins. Nægir hér að nefna að sóknaraðili kvaðst í skýrslu sinni kannast við að hafa fallist á að kaupa fleiri hluti í félaginu að áeggjan starfsmanns varnaraðila en eignarhald hans á þeim hafi átt að vera tímabundið meðan starfsmaður varnaraðila leitaði að öðrum kaupendum. Á hinn bóginn kvaðst sóknaraðili hafna því alfarið að hafa samþykkt að yfirtaka réttindi og skyldur samkvæmt fyrrnefndum framvirkum samningi Rom ehf. við varnaraðila. Kvaðst

hann kannast við að hafa tekið lán það sem lýst er hér á eftir til að gera umræddan samning upp en hann hafi talið að þar hafi verið um að ræða tap á hans persónulegu viðskiptum en ekki samningum Rom ehf. Hafnaði hann því alfarið að hafa samþykkt að taka yfir réttindi og skyldur samkvæmt slíkum samningi.

Í greinargerð varnaraðila er því lýst að hann og sóknaraðili hafi gert með sér lánsamning, dags. 11. apríl 2008, þar sem sóknaraðila hafi verið veitt lán til tveggja ára að fjárhæð 105.000.000 krónur vegna uppgjors á þeim framvirka samningi sem fyrr er greint frá en tap sóknaraðila hafi verið 94.000.000 krónur. Kaupverð framvirka sammingsins hafi þannig verið greitt með andvirði lánsins að viðbætti inneign sóknaraðila í Sjóði 9 að upphæð 79.000.000 króna eða samtals 184.000.000 krónur. Lánið hafi sóknaraðili átt að endurgreiða með einni greiðslu þann 2. maí 2010. Til tryggingar skilvísri og skaðlausri greiðslu á láninu sem og öllum öðrum skuldum og fjárskuldbindingum, hafi sóknaraðili sett að handveði með sérstakri yfirlýsingu, 11. apríl 2008, vörslureikning sinn nr. 7508 og innstæðu á reikningi nr. 513-26-787508, en þessarar yfirlýsingar hefur áður verið getið. Í handveðsyfirlýsingunni sé sérstaklega tekið fram að varnaraðili hafi einn aðgang að hinu veðsetta og útgefanda/veðsala því óheimilt að taka fé út af reikningnum. Eldri handveðsyfirlýsing, dags. 23. október 2006, þar sem vörslureikningur nr. 7508 hafi verið settur að veði, hafi í kjölfarið verið felld niður. Sóknaraðili hafi í framhaldinu keypt hlutabréf í Glitni fyrir 5.000.000 krónur að nafnverði og hafi greitt fyrir þau 184.011.085 krónur en viðskiptin hafi verið uppgjör á tapi sóknaraðila vegna fyrrgreinds framvirks sammings um hlutabréfaviðskipti í varnaraðila.

Í greinargerð sóknaraðila kemur fram að jafnframt framangreindri lántöku hafi hann veitt starfsmönnum varnaraðila heimild til að stunda framvirk gjaldeyrisviðskipti og hafi sami vörslureikningur var settur til tryggingar þeim. Ráðgjöf starfsmanna varnaraðila hafi lotið að því að hin framvirku gjaldeyrisviðskipti myndu greiða upp lánið og þar með tapið, en hagnaður af þessum viðskiptum hafi átt að renna inná greinda skuld. Hafi sóknaraðila þannig verið talin trú um að með þessum aðgerðum væri ekki falin nokkur tapsáhætta umfram inneign á vörslureikningnum færi allt á versta veg, þar sem veðkallsréttur bankans tryggði bankann gegn því að lánið tapaðist með tilheyrandi tjóni viðskiptavinar. Hafi sóknaraðila þannig verið talin trú um að áhætta hans í þessum viðskiptum væri eingöngu bundin við hina handveðsettu eign og ekkert annað.

Fyrir liggur í málinu að sóknaraðili sótti fund hjá varnaraðila 12. ágúst 2008 en þar munu hafi verið ræddar hugsanlegar breytingar á eignasafni sóknaraðila. Annar fundur var haldinn 27. september 2008 en daginn eftir sendi starfsmaður varnaraðila sóknaraðila tölvupóst þar sem eignasafn sóknaraðila er rakið og gerð grein fyrir tillögum um sölu á hlutabréfum í varnaraðila, Kaupþingi banka hf. og Landsbanka Íslands hf. samtals að þar greindu söluverðmæti 135.359.752 krónur. Þá er tilgreint að verja hafi átt söluverði þannig að 50.000.000 krónur hafi átt að greiða inn á framangreint lán en því sem eftir hafi verið hafi átt að ráðstafa inn á sjóð 9. Sóknaraðili byggir á því að hann hafi gefið skýr fyrirmæli um að framkvæma umrædda áætlun sem fram komi í nefndum tölvupósti. Varnaraðili kveður að fyrirmæli hafi ekki verið skýr og því hafi ekki orðið af sölu umræddra hlutabréfa. Í framburði Hilmars S. Sigurðssonar, starfsmanns varnaraðila, fyrir dómi kom fram að hann hefði boðið umrædd hlutabréf til sölu. Kaupþilboð hafi komið sem verið hafi verulega lægra heldur en það verð sem komi fram í umræddu yfirliti. Hann kvaðst hafa kynnt sóknaraðila þetta og ákvörðun hafi verið tekin um

að bíða með sölu. Í framburði sínum fyrir dómi hafnaði sóknaraðili því alfarið að hann hafi tekið ákvörðun um að bíða með sölu. Kvað hann að honum hafi aldrei verið kynnt að borist hefði kauptilboð í bréfin og hafnaði því jafnframt að hann hafi hafnað slíkum tilboðum. Fram kom í málinu að sóknaraðili var staddur á afskekktum stað erlendis, utan tölvu- og símasambands, frá 12. til 26. september 2008.

Fyrir liggur að sóknaraðila var sent veðkall á tölvupósti 17. september 2008 vegna fyrrnefnds láns. Veðkallið var ítrekað með ábyrgðarbréfi dags. 25. september sama ár. Fyrir liggur að sóknaraðili svaraði tölvupósti um veðkall 28. september 2008 og kveðst í svari sínu hafa fyrst þá verið að sjá umrætt veðkall. Sóknaraðili kveðst hafa margítrekað krafist þess að hlutabréf úr eignasafni hans yrðu seld á næstu dögum en ekki hafi verið að gert af hálfu starfsmanna varnaraðila. Öll hlutabréf hans hafi verið óseld þegar efnahagshrunið hafi skolið á en í kjölfarið hafi þau orðið verðlaus.

Kveður sóknaraðili að það liggi því fyrir að þær tryggingar er varnaraðili hafi haft í sínum höndum og sinni umsjón hafi gengið honum úr greipum þrátt fyrir þá staðreynd að verulega hafi vantað uppá að veðhlutföll væru í samræmi við lánasamninginn og vanefndaúrræði einungis varnaraðila tæk. Byggir sóknaraðili m.a. á því í málinu að varnaraðila hafi borið skylda til að ganga að veði sóknaraðila í kjölfar framangreinds veðkalls, en það að svo hafi ekki verið gert hafi valdið sóknaraðila því tjóni sem hann krefjist bóta fyrir í málinu.

Í greinargerð varnaraðila er frá því greint að með ákvörðun Fjármálaeftirlitsins frá 14. október 2008, hafi Nýi Glitnir banki hf., nú Íslandsbanki hf., tekið við öllum eignum varnaraðila, m.a. láni því sem sóknaraðili hafi samkvæmt framansögðu tekið hjá varnaraðila. Með bréfi lögmanns sóknaraðila til Nýja Glitnis banka hf., dags. 17. febrúar 2009, hafi sóknaraðili lýst yfir skuldajöfnuði við lánið vegna ætlaðs fjárhagstjóns sökum brota varnaraðila á samningi um einkabankaþjónustu. Í bréfi lögmanns Íslandsbanka hf. til lögmanns sóknaraðila 16. apríl 2009 hafi því verið hafnað að sóknaraðili gæti á þessu stigi skuldajafnað bótakröfu sinni á móti kröfum bankans á hendur honum samkvæmt lánessamningi. Samningum um einkabankaþjónustu hafi verið sagt upp með bréfi Íslandsbanka hf. til sóknaraðila, 8. júní 2009. Tiltekið hafi verið að verðbréfaeign sú sem skráð væri á vörslureikning sóknaraðila væri handveðsett Íslandsbanka hf. og yrði af þeim sökum ekki afhent á meðan skuld samkvæmt lánessamningi 9. apríl 2008, hefði ekki verið gerð upp. Íslandsbanki hf. hafi höfðað innheimtumál á hendur sóknaraðila og hafi málið verið þingfest þann 29. apríl 2010.

Dómur í því einkamáli sem vísað er til var kveðinn upp 14. september 2012. Því máli var áfrýjað og var dómurinn ómerktur með dómi Hæstaréttar 18. apríl 2013 í máli réttarins nr. 744/2012. Bíður það mál úrlausnar máls þess sem hér er til meðferðar.

Sóknaraðili kveður í greinargerð sinni að hann telji að starfsmenn varnaraðila hafi með athöfnum og athafnaleyssi valdið sér gríðarlegu fjárhagstjóni, sem sé langt umfram þá kröfu sem gerð hefur verið á hendur honum skv. fyrirbyggjandi lánsamningi. Leitist sóknaraðili við í málinu að fá viðurkennda þessa kröfu sína á hendur varnaraðila sem forgangskröfu en til vara sem almenna kröfu.

Sóknaraðili hafi einnig lýst yfir skuldajöfnuði við kröfu Íslandsbanka hf., skv. skýrri heimild í 13. tl. ákvörðunar FME frá 14. okt. 2008, en öll skilyrði skuldajöfnunar séu til staðar, þ.e. kröfurnar séu milli sömu aðila, þar sem í ákvörðun FME hafi sérstaklega verið ákvarðað að þrátt fyrir yfirfærslu réttinda til Íslandsbanka hf. héldist skuldajafnaðarréttur er viðkomandi hafi átt gagnvart fyrri kröfuhafa eða þrotabúi, þær séu samkynja og hæfar til að mætast hvað greiðslutíma snerti.

Sóknaraðili telji engan vafa leika á því að starfsmenn varnaraðila hafi valdið honum tjóni með sagnæmum og ólögumætum hætti aðallega með því að gera fjármálasamninga án heimildar, brjóta skýr samningsákvæði fyrirbyggjandi eignastýringasamninga, vanrækja að framkvæma ákvarðanir sem teknar hafi verið um sölu á hlutabréfum og síðar beinar skipanir sóknaraðila þess efnis og með því þverbrotið ákvæði laga um verðbréfavíðskipti er snúi að eignastýringu, kaupum hlutabréfa og um bestu framkvæmd. Þá hafi varnaraðili ekki öðlast samþykki fyrir upplýsingum vegna eignastýringa fyrir en þann 7. apríl 2008, og því verið óheimilt að annast eignastýringu fyrir kröfuhafa frá gildistöku laga nr. 108/2007, þann 1. nóv. 2007, fram til þess dags er samþykkið hafi legið fyrir, og séu víðskipti hans fyrir hönd sóknaraðila á því tímabili því ólögumæt og óskuldbindandi fyrir sóknaraðila.

Varðandi gerð ýmissa framvirkra samninga, byggir sóknaraðili á því að varnaraðila hafi skort heimild og umboð til að framkvæma kaup á hlutabréfum að því marki sem hann hafi gert það á grundvelli þeirra samninga og þá sérstaklega í varnaraðila að nafnverði 5.000.000 krónur sem gert hafi verið upp þann 17. apríl 2008 með greiðslu á 184.011.085 krónum sem uppgjör á framvirkum samningi um hlutabréfakaup. Hafi hinn framvirki samningur leitt til verulegs taps og kaupverðið hafi verið greitt m.a. með umræddu láni að fjárhæð 105.000.000 krónur. Hafi sóknaraðili talið að umrædd víðskipti hefðu verið unnin innan þeirrar heimildar sem varnaraðili hafi haft án þess þó að gera sér fyllilega grein fyrir eðli þeirra og með hvaða hætti sóknaraðili hafi orðið skuldbundinn skv. þeim en sóknaraðili hafi ekki fundið nein gögn um þessa framvirku samninga eða hvernig þeim hafi verið háttað og því síður að hann hafi samþykkt þá, þrátt fyrir áskorun um að fá gögnin í hendur. Þannig hafi sóknaraðili orðið fyrir tjóni er nemi a.m.k. kaupverði bréfanna í varnaraðila þar sem þau hafi ekki verið skuldbindandi fyrir sóknaraðila og hann aldrei samþykkt þau svo sem lagaskyldan hafi boðið. Hafi sóknaraðili fyrst í apríl 2008 samþykkt verklagsreglur varnaraðila en fram til þess tíma hafi varnaraðila verið óheimilt að annast hvers konar verðbréfavíðskipti frá þeim tíma er lög 108/2007 tóku gildi.

Þá byggir sóknaraðili einnig á því að þegar hann hafi undirgengist skuldbindingu þá sem falist hafi í skuldabréfinu hafi honum verið talin trú um að gjaldeyrisvíðskipti er starfsmenn varnaraðila skyldu annast, myndu greiða bréfið upp. Hann hafi því verið grunlaus um þá áhættu sem falist hafi í útgáfu

skuldabréfsins sem Íslandsbanki hf. sé nú eigandi að og innheimti með aðstoð dómstóla. Skyldi uppgjörið eins og það hafi farið fram skv. ráðleggingum starfsmanna varnaraðila vera án nokkurrar áhættu fyrir sóknaraðila umfram inneign hans á veðsettu vörslusafni nr. 7508.

Þá byggi sóknaraðili á því að skv. ákvæðum fyrirbyggjandi eignastýringasamninga sé bankanum óheimilt að eiga viðskipti með óskráð verðbréf. Þrátt fyrir það hafi í eignastýringu skv. samningi nr. 7281, verið keypt í maí 2007 erlend hlutabréf í óskráðu hlutafélagunum Guardian Holding ehf. á 4.243.500 krónur og í október 2007 í VBS fjárfestingarbanka hf. á 27.684.256 krónur auk kaupa í Rom ehf. í júní 2006 og mars og júní 2007 á 50.105.541 krónu eða alls samtals 82.054.815 krónur.

Telji sóknaraðili að starfsmenn varnaraðila hafi með þessu brotið samninginn og starfsskyldur sínar, sóknaraðila til samsvarandi tjóns og numið hafi kaupverði bréfanna, en þau séu verðlaus í dag. Sóknaraðili hafi ekki veitt neina heimild til þessara kaupa og því séu þau með öllu óskuldbindandi fyrir hann. Sé þar um sjálfstætt brot á 8. gr. sbr. 9. gr. laga nr. 33/2003 að ræða sbr. 4. gr. um góða viðskiptavenju, en sóknaraðili telji að varnaraðili hafi þverbrotið þá grein enda ekki haft hagsmuni sína í huga við kaup hinna óskráðu bréfa. Umrædd fjárhæð hafi verið tekin af innistæðureikningi sóknaraðila og sé sömu fjárhæðar og nemi kaupverði hinna óskráðu hlutabréfa og njóti því réttshæðar sem forgangskrafa, þar sem innstæður á bankareikningum njóti slíks forgangs eftir setningu svokallaðra neyðarlaga nr. 125/2008.

Beri varnaraðili fulla bótaábyrgð á því tjóni sem sóknaraðili hafi orðið fyrir vegna saknæmrar háttsemi starfsmanna varnaraðila með því að brjóta ákvæði samningsins um einkabankþjónustu skv. 5. gr., sbr. 15. gr. samningsins.

Þá hafi brotin einnig lotið að því að með umræddum kaupum hafi verið farið á svig við fjárfestingastefnu þá sem skyldi gilda um safnið sbr. áskilnað í 3. tl. 2. gr. laga nr. 108/2007, en hámark innlendra og erlendra skráðra hlutabréfa í safni skyldi vera 20% af hvorum. Vörslusafn sóknaraðila hafi verið 99,9% óskráð hlutabréf. Þannig telji sóknaraðili að starfsmenn varnaraðila hafi brotið megininntak ákvæðis þágildandi 4. gr. laga nr. 33/2003 um góða viðskiptavenju og samningar um kaup verðbréfa séu því ólögmatir er leiði til bótaábyrgðar varnaraðila. Tjón sóknaraðila sé í þessum þætti málsins 82.054.815 krónur.

Þá telji sóknaraðili að starfsmenn varnaraðila hafi sömuleiðis þverbrotið 3. gr. eignastýringasamnings nr. 7508 og ákvæði laga um verðbréfavíðskipti, með því að ganga ekki frá fjárfestingastefnu, svo sem skylt hafi verið skv. ákvæðum samningsins sjálfs og lögum. Telji sóknaraðili að með því að ekki hafi verið gengið frá fjárfestingastefnu hafi varnaraðili í raun ekki haft heimild til eignastýringa á fjármunum hans og því allar aðgerðir hans á grundvelli samningsins ólögmatar skv. beinu lagaboði. Leiði þetta af orðskýringu 3. tl. 2. mgr. laga nr. 108/2007 á orðinu „eignastýring“, sem skilgreind sé sem stjórnun verðbréfasafns í samræmi við fjárfestingastefnu sem sé fyrirfram ákveðin af viðskiptavini, sbr. 2. og 3. gr. eignastýringarsamningsins. Í tilfelli sóknaraðila hafi þessu ekki verið til að dreifa og með því hafi starfsmenn varnaraðila unnið án lögmætrar heimildar til kaupa á verðbréfum sem séu því ólögmat og óskuldbindandi fyrir sóknaraðila. Tjón hans nemi andvirði allra keyptra verðbréfa á grundvelli eignastýringasamningsins, en

fjárhæð þess sé að minnsta kosti þau verðmæti er staðið hafi inni á vörslureikningi þegar bankahrunið hafi skolið á, og í raun mun meira þar sem verðmæti hlutabréfanna hafi lækkað allt frá þeim tíma er þau hafi verið keypt og þar til þau hafi orðið verðlaus. Andvirði hlutabréfanna í ágúst 2008 hafi numið 151.741.961 krónu og skuldabréfa 6.301.527 krónur skv. tölvupósti Hilmars Sigurðssonar frá 28. ágúst 2008.

Þá bendi sóknaraðili á að jafnvel þó að það yrði viðurkennt að í gildi hafi verið eignastýringasamningur, þrátt fyrir vöntun fjárfestingastefnu, þá liggi fyrir að hvergi í honum eða fylgiskjölum hafi varnaraðila verið heimilt að kaupa hlutabréf eða önnur verðbréf og hvað þá að áhætta í safninu væri slík sem raun hafi orðið á, þ.e. að nánast allt safnið væri samansett af hlutabréfum viðskiptabankanna föllnu.

Af kaupnótum sjáist að í janúar 2008 hafi verið færð hlutabréf í Straumi-Burðarás hf., Landsbanka Íslands hf. og Kaupþingi hf. yfir á handveðsett vörslusafn sóknaraðila nr. 7508 að andvirði 28.800.678 krónur. Þann 29. október 2007 hafi svo verið keypt hlutabréf í Kaupþingi hf. fyrir 37.932.542 krónur og aftur þann 24. janúar 2008 fyrir 71.782.422 krónur. Þann 17. apríl 2008 hafi loks verið færð hlutabréf í Glitni banka hf. á vörslureikning fyrir 184.011.085 krónur. Samtals hafi kaup í þessum bönkum numið 322.526.727 krónum, sem hafi þar með verið nánast 100% eigna í handveðsettu eignastýringasafni nr. 7508.

Sóknaraðili hafi aldrei gengist undir slíka áhættu eða samþykkt hana og verði að telja að hér hafi starfsmenn varnaraðila alls ekki gætt að sér og sýnt varfærni og því farið langt fram úr öllum eðlilegum viðmiðunum, hvernig sem á málið sé litið og þá sérstaklega þegar horft sé til þeirrar einu fjárfestingarstefnu er mörkuð hafi verið með eignastýringasamningi nr. 7281. En skv. þeirri stefnu skyldu innlend og erlend hlutabréf vera að jafnaði um 12,5% hvor um sig í eignasafni sóknaraðila.

Þá hafi heldur ekki verið brugðist við og hlutabréf í Straumi-Burðarás hf. seld þegar tækifæri hafi gefist, en þau hafi haft verulegt fjárgildi eftir bankahrunið. Það hafi ekki verið fyrr en á árinu 2010 sem þau hafi orðið verðlaus í kjölfar nauðasamninga.

Þá byggi sóknaraðili á því að starfsmenn varnaraðila, þá sérstaklega Hilmar S. Sigurðsson, hafi valdið sér tjóni með saknæmum hætti, þegar hvorki hafi verið brugðist við kröfum hans um breytingu á eignasafni nr. 7508 í ágúst 2008 né vegna veðkalls er gert hafi verið í september 2008 vegna lánasamningsins.

Ábyrgð varnaraðila sé auðvitað enn þyngrri fyrir þær sakir að umrætt vörslusafn hafi verið handveðsett honum, sem þannig hafi einn haft aðgang að safninu og einn heimild til að ráðstafa verðbréfum meðan veðsetning hafi varað, sbr. skilmála í handveðsýfirlýsingu frá 13. október 2006. Hafi varnaraðili því borið mikla ábyrgð á því að hið veðsetta nægði til tryggingar skuldum sóknaraðila við bankann. Vanefnd varnaraðila að bregðast við tilmælum sóknaraðila og eftir að tryggingar hafi lækkað verulega þannig að varðað hafi við vanefndaákvæði lánsamningsins, sóknaraðila til tjóns, beri varnaraðili einn ábyrgð á og ljóst að skuld sóknaraðila hafi þá verið nægilega tryggð.

Með háttalagi sínu hafi starfsmenn varnaraðila brotið gróflega ákvæði þágildandi laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti, sbr. lög nr. 108/2007 er tekið hafi gildi 1. nóvember 2007.

Svo sem rakið hafi verið hér að framan, hafi sóknaraðili talið að þjónustufulltrúa hans, Hilmari, hefði verið falið að selja hlutabréf viðskiptabankanna sem verið hafi í vörslusafni 7508 og færa til greiðslu á skuld skv. lánsamningnum. Stöðufundur hafi verið haldinn í bankanum 27. ágúst 2008 þar sem þetta hafi verið ákveðið og hafi Hilmari verið ætlað að útfæra ákvörðun fundarins nánar. Sóknaraðili hafi ýtt á eftir Hilmari daginn eftir með tölvupósti að vinna yrði hratt í málum hans, enda hafi sóknaraðili talið áhættuna í safninu óviðunandi og alls ekki í samræmi við þær hugmyndir sem starfsmanninum hafi átt að vera kunnugt um. En það skuli áréttað að kaupin hafi verið án sérstakrar heimildar sóknaraðila auk þess sem þau hafi ekki samræmst neinni fyrirbyggjandi fjárfestingastefnu í samningi hans við varnaraðila um einkabankþjónustu nr. 7508.

Sé um sjálfstætt brot á einkabankasamningunum að ræða og andvirði hinna óheimilu kaupa á hlutabréfum jafnhátt tjóni kröfuhafa, er varnaraðili beri bótaábyrgð á skv. ákvæðum í sjálfum samningnum og almennum reglum skaðabótaréttarins.

Þegar tillögur Hilmars hafi legið fyrir þann 28. ágúst 2008 hafi sóknaraðili gefið skýr fyrirmæli í síma þann sama dag og síðar í tölvupósti, um að eftir þeim skyldi unnið. Sóknaraðili hafi hringt í Hilmar sérstaklega og tjáð honum þessa afstöðu sína. Ekki hafi fundist upptökur af einu einasta símtali sóknaraðila við þjónustufulltrúa sinn skv. upplýsingum frá Íslandsbanka hf., þrátt fyrir að kveðið sé á um að símtöl séu hljóðrituð. Beri varnaraðili hallan af því og leggja verði til grundvallar frásögn sóknaraðila af atvikum, sem þó styðjist af ríkulegum gögnum og yfirlýsingum ótengdra aðila sbr. hér síðar. Telji sóknaraðili einkennilegt að engin slík gögn skuli nú vera til og að einungis óverulegur hluti af tölvupóstgögnum hafi fundist í fótum bankans. Virðist sem öll gögn er tengst hafi samskiptum sóknaraðila við varnaraðila á þeim tíma sem um ræði hafi týnst á óskiljanlegan máta. Beri varnaraðili að sjálfsgöðu fulla ábyrgð á því.

Fjármunina sem átt hafi að koma út úr sölunni hafi átt að setja inná bankareikning og peningamarkaðssjóð utan að 50 milljónir króna skyldu greiðast inná lánið. Þá fjármuni er þannig stæðu eftir hafi átt að nýta í gjaldeyrissamningum við bankann er verða skyldu virkir í lok september 2008, eftir að sóknaraðili kæmi heim úr ferð sinni til Kamchatka.

Hins vegar hafi engin hlutabréf verið seld og engir fjármunir hafi verið færðir inná lánið og telji sóknaraðili að á þessum tíma hafi verið mikill þrýstingur á starfsfólk að halda uppi gengi á hlutabréfum í viðskiptabönkunum með því að örva kaup en letja til sölu. Með þessari háttsemi starfsmanna varnaraðila hafi sóknaraðili verið valdið miklu tjóni er nemi a.m.k. söluverði hlutabréfa í vörslusafni 7508, skv. tillögum frá 28. ágúst 2008 eða 135.359.752 krónum.

Til vara sé lýst yfir skuldajöfnun vegna tjóns að fjárhæð 128.452.481 krónu en það sé sú fjárhæð sem nýst hefði sóknaraðila hefðu fjármunir við sölu hlutabréfanna verið nýttir til að greiða 50.000.000 krónur inná lánið og afgangur

settur í sjóð 9, en miðað sé við útgreiðsluhlutfall við slit sjóðsins þann 30. október 2008, 85,12%. Skv. tillögunum skyldu 92.166.919 krónur renna inná sjóðinn þannig að við slit og útgreiðslu úr honum hefði sóknaraðili fengið 78.452.481 krónu.

Til þrautarvara við þennan lið sé lýst yfir skuldajöfnun á 53.120.496 krónum sem verið hafi andvirði hlutabréfa Kaupþings hf. þann 3. október 2008, en þann dag hafi sóknaraðili gefið þjónustufulltrúa sínum sannanlega skýr fyrirmæli um að selja bréfin, líkt og hann hafi áður talið sig hafa gert með samþykki tillagna hans frá því í ágúst 2008.

Þjónustufulltrúinn hafi ekki brugðist við og hafi bréfin verið óseld í lok þess dags, þó mikil viðskipti hefðu verið með bréf bankans þann dag. Eftir þann dag hafi verið lokað fyrir viðskipti með bréf Kaupþings banka hf. Sé ljóst að þjónustufulltrúinn hafi gjörsamlega brugðist og hafi með framferði sínu brotið 18. gr. laga nr. 108/2007 um bestu framkvæmd.

Sóknaraðili hafi hins vegar ekki getað selt sjálfur úr safninu þar sem það hafi verið handveðsett varnaraðila og beri hann því fulla ábyrgð á því tjóni sem af því hafi hlotist að selja ekki hlutabréfin, þrátt fyrir skýran vilja sóknaraðila, en við þeirri beiðni hafi varnaraðila borið að bregðast í samræmi við 18. gr. laga nr. 108/2007.

Eins og fram sé komið virðist sem það hafi verið mikið kappsmál að fjárfesta í hlutabréfum Glitnis banka hf. sjálfs eftir að upplýsingar hafi verið komnar fram um að bankakerfið kynni að standa höllum fæti. Hafi starfsmenn varnaraðila væntanlega haft verulegra hagsmuna að gæta þar sem þeir nær undantekningalaust hafi átt mikið af hlutabréfum í þeim bönkum sem þeir hafi starfað við og því hafi hagsmunatengsl verið til staðar sem verið hafi óheppileg og væntanlega brot á lögum nr. 161/2002 og II. kafla laga nr. 33/2003 og síðar laga nr. 108/2007. Sé sóknaraðila ekki kunnugt um eignarhald nefnds Hilmars á bréfum í bankanum á þessum tíma en skorað sé á varnaraðila að upplýsa um það og eins hvort sú stefna hafi verið mörkuð innan bankans á árinu 2008 að styðja kaup á hlutabréfum bankans m.a. í gegnum eignastýringar.

Sóknaraðili byggi skaðabótakröfu sína einnig á því að starfsmenn varnaraðila hafi sýnt af sér saknæma háttsemi þegar tryggingaþekja lánsins hafi farið undir umsamin mörk skv. skýru ákvæði í lánssamninginum sjálfum. Í stað þess að afsetja tryggingar eftir að veðkall hafi verið gert réttilega þann 17. september 2008, hafi ekkert verið að gert. Í veðkalli bankans hafi verið boðað að gripið yrði til aðgerða í samræmi við ákvæði lánasamningsins. Ekkert slíkt hafi verið gert en einu aðgerðir varnaraðila á þeim tíma hafi verið að greiða niður lánið með þeim tryggingum sem hann hafi haft í höndunum skv. handveðssamningi við sóknaraðila frá október 2006.

Hafi sóknaraðila verið mjög brugðið þegar hann hafi komið heim í lok september 2008 og hafi áttað sig á því að lánið hafi ekki verið greitt upp eins og hann hafi talið og hafi hann strax reynt að ná í sinn þjónustufulltrúa en án árangurs þar sem hann hafi verið í fríi. Hafi hann þá sent póst á yfirmann deildarinnar Jóhann Ómarsson til að fá svör við því hvort fulltrúinn væri hættur í bankanum. Þann 3. október 2008 hafi sóknaraðili sent tölvupóst á Hilmar og áréttað fyrri fyrirmæli sín

um að selja hlutabréfin til að greiða inná lánið. Ekki hafi það verið gert og sé tjón sóknaraðila vegna vanefnda starfsmanna varnaraðila að bregðast við því ástandi sem upp hafi verið komið, alfarið á ábyrgð varnaraðila og skýrt brot á 18. og 19. gr. laga nr. 108/2007.

Dráttarvöxtum af kröfufjárhæð sé lýst frá 27. ágúst 2008. Þó tjón sóknaraðila hafi sannanlega orðið til mun fyrir svo sem að framan sé rakið, hafi sóknaraðili ákveðið að miða tímamarkið við þann dag er starfsmanni varnaraðila hafi borið að selja hlutabréf í hans eigu, þar sem nær ómögulegt sé að setja vaxtakröfuna upp vegna þeirrar staðreyndar að bréf hafi gengið kaupum og sölum og hver viðskipti sem gengið hafi í blóra við eignarstýringasamningana hafi í raun verið ólögmæt og grundvöllur undir vaxtakröfu.

Sóknaraðili krefjist þess að skaðabótakrafa hans njóti forgangs við úthlutun úr þrotabúinu. Sóknaraðili byggir á því að starfsmenn varnaraðila hafi með ólögmætum og saknæmum hætti ráðstafað peningum hans til kaupa á hlutabréfum og skuldabréfum út af innistæðureikningum, er nytu verndar sem forgangskröfur ella. Fjárfkrafa kröfuhafa sé þannig krafa um innistæðu. Kröfur vegna ólögmætra ráðstafana réttinda er nytu forgangs skv. 112. gr. laga nr. 21/1991, njóti vissulega einnig forgangs, enda eigi sóknaraðili að vera eins settur og ráðstöfunin hefði ekki farið fram og fjármunir hans væru liggjandi á bankareikningum hans, annars vegar nr. 0513-26-787281 og hins vegar nr. 0513-26-787508. Vísi sóknaraðili einnig til 22. gr. eignastýringasamninganna máli sínu til stuðnings.

Um viðurkenningakröfu sóknaraðila vegna framborinnar kröfu um skuldajöfnuð á móti kröfu Íslandsbanka hf., þá byggir sóknaraðili á því að þegar tjóninu hafi verið valdið hafi krafan skv. lánsamningnum verið í eigu varnaraðila og þessi krafa sóknaraðila því sett fram ex tuto. Sóknaraðili telur að öll skilyrði skuldajafnaðar séu fyrir hendi og standi ákvæði 100. gr. laga nr. 21/1991 því ekki í vegi. Ákvæðinu sé ætlað að girða fyrir að þrotamaður geri samninga er veiti viðsemjanda hans betri rétt en aðrir kröfuhafar njóti með því að geta beitt skuldajöfnuði. Sé greinin þannig sett til höfuðs kröfum er verði til innan samninga sbr. orðalagið í greininni „lánadrottinn“. Sé ákvæðinu ekki ætlað að ná til tilviks eins og hér um ræði, þ.e. skaðabóta vegna tjóns er þrotamaður valdi með gáleysi eða ásetningi án þess að tjónþoli geti þar nokkuð að gert. Þá eigi bótakrafa sóknaraðila einnig rætur að rekja allt aftur til ársins 2006 vegna eignastýringasamnings og til apríl 2007 vegna uppgjörs ætlaðs framvirks samnings sóknaraðila. Sé ljóst að skilyrði greinarinnar vegna þriggja mánaða tímatakmarks kröfu gagnaðila sé vel uppfyllt.

Sóknaraðili skorar á varnaraðila að leggja fram gögn er varpi ljósi á framvirk viðskipti með hlutabréf í varnaraðila og gerð hafi verið upp 17. apríl 2008.

Sóknaraðili kveðst vísa til ákvæða laga nr. 21/1991 um gjaldþrotskipti o.fl., reglna um skuldajöfnuð og um sönnun og sönnunarbyrði. Þá vísi hann til almennra reglna kröfu- og skaðabótaréttar og laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki og þágildandi laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti sbr. nú lög nr. 108/2007 um sama efni, einkum I. og II. kafla sbr. og reglugerð nr. 995/2007. Þá vísi sóknaraðili varðandi réttindaröðun kröfu til 112. gr. laga nr. 21/1991, sbr. 102. gr. laga nr. 161/2002. Um málskostnað kveðst sóknaraðili vísa til XXI. kafla laga 91/1991

ummeðferð einkamála og um virðisaukaskatt til laga nr. 50/1988 um það efni, en sóknaraðili sé ekki virðisaukaskattskyldur aðili í skilningi laganna.

Við munnlegan málflutning byggði sóknaraðili á því að röksemdir varnaraðila um að sóknaraðili hefði farið út fyrir þann grundvöll sem málinu hafi verið markaður í kröfulýsingu væru af seint fram komnar. Allar þær málsástæður sem sóknaraðili byggði á í málinu hafi verið komnar fram þegar málinu hafi verið vísað til héraðsdóms. Benti hann á að að slitastjórn varnaraðila hafi hafnað kröfu sóknaraðili vegna vanreifunar og talið að frekari gögn skorti. Hafi sóknaraðili sent slitastjórn greinargerð í tilefni af þessu og liggi hún fyrir í málinu. Slitastjórn hafi á hinn bóginn ekki hreyft athugasemdom við að með þessu hafi sóknaraðili farið út fyrir kröfulýsingu sína en tilefni hefði verið til þess á fundi sem haldinn hafi verið til að jafna ágreining milli aðila. Þá hafi í síðasta lagi verið tilefni til að hafa uppi röksemdir í þá veru í greinargerð varnaraðila til dómsins. Þá hafnaði sóknaraðili einnig röksemdum varnaraðila um að kaup á eignarhlutum í einkahlutafélagi geti ekki talist viðskipti með óskráð verðbréf sem of seint fram komnum.

#### IV

Varnaraðili kveðst í greinargerð sinni mótmæla öllum málsástæðum og lagarökum sóknaraðila. Varnaraðili vísaði til þess við munnlegan málflutning að málatilbúnaður sóknaraðila sé óljós og eigi það bæði við um kröfugerð og málsástæður og byggði þar á þeim sömu málsástæðum til stuðnings því að hafna beri kröfum sóknaraðila eins og hann vísar til í greinargerð sinni og taldi þar eiga að leiða til frávísunar þeirra. Telji hann verulegan vafa á því að skilyrði þau sem sett eru fram í d- og e-lið 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 séu uppfyllt. Kröfugerð sóknaraðila uppfylli ekki áskilnað ákvæðisins um skýra kröfugerð, þar sem margt sé á reiki í reifun hennar í málsástæðum og virðist sóknaraðili heldur ekki sjálfum sér samkvæmur í kröfum sínum. Þá byggði varnaraðili á því að lýsing málsástæðna sé með engu móti gagnorð og skýr svo sem áskilið sé í e-lið ákvæðisins. Ekki virðist ljóst hvaða atburður eða atvik búi að baki kröfu og hvað felist nánar tiltekið í þeim atvikum, sem leiði til þess að mati sóknaraðila að krafan sé til. Krafa sú sem sóknaraðili setji fram í greinargerð sé að fjárhæð 233.520.218 krónur ásamt dráttarvöxtum. Sóknaraðili virðist byggja þessa fjárhæð á tveimur mismunandi kröfuliðum, þ.e. annars vegar að fjárhæð 135.359.752 krónur, sem sóknaraðili telji vera tjón sitt vegna þess að ekki hafi verið fylgt eftir sölu á nánar tilteknum hlutabréfum. Þessi kröfuliður virðist síðan skiptast í aðal-, vara- og þrautavarakröfu þó svo að engar slíkar kröfur komi fram í kröfugerð. Síðari kröfuliðurinn byggði á ætluðu tjóni sem sóknaraðili telji sig hafa orðið fyrir þegar starfsmenn varnaraðila hafi keypt í hans umboði óskráð verðbréf. Veki varnaraðili athygli á því að heildarkröfufjárhæð samkvæmt kröfugerð sóknaraðila sé tiltekin 233.520.218 krónur en af málatilbúnaði hans megi ráða að kröfufjárhæðin sé mun lægri eða 217.414.567 krónur (135.359.752+82.054.815). Krafa sóknaraðila um lögfræðikostnað sé hærri en sú sem lýst hafi verið við slitameðferð varnaraðila og enga skýringu fyrir því sé að finna í greinargerð. Sóknaraðili hafi ekki sýnt fram á grundvöll þessarar kröfu, þ.e. ekki hafi verið sýnt fram á réttmæti og lögsmæti þess að láta varnaraðila bera kostnað sem sóknaraðili hafi stofnað til og krafist sé forgangs fyrir. Engin gögn hafi verið lögð fram sem sýni hvernig fjárhæð umrædds kostnaðar sé fengin eða hvenær til hans hafi verið stofnað.

Varnaraðili telji auk þess að sóknaraðili hafi hvorki gert viðhlítandi grein fyrir bótakröfu sinni né sýnt fram á orsakasamband á milli ætlaðs tjóns síns og ætlaðs saknæms og ólögmaets atferlis á ábyrgð varnaraðila. Þannig hafi sóknaraðili ekki afmarkað hvert ætlað tjón hans sé vegna þeirra atvika, sem varði hverja málsástæðu fyrir sig en málsástæður í greinargerð spanni hátt í tuttugu talsins. Þá sé nokkrum vandkvæðum bundið að tengja einstakar málsástæður við hverja kröfufjárhæð fyrir sig. Þó nokkrar fjárhæðir séu þar tilgreindar en í engu getið tengsla þeirra við kröfugerð. Í greinargerð sóknaraðila sé tjón sóknaraðila m.a. talið vera jafnhátt kaupverði hlutafjárnsins í varnaraðila eða 184.011.085 krónur, í öðru lagi að tjón hans nemi andvirði keypra hlutabréfa í óskráðum félögum eða krónur 82.054.815, í þriðja lagi að tjónið nemi andvirði allra keypra verðbréfa á grundvelli eignastýringarsamnings eða 151.741.961 krónu (verðbréf) og 6.301.527 krónur (skuldabréf), í fjórða lagi að tjónið nemi söluverði hlutabréfa í vörslusafni nr. 7508 samkvæmt tillögum frá 28. ágúst 2008 eða 135.359.752 krónur. Dráttarvextir af kröfufjárhæð séu miðaðir við 27. ágúst 2008 án þess að skýrt sé nánar tengsl þeirrar dagsetningar við tjónstilvik. Þá sé í engu getið áhrifa innlausnar á sjóðsbrefum sóknaraðila í Sjóði 9 á kröfufjárhæðina en sóknaraðili hafi fengið greitt þann 30. október 2008 samtals 5.458.371 krónu eins og sjáist í gögnum málsins. Ekki sé síður óljós sú röksemd sóknaraðila að skipa skuli kröfu hans í réttindaröð sem forgangskröfu samkvæmt 112. gr. laga nr. 21/1991 en vikið verði nánar að henni síðar.

Krafa um skuldajöfnun vegna tjóns að fjárhæð 128.452.481 króna sé sett fram sem varakrafa í lýsingu málsástæðna en krafa samkvæmt kröfugerð sé krafa um viðurkenningu á greiðslu kröfu samkvæmt lánessamningi miðað við yfirlýstan skuldajöfnuð. Með ákvörðun Fjármálefirlitsins frá 14. október 2008, hafi Nýi Glitnir banki hf., nú Íslandsbanki hf. tekið við öllum eignum varnaraðila. Meðal eigna, sem fluttar hafi verið frá varnaraðila til hins nýja banka, hafi verið krafan á hendur sóknaraðila samkvæmt umræddum lánessamningi. Íslandsbanki hf. hafi höfðað innheimtumál á hendur sóknaraðila vegna vanefnda. Óljóst sé hvaða réttaráhrif krafa þessi eigi að hafa og hvort henni sé beint að réttum aðila. Vakin sé athygli á því að krafan sé ekki orðuð sem skuldajafnaðarkrafa eins og í kröfulýsingu en þrátt fyrir það tiltaki sóknaraðili í greinargerð að öll skilyrði skuldajafnaðar séu fyrir hendi og að ákvæði 100. gr. laga nr. 21/1991 standi því ekki í vegi. Skortir með öllu reifun á kröfu þessari þannig að séð verði hvort og þá að hvaða marki hún sé í skiljanlegu samhengi við skaðabótakröfu sóknaraðila. Að mati varnaraðila eigi framangreindar röksemdir að leiða til höfnunar krafna sóknaraðila.

Varnaraðili kveðst byggja á því að skilyrði skaðabóta séu ekki uppfyllt í málinu. Kveður hann sóknaraðila byggja á því að ekki hafi verið heimilt að gera samning um framvirk verðbréfaviðskipti vegna ótilgreindra ákvæða laga nr. 108/2007 um verðbréfaviðskipti, þar sem samþykki hans hefði ekki legið fyrir við gerð hans eða fyrir verklagsreglum varnaraðila um framkvæmd viðskiptafyrirmæla. Á þeim grundvelli hefði sóknaraðili ekki mátt eiga í verðbréfaviðskiptum eftir 1. nóvember 2007 þegar fyrrgreind lög hafi tekið gildi. Sóknaraðili haldi því jafnframt fram að hann hafi ekki gert eða samþykkt neina framvirka samninga við varnaraðila en tiltaki samt sem áður að hann hafi veitt starfsmönnum varnaraðila heimild til að stunda framvirk gjaldeyrisviðskipti. Í greinargerð sóknaraðila sé þetta orðað á þá leið að hann hafi talið að umrædd viðskipti hefðu verið unnin innan

þeirrar heimildar sem varnaraðili hafi haft án þess að hann hafi gert sér fyllilega grein fyrir eðli þeirra og með hvaða hætti sóknaraðili hefði orðið skuldbundinn samkvæmt þeim.

Varnaraðili bendi á að það hafi verið sóknaraðili sjálfur sem tekið hafi flest allar ákvarðanir, ekki starfsmenn varnaraðila, varðandi gerð samninga um framvirk verðbréfavíðskipti. Þar sem frumkvæðið hafi komið frá sóknaraðila sjálfum, hafi þau víðskipti hvorki verið hluti af eignastýringasamningi né hafi þau byggst á ráðgjöf af hálfu starfsmanna varnaraðila. Varnaraðili hafi ráðlagt sóknaraðila um eðli slíkra fjármálagerna og áhættu þá sem þeim fylgi en frumkvæðið og ákvarðanatöku hafi komið frá sóknaraðila. Þannig hafi það verið að frumkvæði sóknaraðila að ákveðið hafi verið að hann myndi yfirtaka öll réttindi og skyldur Rom ehf. vegna fyrirliggjandi samnings um framvirk víðskipti með hlutabréf í varnaraðila. Áréttað sé að sóknaraðili sé stærsti hluthafi, framkvæmdastjóri og stjórnarmaður í umræddu félagi, þannig að öll sjónarmið um að hann hafi ekki haft vitneskju um gerð samningsins eða hafi ekki samþykkt hann, sé hafnað.

Fyrir liggja að sóknaraðili hafi tekið þátt í fjölmörgum framvirkum verðbréfavíðskiptum, þ.á.m. með undirliggjandi hlutabréf í varnaraðila, bæði persónulega og í gegnum félag sitt, Rom ehf. eins og sjáist af gögnum sem varnaraðili hafi lagt fram þar að lútandi. Slík afleiðuvíðskipti hafi átt sér stað t.d. þann 20. nóvember 2007, eins og áður hafi verið rakið og hafi verið undanfari þess að sóknaraðili hafi ákveðið að taka lán hjá varnaraðila. Þá hafi sóknaraðili og varnaraðili gert með sér framvirka gjaldmiðlaskiptasamninga, þar sem kveðið hafi verið á um að samningsaðilar myndu greiða vexti og höfuðstól hvor til annars hvor í sínum gjaldmiðli á samningstímanum, sbr. nánar í gögnum málsins.

Varnaraðili byggja á því að í tengslum við þátttöku sóknaraðila í samningum um framvirk verðbréfavíðskipti verði að líta til reynslu og þekkingar hans af fjármálagerningum, þ.á.m. afleiðuvíðskiptum. Samkvæmt upplýsingum sem hann sjálfur hafi gefið varnaraðila í tengslum við gildistöku nýrra laga um verðbréfavíðskipti, hafi hann talið að þekking og reynsla sín af fjármálagerningum væri mikil. Þá hafi fjárfestingamarkmið hans verið vöxtur, þ.e. að auka verðmæti til langs tíma og að sveiflur í safni gætu verið miklar. Þá væri hann tilbúinn að samþykkja meira en 35% tímabundið tap á slökju ári. Í þessu sambandi sé einnig vísað til tengsla sóknaraðila við félagið Rom ehf., en á eyðublaði þar sem félagið hafi gefið upp upplýsingar til að meta mætti hentuga fjárfestingarstefnu og fjármálagerna, sé sóknaraðili skráður sem sá aðili sem beri ábyrgð á fjárfestingarstarfsemi þess. Markmið fjárfestinga félagsins sé þar tilgreint spákaupmennska og því ljóst að félagið hafi verið tilbúið að taka mikla áhættu í von um háa ávöxtun með því að reyna að hagnast á miklum sveiflum á verðbréfamarkaði. Hafi félagið m.a. gert samning við varnaraðila um gjaldeyrisstýringu, þar sem varnaraðila hafi verið veitt heimild til að nýta fjárfestingarframlag félagsins til stöðutöku og afleiðuvíðskipta með gjaldeyri. Undir þann samning skrifi sóknaraðili fyrir hönd Rom ehf. og hafi með því samþykkt að hann gerði sér grein fyrir að afleiðuvíðskipti af þessu tagi væru í eðli sínu áhættusöm og að hann hafi sérstaklega kynnt sér áhættu samfara slíkum víðskiptum.

Lög nr. 108/2007 hafi tekið gildi þann 1. nóvember 2007. Í ákvæði 3. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna, sem byggja á 9. tl. 1. mgr. 4. gr. MiFID tilskipunarinnar, komi

fram að til þess að þjónusta teljist vera eignastýring í skilningi laganna, þurfi að vera búíð að skilgreina fyrirfram fjárfestingarstefnu sem viðskiptavinur hafi samþykkt. Byggi varnaraðili á að ef um þjónustu sé að ræða þar sem viðskiptavinurinn gefi fyrirmæli um hverja og eina fjárfestingu eða það þurfi að leita eftir samþykki hans fyrir hverri og einni fjárfestingu, sé ekki um eignastýringu að ræða í skilningi laganna. Eins og rakið hafi verið, hafi sóknaraðili sjálfur tekið ákvörðun og gefið fyrirmæli um gerð allra framvirkra samninga. Sú málsástæða að sóknaraðila hefði ekki verið heimilt á grundvelli laga nr. 108/2007 að gera slíka samninga við varnaraðila standist því ekki að mati varnaraðila.

Uppgjör á samningi málsaðila um framvirk viðskipti með hlutabréf í varnaraðila, dags. 20. nóvember 2007, hafi farið fram í apríl 2008 og hafi varnaraðila verið veitt lán í kjölfarið vegna taps á samningnum. Hvorki fram að þeim tímapunkti er uppgjörrið hafi farið fram né heldur við það hafi verið gerðar athugasemdir af hálfu sóknaraðila við gerð eða efni sammingsins. Varnaraðili bendi jafnframt á í þessu sambandi að sóknaraðili hafi ekki borið því við fyrr en tæpum fjórum árum síðar að til viðskiptanna hefði verið stofnað án hans vitneskju eða samþykkis, þ.e. í greinargerð fyrir héraðsdómi í máli þessu, dags. 14. september 2011. Burtséð frá þeirri staðreynd að sóknaraðili hafi samþykkt uppgjörrið sem og með vísan til aðkomu hans að samningnum í gegnum félagið Rom ehf., byggi varnaraðili á því að með þessu athafnaleysi sínu hafi hann orðið skuldbundinn af þessum viðskiptum. Með hliðsjón af framanröktu, reynslu sóknaraðila af viðskiptum með framvirka samninga sem og þeirri staðreynd að hann hafi fengið send yfirlit frá varnaraðila yfir framvirk verðbréfavíðskipti sín, verði jafnframt að telja skýringu hans um að hann hafi ekki vitað af þessum viðskiptum ótrúverðuga.

Sóknaraðili byggi á því hann hafi ekki mátt eiga í verðbréfavíðskiptum hvers konar eftir gildistöku laga nr. 108/2007 fram til þess tíma er hann hefði samþykkt verklagsreglur varnaraðila og uppgefnar hefðu verið upplýsingar um fjárhagsstöðu, fjárfestingarmarkmið o.fl., sem fyrst hafi verið gert í apríl 2008.

Í kjölfar gildistöku laga nr. 108/2007 hafi viðskiptavinir fjármálafyrirtækja þurft að samþykkja/undirrita samþykkisblað, samþykkja breytingar á skilmálum sammings um verðbréfavíðskipti og svara spurningalista vegna fjárfestingarráðgjafar/eignarstýringar ef þeir hafi óskað eftir slíkri þjónustu. Þeir viðskiptavinir sem hafi verið í eignastýringaþjónustu, eins og sóknaraðili, hafi þurft að undirrita samþykkisblað og fylla út spurningalista. Hins vegar hafi stýring eignasafnsins ekki stöðvast þó svo að sóknaraðili undirritaði ekki eyðublöðin strax eftir móttöku þeirra þar sem sóknaraðili hafi þegar undirritað fjárfestingarstefnu sem varnaraðila hafi borið að viðhalda. Lög nr. 108/2007 hafi ekki tekið gildi fyrr en 1. nóvember 2007 og hafi því ekki verið í gildi á þeim tíma sem eignastýringarsamningarnir hafi verið gerðir, heldur hafi þá gilt lög nr. 33/2003. Grundvallarmunur hafi sem sagt verið gerður á þeim viðskiptavinum fjármálafyrirtækja sem átt hafi í viðskiptum með verðbréf og svo þeim sem verið hafi í eignastýringarþjónustu. Varnaraðila hafi þannig verið óheimilt að láta viðskiptavini í té ráðleggingar um verðbréfavíðskipti nema því aðeins að upplýsingar hafi verið gefnar svo hægt væri að meta hentuga fjárfestingarstefnu og fjármálagerninga.

Varnaraðili hafi haldið áfram stýringu á eignasafni sóknaraðila tímabilið 1. nóvember 2007 til 7. apríl 2008 og hafi sóknaraðili keypt á tímabilinu m.a.

sjóðsbréf í Sjóði 9 og hlutabréf í erlendum og innlendum félögum, þ.m.t. í viðskiptabönkunum þremur. Engar athugasemdir hafi borist frá sóknaraðila varðandi viðskipti fyrir umrætt tímabil og stoði ekki fyrir hann að bera fyrir sig að hann hafi ekki haft vitneskju um viðskiptin, þar sem yfirlit hafi verið send honum a.m.k. tvisvar ári, þ.e. 30. júní og 31. desember ár hvert. Auk þess hafi sóknaraðili þann 7. janúar 2008 fengið sent yfirlit yfir verðbréfavíðskipti sín fyrir tímabilið 1. janúar 2007 til 31. desember 2007, þar sem fram komi m.a. hreyfingar bæði opnaðra og lokaðra framvirkra samninga sóknaraðila við varnaraðila, en yfirlit þetta liggja fyrir í málinu. Sóknaraðili hafði enn fremur aðgang að þessum upplýsingum í gegnum netbanka sinn en af yfirliti yfir framkvæmdar aðgerðir sóknaraðila þar, sjáist berlega að frá 1. nóvember 2007 til 11. september 2008, hafi hann skráð sig reglulega inn á heimabankann og skoðað vörslusafn sitt.

Sóknaraðili byggir á því að honum hafi verið talin trú um að hagnaður af gjaldeyrisviðskiptum er starfsmenn varnaraðila skyldu annast, myndi greiða upp lán hans við varnaraðila. Hefði hann því verið grunlaus um þá áhættu sem falist hafi í lántökunni. Varnaraðili bendir á að í greinargerð sóknaraðila sé engin tilraun gerð til þess að útskýra nánar þessa málsástæðu og tengsl hennar við fjárhæð skaðabótakröfunnar.

Með lánsamningnum hafi sóknaraðili tekið á sig þá skuldbindingu að greiða varnaraðila tiltekna peningaskuld á ákveðnum tíma með þeim vaxtakjörum sem þar hafi verið tilgreindir. Sé því mótmælt að starfsmenn varnaraðila hafi með einhverjum hætti ráðlagt sóknaraðila að uppgjör skyldi vera án nokkurrar áhættu fyrir sóknaraðila og hvíli sönnunarbyrðin um slíkar fullyrðingar vafalaust á sóknaraðila. Sóknaraðili hafi tapað á samningi um framvirk viðskipti með hlutabréf í varnaraðila og hafi tekið lán til að greiða upp tapið. Hafi hann í framhaldinu samþykkt framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Hvort tveggja fjármálagerningar sem hafi haft í för með sér ákveðna áhættuþætti, þá sérstaklega afleiðuviðskiptin en sóknaraðili hafi með undirritun sinni undir bæði skilmála vegna verðbréfavíðskipta og eignastýringarsamninga samþykkt að hann hefði fullan skilning á viðskiptaskilmálum, viðeigandi áhættuþáttum og því samningssambandi sem hann hafi verið að undirgangast.

Með lögum nr. 108/2007 hafi þær skyldur verið lagðar á fjármálafyrirtæki í þeim tilvikum þegar veitt hafi verið þjónusta í formi eignastýringar, að þau ráðlegðu viðkomandi viðskiptavini hvaða verðbréfavíðskipti hæfðu honum með tilliti til þekkingar og reynslu hans, upplýsinga um fjárhagsstöðu og markmiðs með fyrirhugaðri fjárfestingu, sbr. 1. mgr. 15. gr. laganna. Við mat á því hvort þjónusta eða vara hafi verið við hæfi sóknaraðila hafi varnaraðili m.a. horft til þess hvort sóknaraðili þekkti umrædda þjónustu, viðskipti og fjármálagerninga sem og eðli, umfang og tíðni viðskipta sóknaraðila með fjármálagerninga og á hvaða tímabili þau hafi verið gerð. Óumdeilt verði að telja að sóknaraðili hafi haft þá reynslu og þekkingu sem nauðsynleg hafi verið til að skilja áhættuna sem falist hafi í viðskiptum með framvirka samninga og stýringu eignasafns hans.

Sú staðreynd að sóknaraðili hafi verið flokkaður sem almennur fjárfestir í samræmi við lög nr. 108/2007 breyti engu í þessu sambandi enda hafi varnaraðili uppfyllt allar þær kröfur sem gerðar hafi verið til fjármálafyrirtækja með gildistöku laganna. Sóknaraðili hafi fallist á að veita varnaraðila frjálssar hendur með stýringu á eignasafni hans með því að samþykkja fyrirfram ákveðna opna

fjárfestingarstefnu, sbr. 3. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 108/2007. Sum viðskiptin sem sóknaraðili telji hafa leitt til tjóns fyrir sig, hafi verið framkvæmd á grundvelli fyrir mæla hans sjálfs en í öðrum tilvikum hafi honum verið tilkynnt um viðskiptin og hafi sóknaraðili engar athugasemdir gert við þá framkvæmd.

Málatilbúnaður sóknaraðila virðist byggja á því að honum hafi verið lofað áhættulausum viðskiptum og hagnaði til að greiða upp tap á fyrri viðskiptum. Hér, eins og í öðrum fjárfestingum, hvíli sú skylda á fjárfestum, að kynna sér upplýsingar og gögn um þau viðskipti sem fyrir dyrum standi. Hafi sóknaraðili gefið sér það að um áhættulaus viðskipti hafi verið að ræða þyki ljóst að hann hafi í engu hirt um að kynna sér þau gögn sem fyrir hann hafi verið lögð. Varnaraðili get ekki borið ábyrgð á því að sóknaraðili hafi látið undir höfuð leggjast að rækja þessa varúðarskyldu fjárfesta. Verði sóknaraðili sjálfur að bera hallan af því.

Sóknaraðili byggir á því að samkvæmt ákvæðum fyrir liggjandi eignastýringasamnings hefði varnaraðila verið óheimilt að eiga viðskipti með óskráð verðbréf. Vísi sóknaraðili í því sambandi til viðskipta í maí 2007 með hlutabréf í óskráðu félögunum Guardian Holding ehf., í VBS fjárfestingarbanka hf. í október 2007 og í Rom ehf. í júní 2006, mars 2007 og maí 2007, fyrir samtals 82.054.815 krónur.

Lög nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti hafi verið í gildi til 1. nóvember 2007 og taka því til þeirra viðskipta sem hér sé deilt um. Í 3. tl. 1. mgr. 1. gr. laganna hafi hugtakið eignastýring verið skilgreint sem viðtaka fjármuna til fjárfestingar í fjármálagerningum eða öðrum verðmætum fyrir eigin reikning viðskiptavinar gegn endurgjaldi. Varnaraðili byggir á því að það hafi ekki fallið undir hugtakið eignastýring samkvæmt ákvæði 3. tl. 1. mgr. 1. gr., þegar leita hafi þurft samþykkis viðskiptavinar fyrir hverri fjárfestingu eða fjárfest hafi verið í hvert og eitt skipti samkvæmt hans fyrir mælum. Þannig liggir fyrir að sóknaraðili hafi keypt hlutabréf í Rom ehf., sem sé að stærstum hluta í eigu sóknaraðila sjálfs, og hafi þau viðskipti verið framkvæmd af varnaraðila samkvæmt skýrum fyrir mælum frá sóknaraðila. Á sama grunni hafi kaup í hlutabréfum í VBS fjárfestingarbanka hf. verið gerð að frumkvæði sóknaraðila. Liggir fyrir í gögnum málsins að sóknaraðili hafi einnig verið með samning um eignastýringu við þann banka. Með vísan til þessa, þyki ljóst að viðskiptin hafi ekki fallið undir það að teljast eignastýring í skilningi laganna og því vart um brot á ákvæðum eignastýringarsamningsins að ræða. Komi því sömuleiðis ekki til álita að mati varnaraðila hvort varnaraðili hafi farið á svig við fjárfestingarstefnu þá sem gilt hafi um eignasafn sóknaraðila.

Víðskipti með hlutabréf í Guardian Holding ehf. hafi verið gerð að frumkvæði varnaraðila og tilkynnt sóknaraðila í kjölfarið. Bent sé á í því sambandi að í tölvupósti sóknaraðila til Hilmars, 3. október 2008, hafi engar athugasemdir verið gerðar við kaupin, heldur hafi Hilmar verið beðinn að athuga með sölu á hlutabréfunum í Guardian Holding ehf. Það hafi fyrst verið á fundi sóknaraðila með starfsmönnum varnaraðila eftir fall íslenska fjármálakerfisins þann 21. október 2008 eða tæpum 17 mánuðum eftir umþrætt kaup, að sóknaraðili hafi sett fram þá athugasemd að í eignasafni hans væru hlutabréf í óskráðu félagi, sem hann teldi að ekki hafi verið heimilt að fjárfesta í. Verði þannig að telja að með athafnaleysi sóknaraðila eftir að til viðskiptanna hafi verið stofnað hafi hann allt að einu verið bundinn af þeim.

Ef komist verði að þeirri niðurstöðu að umþrætt kaup á óskráðum verðbréfum hafi fallið undir ákvæði eignastýringarsamningsins, dags. 11. mars 2005, sé á því byggt að starfsmenn varnaraðila hafi hvorki brotið gegn ákvæðum eignastýringarsamningsins né gegn ákvæðum laga nr. 33/2003. Í 8. gr. laganna hafi verið mælt fyrir um að sala fjármálafyrirtækis eða milliganga þess um sölu á óskráðum verðbréfum til annarra en fagfjárfesta væru almennt háð því að lagt hefði verið mat á faglega þekkingu, fjárhag og reynslu viðskiptavinar enda væri ekki um að ræða sölu eða milligöngu í almennu útboði verðbréfa. Í slíkum tilfellum væri fjármálafyrirtæki heimilt að synja um milligöngu með slíka fjármálagerninga ef það teldi viðskiptavin ekki búa yfir nægjanlegri þekkingu, reynslu eða fjárhagslegan styrk. Í 9. gr. laganna hafi verið mælt fyrir um að við framkvæmd viðskiptafyrirmæla skyldi fjármálafyrirtæki tryggja besta mögulega verð fyrir viðskiptavini sína og bestu framkvæmd að öðru leyti, eins og við ætti hverju sinni. Í 4. gr. laganna hafi verið að finna almenna reglu þess efnis að fjármálafyrirtæki skyldi starfa í samræmi við eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti með hagsmuni viðskiptavina að leiðarljósi.

Varnaraðili bendi á að í ákvæði 8. gr. laga nr. 33/2003 hafi ekki verið rætt um það hvernig það mat skyldi fara fram sem þar hafi verið rætt um, þ.e. hvort um formlegan gerning ætti að vera að ræða eða huglægt mat sem ætti að eiga sér stað hjá þeim starfsmanni sem hefði umsjón með eignasafni viðkomandi viðskiptamanns. Tilgangur þessa ákvæðis hafi verið að tryggja að viðskiptavinum yrði gerð grein fyrir þeim mun sem væri á skráðum og óskráðum verðbréfum og að lagt væri mat á einstaklingsbundnar forsendur þeirra til að taka þátt í slíkum verðbréfavíðskiptum. Regla ákvæðisins sé þannig vísiregla sem fyrirtækjum í verðbréfabjónustu hafi borið að leggja til grundvallar þegar verðbréf hafi verið seld til almennings og m.a. ætlað að vera til leiðbeiningar um hvort gætt hefði verið fyllstu varúðar við ráðgjöf. Fyrirtæki í verðbréfabjónustu hafi getað uppfyllt skyldu sína m.a. með því að afla sér upplýsinga um menntun, atvinnu og reynslu viðskiptavinar á sviði verðbréfavíðskipta, t.d. með afriti af skattframtali og yfirliti frá fjármálafyrirtæki yfir verðbréfaeign og verðbréfavíðskipti. Ef þessi gögn hafi gefið til kynna að viðskiptavinur hefði til að bera þekkingu, reynslu og fjárhagslegan styrk, væri fyrirtækinu heimilt að hafa milligöngu um víðskiptin. Ef rétt væri staðið að slíku mati, bæri viðskiptavinurinn þannig sjálfur fulla ábyrgð á ákvörðun sem væri tekin um að eiga víðskipti með óskráð verðbréf, eftir að slíkt mat lægi fyrir. Þá geti bótaskylda fyrirtækis í verðbréfabjónustu fallið niður vegna eigin sakar víðskiptavinar, svo sem ef hann hafi gefið villandi upplýsingar um hæfi til að eiga víðskipti. Telja verði ljóst af fyrirliggjandi gögnum, að sóknaraðili hafi fyllilega gert sér grein fyrir þeim mun sem sé á skráðum og óskráðum verðbréfum, enda með mikla reynslu af slíkum víðskiptum bæði persónulega og í gegnum Rom ehf. Tengiliður varnaraðila við sóknaraðila hafi jafnframt verið sá sami, þannig að hann hafi verið vel kunnugur umsvifum hans í verðbréfavíðskiptum. Að mati varnaraðila fari það því fjarri að ákvæði laga nr. 33/2003 hafi verið brotin með umþrættum víðskiptum með óskráð verðbréf í Rom ehf., VBS fjárfestingarbanka hf. og Guardian Holding ehf.

Í 5. gr. eignastýringarsamnings, dags. 11. mars 2005, hafi ekki verið mælt fyrir um að varnaraðila væri óheimilt að fjárfesta í óskráðum verðbréfum fyrir sóknaraðila eins og haldið sé fram í greinargerð sóknaraðila. Í 5. gr. sé að finna ákvæði sem einungis miði að því að varnaraðili stundi virk víðskipti með óskráð

verðbréf jafnt sem önnur verðbréf samkvæmt samningnum. Þar komi fram að ef viðskiptavinur félli undir skilgreiningu laga, reglugerða og reglna bankans um fagfjárfesta, sbr. 7. tl. 2. gr. laga nr. 33/2003, gæti hann óskað þess að verðbréfavíðskipti samkvæmt samningnum fælist að einhverju leyti í viðskiptum með óskráð verðbréf. Viðskiptavinur skyldi óska þess skriflega ef hann sæktist eftir slíku. Af orðalagi ákvæðisins í samningnum virðist ljóst að ekki sé hægt útiloka að aðrar leiðir kæmu til greina, t.d. með því að viðskiptavinur myndi samþykkja sérstaklega kaup á óskráðum verðbréfum, fyrirfram eða eftir á, annað hvort munnlega eða skriflega, eftir atvikum með gerð viðauka við gildandi eignastýringarsamning. Varnaraðili bendi á í þessu sambandi að undir hefðbundnum kringumstæðum séu bankar ekki að kaupa óskráð verðbréf fyrir viðskiptavini í eignastýringu 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 um óskráð félög. Einnig sé velta á slíkum mörkuðum talsvert minni og þ.a.l. sé mun erfiðara að finna út markaðsverð á slíkum hlutabréfum. Sóknaraðili hafi óumdeilt 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. Sjónarmiðið sé að með umsaminni fjárfestingarstefnu sé verið að horfa fyrst og fremst til hagsmuna viðskiptavinar. Ákvæðið um fjárfestingar í óskráðum verðbréfum sé hins vegar sett vegna hagsmuna fjármálafyrirtækisins. Fjármálafyrirtæki hafi almennt ekki hug á að því að standa í viðskiptum með óskráð verðbréf fyrir hvern sem er og af þeim sökum sé mælt fyrir um í ákvæði 5. gr. almenna leið fyrir viðskiptavin til að óska eftir slíku. Af því sem að framan hafi verið rakið, þyki ljóst að ákvæði 5. gr. eignastýringarsamningsins feli engan veginn í sér almennt bann við fjárfestingu í óskráðum verðbréfum.

Af ákvæðum eignastýringarsamningsins þyki ljóst að varnaraðili hafi haft stöðu umboðsmanns gagnvart sóknaraðila varðandi þau viðskipti sem framkvæmd hafi verið á grundvelli hans. Umboðið sem varnaraðili hafi haft fyrir hönd sóknaraðila hafi verið skriflegt umboð sem fengið hafi verið varnaraðila í hendur svo hægt væri að sýna það þriðja manni. Um hafi verið að ræða sjálfstætt umboð en samkvæmt 11. gr. laga nr. 7/1936 séu slík umboð ekki ógildanleg þótt umboðsmaður fari út fyrir heimild sína nema þriðji maður, seljandi verðbréfa, hefði verið grandvís um umboðsskortinn. Í viðauka II við eignastýringarsamninginn sé að finna sérstakt umboðsskjal, þar sem ekkert hafi verið tekið fram eða hafi gefið sóknaraðila ástæðu til þess að ætla að óheimilt væri að eiga viðskipti með óskráð verðbréf. Í umboðinu hafi þvert á móti staðið að sóknaraðili veitti forstöðumanni einkabankaþjónustu varnaraðila eða öðrum þeim starfsmanni sem varnaraðili vísaði til, fullt og ótakmarkað umboð til þess að kaupa verðbréf í hans nafni fyrir þá fjármuni sem hann hafði afhent varnaraðila eða myndi afhenda í samræmi við samninginn. Þótt í umboðinu hefði verið tilvísun í sjálfan eignastýringarsamninginn, þá sé ekki hægt að leggja á þriðja mann að rýna í sjálfan samninginn með það fyrir augum að afmarka hvort 5. og 9. gr. samningsins, með hliðsjón af 1.- 4. gr., yrði skýrðar sem svo að umboðið næði ekki til kaupa á óskráðum verðbréfum. Með vísan til þessa, þyki ljóst að það sé sóknaraðila að sýna fram á grandvísi þriðja manns um umboðsskort varnaraðila ef slíkt væri fyrir hendi. Þá bendi varnaraðili á að þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að varnaraðili hefði farið út fyrir umboð sitt, þá hafi það ekki áhrif að því er varði málsástæður sóknaraðila, þar sem fyrir liggi að sóknaraðili hafi haft frumkvæði að kaupunum í

Rom ehf. og VBS fjárfestingarbanka hf. og hafi samþykkt kaupin í Guardian Holding ehf. athugasemdalaust. Ef komist verði að þeirri niðurstöðu að sóknaraðili hafi hvorki gefið fyrirmæli um kaupin né samþykkt þau, árétti varnaraðili þá afstöðu sína að með athafnaleyssi sínu hafi hann orðið skuldbundinn af viðskiptunum, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 16/2001.

Sóknaraðili telji að starfsmenn varnaraðila hafi brotið gegn 3. gr. eignastýringasamnings, dags. 13. október 2006 og ákvæðum laga um verðbréfavíðskipti með því að ganga ekki frá fjárfestingarstefnu. Varnaraðili hafi þ.a.l. ekki haft heimild til að stýra eignasafni hans og því allar aðgerðir varnaraðila ólögmatar. Telur sóknaraðili tjón sitt nema andvirði allra keyptra verðbréfa á grundvelli þess eignastýringarsamnings og vísar til yfirlits sem fylgdi með tölvupósti Hilmars, 28. ágúst 2008.

Fjárfestingarstefnan hafi verið óútfyllt, þar sem málsaðilar hafi komið sér saman um að hún ætti að vera opin. Frá undirritun eignastýringarsamningsins og þar til fyrst hafi komið fram athugasemdir frá sóknaraðila varðandi óútfyllta fjárfestingarstefnu, sem hafi verið í greinargerð í máli þessu, hafi verið gerð fjölmörg viðskipti, þ.a.m. kaup á hlutabréfum í viðskiptabönkunum þremur. Verði það að teljast með ólíkindum að tæpum fimm árum eftir að hafa undirritað eignastýringarsamning sem verið hafi með fyrirfram ákveðinni opinni fjárfestingarstefnu, komi sóknaraðili fram með kröfu um að fá bætt andvirði allra keyptra verðbréfa á grundvelli samningsins umrætt tímabil.

Varnaraðili hafi gætt hagsmuna sóknaraðila eins vel og mögulegt hafi verið miðað við aðstæður og þær upplýsingar sem hafi legið fyrir á þeim tíma er eignasafni sóknaraðila hafi verið stýrt. Enginn hafi getað séð fyrir þá atburðarrás sem farið hafi af stað þann 6. október 2008. Varnaraðili hafni því að hafa brotið ákvæði eignastýringarsamningsins og hafni algjörlega bótaskyldu. Hér skipti mestu máli sú staðreynd að tengiliður sóknaraðila hjá varnaraðila hafi sett fram tillögur um breytingu á eignasafni sóknaraðila. Í þessum tillögum hafi m.a. falist sala á hlutabréfum þeim sem sóknaraðili byggði kröfur sínum um bætur á, þ.e. í viðskiptabönkunum þremur. Þyki ljóst að sóknaraðili hafi gefið Hilmari skýr fyrirmæli um miðjan septembermánuð 2008, að eignasafnið samkvæmt eignastýringasamningnum hafi átt að standa óbreytt þar til yfirlögfræðingur varnaraðila myndi svara bréfi hans, sbr. það sem fram komi í tölvupósti Hilmars til sóknaraðila, 3. október 2008. Sóknaraðili hafi ekki svarað þessum athugasemdum Hilmars fyrr en með tölvupósti, 14. október 2008, þar sem hann hafi spurt hvar vörslureikningur hans væri niður kominn. Á fundi sem sóknaraðili og þáverandi lögmaður hans hafi átt við starfsmenn lögfræði- og regluvörslusviðs varnaraðila, hafi í engu verið hreyft við þeirri málsástæðu að varnaraðila hefði verið óheimilt að stýra eignasafni hans heldur hafi ágreiningurinn snúist fyrst og fremst um það hvort farið hefði verið eftir ætluðum fyrirmælum sóknaraðila eða ekki.

Varnaraðili árétti hér að það fylgi því áhætta að eiga viðskipti með hlutabréf. Með þeim upplýsingapakka sem sóknaraðili og aðrir almennir fjárfestar hafi fengið frá varnaraðila í lok október 2007, hafi fylgt yfirlit yfir helstu tegundir fjármálagerninga og þá áhættu sem felist í fjárfestingum í þeim. Viðskipti með hlutabréf geti t.a.m. falið í sér svokallaða fyrirtækjaáhættu, þ.e. að við gjaldþrot geti hluthafi tapað því fé sem hann lagði fram í upphafi þar sem hluthafar njóti ekki forgangs þegar komi að lýstum kröfum í þrotabúið. Varnaraðili geti ekki borið

ábyrgð á því að verðfall hafi orðið á skráðum innlendum hlutabréfum, sem sóknaraðili hafi fjárfest í. Bent sé á að í 13. gr. eignastýringarsamningsins segi að varnaraðili gæti ekki borið ábyrgð á gengislækkun verðbréfa eða tapi á verðbréfum, sem keypt hafi verið fyrir hönd viðskiptavinar. Varnaraðili bendi enn fremur á í þessu sambandi að sóknaraðili hafi hvenær sem er getað krafist þess að bréfin yrðu seld sem hefði verið auðleyst, enda um að ræða skráð bréf á markaði. Skýr fyrirsmáli um slíkt hafi aldrei komið frá sóknaraðila, þ.m.t. varðandi hlutabréf í Straumi-Burðarás fjárfestingarbanka hf., en félagið hafi verið tekið yfir af Fjármálaeftirlitinu 9. mars 2009 og lokað fyrir viðskipti með hlutabréf félagsins í Kauphöll Íslands sama dag.

Varnaraðili telji einsýnt 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 þess að velta fyrir sér kostum og göllum þess að samþykkja viðskiptin. Sóknaraðili hafi allan þennan tíma getað komið að athugasemdum sínum, sem flestar hafi ekki litið dagsins ljós fyrr en með framlagningu greinargerðar í máli þessu. Vegna þeirrar málsástæðu að verðbréf í eigu sóknaraðila hafi orðið verðlaus, verði að hafa í huga að hlutabréf í nánast öllum félögum, sem skráð hafi verið á hlutabréfamarkaði, hafi orðið verðlaus við hrun íslensku viðskiptabankanna í október 2008 og því fjarri að eitthvað sérstakt gildi að þessu leyti um sóknaraðila.

Sóknaraðili byggi á því að starfsmenn varnaraðila hafi valdið sér tjóni með saknæmum og ólögumætum hætti, með því að bregðast ekki við kröfum hans um breytingu á eignasafni samkvæmt eignastýringarsamningnum frá 2006 og vegna veðkalls er gert hafi verið í september 2008 vegna lánessamningsins. Varðandi fyrri málsástæðuna vísist til þess sem að framan hafi verið rakið.

Í samræmi við 6. gr. lánessamningsins hafi sóknaraðila verið tilkynnt um veðkall þar sem verðmæti trygginga hafi farið niður fyrir 155% af uppreiknuðum eftirstöðvum lánsins og hann hvattur til að lagfæra stöðuna, annaðhvort með því að bæta við trygginguna eða greiða inn á lánið. Í umræddu ákvæði lánessamningsins komi fram að ef lántaka takist ekki að uppfylla tryggingakall innan tímamarka, hafi lánveitandi einhliða heimild til þess að selja af handveðinu, með þeim hætti sem getið sé um í handveðsyfirlýsingu og greiða lánið sem því nemi. Í handveðsyfirlýsingu, sem sóknaraðili hafi ritað undir, dags. 11. apríl 2008, komi fram að yrðu vanskil á greiðslu skulda sem handveðinu hafi verið ætlað að tryggja, væri veðhafa heimilt en þó ekki skylt að selja hin handveðsettu verðbréf í heild eða að hluta eða koma þeim í verð á annan hátt og ráðstafa andvirðinu til greiðslu á þeim skuldum sem ætlunin hafi verið að tryggja, allt að vali veðhafa, fyrirvaralaust og án aðvörunar.

Samkvæmt framangreindu þyki því ljóst að varnaraðila hafi ekki verið skylt að ganga að vörslureikningi sóknaraðila ásamt öllum þeim verðbréfum sem verið hafi í vörslu varnaraðila á þeim reikningi á þessum tíma, þótt hann hefði hins vegar haft heimild til þess. Sóknaraðili hafi engar ráðstafanir gert í kjölfar veðkallsins og sé ekki hægt að gera varnaraðila ábyrgan fyrir aðgerðarleysi sóknaraðila. Sóknaraðili byggi á því að með því að neyta ekki þessarar heimildar, hafi starfsmenn varnaraðila brotið gegn þágildandi lögum nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti og lögum nr. 108/2007. Sóknaraðili vísi hér ekki til neinna ákvæða í fyrrgreindum lögum og því sé óljóst um hinn ætlaða bótagrundvöll, hina

ætluðu bótaskyldu háttsemi, orsakatengsl, sönnun ætlaðs tjóns og önnur þau atriði sem nauðsynlegt sé að fjalla um þegar krafa um skaðabætur sé sett fram. Byggi varnaraðili á því hér að skilyrði bótaábyrgðar, innan og utan samninga, um orsakatengsl og sennilega afleiðingu, séu með engu móti uppfyllt og séu a.m.k. ósönnuð.

Sóknaraðili vísi til þess að starfsmenn varnaraðila hafi væntanlega haft verulegra hagsmuna að gæta varðandi fjárfestingar í hlutabréfum í varnaraðila, þar sem þeir undantekningalaust hafi átt mikið af hlutabréfum í þeim bönkum sem þeir hafi starfað við. Telji sóknaraðili því væntanlega að um brot á lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki sé að ræða og lögum um verðbréfavíðskipti en vakin sé athygli á því að í greinargerð sóknaraðila sé ekki vísað til neinna tiltekinna ákvæða framangreindra laga því til stuðnings. Þá séu þessar ályktanir sóknaraðila settar fram án nokkurs rökstuðnings og án framlagningar nokkurra sönnunargagna sem renni stöðum undir þær. Séu þær a.m.k. ósannaðar og að mati varnaraðila efnislegar rangar. Þá hafni varnaraðili að upplýsa um hvort tiltekinn starfsmaður varnaraðila hafi átt hlutabréf í varnaraðila á þeim tíma er mál þetta taki til enda verði ekki séð hvaða tilgangi slík upplýsingagjöf eigi að þjóna. Sóknaraðili geri heldur enga grein fyrir á hvaða grundvelli þessar áskoranir byggi.

Varnaraðili taki fram að á þessum tíma hafi verið í gildi verklagsreglur um víðskipti starfsmanna með verðbréf, gjaldeyri og afleiður, kínaveggi og víðskipti bankans með eigin bréf sem settar hafi verið í samræmi við 20. gr. reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og víðskiptahætti fjármálafyrirtækja. Í 2. gr. reglnanna segi að starfsmenn varnaraðila skyldu gæta þess að víðskiptamenn nytu jafnræðis um upplýsingar, verð og önnur víðskiptakjör. Þá skyldi þess gætt að víðskiptamönnum yrðu veittar greinargóðar upplýsingar um þá kosti sem stæðu til boða, að teknu tilliti til reynslu, þekkingar og fjárhagslegrar getu viðkomandi. Sóknaraðila hafi þannig í formi títtnefndar tillögu frá 28. ágúst 2008, verið veittar greinargóðar upplýsingar um þá kosti sem honum hafi staðið til boða, að teknu tilliti til reynslu, þekkingar og fjárhagslegrar getu. Eins og ítrekað hafi verið bent á, hafi sú tillaga verið sett fram með fyrirvara um samþykki sóknaraðila. Samþykki sóknaraðila hafi ekki legið fyrir er rekstur varnaraðila hafi verið tekinn yfir í október 2008. Sé á því byggt af hálfu varnaraðila að eftir þessum reglum hafi verið farið í einu og öllu. Sóknaraðili hafi ekki sýnt fram á með neinum rökstuddum hætti að svo hafi ekki verið.

Sóknaraðili geri kröfu um að skaðabótakrafa hans njóti forgangs samkvæmt 112. gr. laga nr. 21/1991 og byggi þá kröfu á því að starfsmenn varnaraðila hafi með ólögum og saknæmum hætti ráðstafað peningum hans til kaupa á hlutabréfum og skuldabréfum út af innstæðureikningum sem nytu verndar sem forgangskröfur. Varðandi ætlaðar ólögumætar ráðstafanir réttinda, vísi sóknaraðili til þess að hann eigi að vera eins settur og ráðstöfunin hafi aldrei farið fram og fjármunir hans lækju inn á nánar tilteknum bankareikningum.

Krafa sóknaraðila feli í sér kröfu um skaðabætur eins og skýrlega komi fram í greinargerð hans. Ekki sé gerð krafa um ógildinguna einstakra löggæringa, þannig að staða sóknaraðila verði sem líkust því að engir löggæringar hafi verið gerðir. Ef talið verði sannað að starfsmenn varnaraðila hafi gerst sekir um saknæma og ólögumæta háttsemi, hafi það aðeins þau áhrif að varnaraðili yrði talinn bótaskyldur gagnvart sóknaraðila. Slík krafa njóti stöðu sem almenn krafa

samkvæmt 113. gr. laga nr. 21/1991 en ekki sem forgangskrafa. Skaðabótakrafan virðist byggja á fjölmörgum atvikum sem sóknaraðili telji að hafi leitt til tjóns og varnaraðili beri skaðabótaábyrgð á. Sóknaraðili geri enga tilraun til þess að greina hvern ætlaðan tjónsatburð fyrir sig í tengslum við réttshæð kröfunnar og séu málsástæður hans að þessu leyti óljósar. Þá telji varnaraðili að sú óljósa málsástæða að ætlað tjón sóknaraðila geti talist innstæða og njóti þar með forgangs samkvæmt 112. gr. laga nr. 21/1991, sé einnig með öllu haldlaus. Engin lagarök séu færð fram af hendi sóknaraðila sem styðji þá niðurstöðu.

Sóknaraðili krefjist þess að viðurkennd verði greiðsla á kröfu samkvæmt lánessamningi, dags. 11. apríl 2008, miðað við þann 17. febrúar 2009, samkvæmt yfirlýstum skuldajöfnuði þann dag. Byggir sóknaraðili á því að þegar tjóninu hafi verið valdið, hafi krafan samkvæmt lánessamningnum verið í eigu varnaraðila og sé því þessi krafa sett fram til öryggis.

Varnaraðili bendi á að samkvæmt heimild í 100. gr. a í lögum nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, sbr. 5. gr. laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitinga úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl., hafi Fjármálaeftirlitið tekið ákvörðun 14. október 2008 um ráðstöfun eigna og skulda varnaraðila. Samkvæmt 1. gr. ákvörðunarinnar hafi öllum eignum varnaraðila verið ráðstafað til „Nýja Glitnis banka hf.“ nema þær eignir væru sérstaklega undanskildar í viðauka við ákvörðunina. Umrætt lán sem talist hafi til eignar varnaraðila, hafi ekki verið sérstaklega undanskilið og hafi þar með verið ráðstafað til hins nýja banka. Sá skilningur hafi verið staðfestur með útgefnum forsendum Fjármálaeftirlitsins fyrir skiptingu efnahagsreiknings varnaraðila, 14. október 2008 og hafi verið endurskoðaðar 19. október s.á. Í 13. gr. fyrrgreindrar ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins komi fram að framsal kröfuréttinda samkvæmt ákvörðuninni skuli ekki svipta skuldara rétti til skuldajafnaðar sem hann hafi átt gagnvart fyrri kröfuhafa eða þrotabúi hans. Við uppgjör varnaraðila og nýja bankans skyldi svo áætla fjárhæð sem vegna skuldajöfnunar gæti dregist frá þeim kröfum sem nýji bankinn yfirtæki samkvæmt ákvörðuninni.

Varnaraðili bendi á að sóknaraðili virðist í greinargerð gera varakröfu um skuldajöfnun vegna tjóns að fjárhæð 128.452.481 króna sem sé sú fjárhæð sem nýst hefði sóknaraðila hefðu fjármunir við sölu hlutabréfa í viðskiptabönkunum þremur verið nýttir til að greiða 50.000.000 krónur inn á lánið og afgangur settur í Sjóð 9. Jafnframt sé í greinargerð reifuð þrautavarakrafa um skuldajöfnun á 53.120.495 krónum, sem hafi verið andvirði hlutabréfa Kaupþings banka hf. þann 3. október 2008. Kröfur þessar komi ekki berum orðum fram í kröfugerð sóknaraðila og beri að hafna þeim.

Ef fallist verði á að krafa um skuldajöfnun sé framkomin í málinu, byggir varnaraðili á því að krafa sóknaraðila um skuldajöfnun sé vanreifuð. Jafnframt að skilyrði skuldajöfnunar samkvæmt 100. gr. laga nr. 21/1991 séu ekki fyrir hendi. Máltilbúnaður sóknaraðila virðist að meginstefnu byggja á ætlaðri ólögmætri og saknæmri háttsemi starfsmanna varnaraðila er átt hafi sér stað frá 27. ágúst 2008 til 3. október 2008. Almenna reglan sé sú að skaðabótakrafa stofnast þegar hin bótaskylda háttsemi eigi sér stað. Komi til þess að fallist verði á skaðabótakröfu sóknaraðila telji varnaraðili að krafan sé ótæk til skuldajafnaðar. Samkvæmt 100. gr. laga nr. 21/1991 sé réttur til skuldajafnaðar háður því að kröfuhafi eignist kröfu til skuldajafnaðar áður en þrjú mánuðir séu til frestdags enda hafi krafa þrotabús á

hendur honum orðið til fyrir frest dag. Frest dagur slitameðferðar varnaraðila sé 15. nóvember 2008. Það skilyrði 100. gr. laga nr. 21/1991 að kröfuhafi hafi eignast kröfuna meira en þremur mánuðum fyrir frest dag sé ekki uppfyllt og beri þegar af þeirri ástæðu að hafna skuldajafnaðarkröfu sóknaraðila.

Til þrautavara krefst varnaraðili lækkunar á kröfum sóknaraðila. Fari svo að sannað teljist að sóknaraðili hafi orðið fyrir fjártjóni vegna ætlaðrar ólögmetrar og saknæmrar háttsemi starfsmanna varnaraðila, sé krafist verulegrar lækkunar bóta frá því sem krafist sé af hálfu sóknaraðila. Varnaraðili telji að jafnvel þótt talið verði 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.

Sóknaraðili telji að þar sem engar upptökur hafi fundist af símtali sóknaraðila við Hilmar, verði varnaraðili að bera hallan af því og leggja verði til grundvallar frásögn sóknaraðila af atvikum. Rétt sé að í ákvæði 13. gr. eignastýringasamnings málsaðila, sé tiltekið að viðskiptavini sé kunnugt um að símtöl milli hans og starfsfólks bankans kunni að verða hljóðrituð og hann samþykki að þær hljóðritanir teljist full sönnun þess sem fram hafi farið á milli aðila ef ágreiningur rísi um viðskipti eða önnur samskipti. Það sé því ljóst að engin skylda hafi hvílt á varnaraðila samkvæmt eignastýringasamningnum að hljóðrita öll símtöl eins og sóknaraðili haldi fram. Þá sé jafnframt á það bent að farsímasímtöl hafi ekki verið tekin upp vegna tæknilegra ástæðna en samkvæmt því yfirliti sem sóknaraðili hafi lagt fram, eigi sóknaraðili að hafa hringt úr sínum farsíma í farsíma Hilmars. Varnaraðili hafi á þeim tíma er mál þetta taki til ekki haft yfir slíkum hugbúnaði/vélbúnaði að ráða, þ.e. til að taka upp samtöl í farsímum.

Varðandi tölvupóstsamskipti milli málsaðila, vilji varnaraðili taka það fram að öll samskipti af þeim toga hafi verið lögð fram og sé aðdróttunum sóknaraðila sem lesa megj úr þeim orðum að gögnin hafi tynst á óskiljanlegan máta harðlega mótmælt.

Varnaraðili bendi á að krafa sóknaraðila í þessu máli sé krafa um skaðabætur og beri sóknaraðili sönnunarbyrði fyrir því að hann hafi orðið fyrir tilteknu tjóni, að það sé vegna háttsemi sem sé skaðabótaskyld samkvæmt lögum og að tjónið sé afleiðing af þeirri háttsemi. Sönnunarbyrði um að háttsemi starfsmanna varnaraðila hafi verið saknæm, hvíli þannig óumdeilt á sóknaraðila.

Varnaraðili byggi á því að sönnunarbyrðin um að krafa sóknaraðila teljist innstæða í skilningi innstæðulaga hvíli á sóknaraðila. Vísist um þetta m.a. til þeirrar meginreglu sem búi að baki ákvæði 117. gr. laga nr. 21/1991, þ.e. varðandi form og efni kröfulýsingar og sönnunargagna sem kröfur séu studdar við. Jafnframt vísist til þess að sönnunarbyrði um eðli kröfunnar og stöðu í skuldaröð hvíli á sóknaraðila.

Sóknaraðili geri kröfu um dráttarvexti af kröfufjárhæðinni frá 27. ágúst 2008 til 22. apríl 2009 og vísi til ákvæðis 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Varnaraðili bendi á að krafa sóknaraðila um dráttarvexti sé ekki sundurliðuð eftir mismunandi stofnunardögum ætlaðra tjónsatburða heldur sé eingöngu vísað til þess að ákveðið hafi verið að miða tímamarkið við þann dag er starfsmanni varnaraðila hafi borið að selja hlutabréf í eigu sóknaraðila. Fullljóst sé hins vegar að krafa sóknaraðila um skaðabætur byggi á fleiri atburðum en þeim

sem hann miði framangreint tímamark við.

Skaðabótakröfur beri dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 að liðnum mánuði frá þeim degi er kröfuhafi sannanlega hafi lagt fram þær upplýsingar sem þörf sé á til að meta tjónsatvik og fjárhæð bóta, sbr. 9. gr. laganna. Það hafi fyrst verið gert með kröfulýsingu sóknaraðila, dags. 23. nóvember 2009, sem þær upplýsingar hafi legið fyrir. Krafa um vexti geti því ekki komið til fyrr en eftir það tímamark í fyrsta lagi og yrði þá um eftirstæða kröfu að ræða samkvæmt 114. gr. laga nr. 21/1991, en til slíkra krafna hefur varnaraðili ekki tekið afstöðu.

Varnaraðili vísi til ákvæða laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki með síðari breytingum, laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, laga nr. 7/1936 um sammingsgerð, umboð og ógilda löggerninga, laga nr. 33/2003 um verðbréfaviðskipti (brottfallin), laga nr. 108/2007 um verðbréfaviðskipti, reglugerðar nr. 995/2007, meginreglna samninga- og kröfuréttar um greiðsluskyldu fjárskuldbindinga, skuldbindingargildi samninga og sammingsfrelsi og almennra reglna skaðabótaréttar um skilyrði skaðabótaábyrgðar. Kröfu um málskostnað byggji varnaraðili á 130. gr., sbr. 129. gr., laga nr. 91/1991 en að auki sé í því sambandi vísað til laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt.

Við munnlegan flutning málsins byggði varnaraðili, auk þeirra röksemda sem að framan eru raktar á því að sóknaraðili færi í röksemdafærslu sinni út fyrir þann ramma sem málinu hafi verið markaður með kröfulýsingu. Þá byggði varnaraðili einnig á því að kaup á eignarhlutum í einkahlutafélögum gætu ekki talist viðskipti með óskráð verðbréf enda gætu hlutaskírteini í einkahlutafélagi ekki talist verðbréf. Vísaði varnaraðili nánar um þetta til laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög.

V

Samkvæmt 102. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki gilda lög nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. að meginstefnu um meðferð krafna á hendur fjármálafyrirtæki í slitameðferð. Í 1. mgr. 117. gr. laga nr. 21/1991 er kveðið á um að sá sem halda vilji uppi kröfu á hendur þrotabúi skuli lýsa henni fyrir skiptastjóra. Þá er í 2. mgr. sama lagaákvæðis rakið hvers efnis kröfulýsing skuli vera og kemur þar m.a. fram að kröfur skuli tilgreina svo skýrt sem verða megi og í lokamálslið 2. mgr. er tiltekið að í kröfulýsingu skuli enn fremur greina þær málsástæður sem kröfuhafi byggji rétt sinn gagnvart þrotabúinu á, svo og önnur atvik sem þurfi að greina samhengis vegna. Í 1. mgr. 177. gr. sömu laga kemur fram að við málsmeðferð fyrir héraðsdómi skuli gefa sóknaraðila máls kost á að skila greinargerð þar sem fram komi til fullnaðar hverjar kröfur hann hafi uppi og á hverju þær séu byggðar. Í 2. mgr. 178. gr. sömu laga kemur fram að ef annað leiði ekki af ákvæðum laganna gildi almennar reglur um meðferð einkamála í héraði um málsmeðferð.

Í greinargerð sóknaraðila til dómsins eru rakin fleiri tilvik ólögmetrar háttsemi starfsmanna varnaraðila sem hann telur hafa leitt til tjóns síns en hann upphaflega vísaði til í kröfulýsingu. Varnaraðili byggði á því við munnlegan málflutning að með þessu hefði sóknaraðili raskað þeim grundvelli sem lagður hafi

verið að málinu með kröfulýsingu og ættu málsástæður varnaraðila sem ekki ættu rót í kröfulýsingu því ekki að komast að, sbr. fyrirtilvitnuð ákvæði laga nr. 21/1991. Sóknaraðili byggir á móti á því að mótmæli varnaraðila á þessum grunni séu of seint fram komin en allar þær málsástæður sem sóknaraðili byggir á hafi komið fram áður en málið hafi verið sent héraðsdómi án þess að varnaraðili hafi mótmælt þeim á þessum grunni. Slík mótmæli sé ekki heldur að finna í greinargerð varnaraðila til héraðsdóms.

Fallist er á með sóknaraðila að varnaraðili hefði þurft að mótmæla málatilbúnaði sóknaraðila að þessu leyti í síðasta lagi í greinargerð sinni til dómsins. Er það mat dómsins að um þetta gildi almennar reglur einkamálalega um málsforræði aðila. Mótmæli varnaraðila sem byggð eru á þessum grunni teljast því of seint fram komin og verður ekki til þeirra litið við úrlausn málsins. Þá eru einnig of seint fram komnar röksemdir varnaraðila um að kaup á eignarhlut í einkahlutafélagi geti ekki talist viðskipti með óskráð verðbréf. Er því fallist á með sóknaraðila að þegar af þeim ástæðum séu ekki efni til að taka afstöðu til þeirra sjónarmiða.

Varnaraðili byggir einnig á því að málatilbúnaður sóknaraðila sé um margt óljós og erfitt sé að átta sig á tengslum einstakra tjónsatburða við þá fjárkröfu sem sóknaraðili hefur sett fram. Sóknaraðili hefur mótmælt því að nokkuð sé óljóst við kröfu sína. Fallast má á með varnaraðila að röksemdir sóknaraðili geti virst, við fyrstu sýn, ruglingslegar og samhengi málsástæðna óljóst. Við nánari skoðun er þó ljóst, að mati dómsins, að skilja verður málatilbúnað sóknaraðila þannig að hann byggir á því í málinu að hann hafi orðið fyrir tjóni sem hann greinir í tvennt. Annars vegar telur hann að tjónið nemi andvirði hlutabréfa í eignasafni 7508 þann 28. ágúst 2008. Miðar sóknaraðili bótafjárhæðina við markaðsverðmæti á hlutabréfum, samkvæmt upplýsingum í tölvupósti frá starfsmanni varnaraðila þann dag. Sóknaraðili hefur teft fram röksemdum um fleiri en eina orsök umrædds tjóns. Er það mat dómsins að þetta valdi ekki því, eitt og sér, að hafna beri kröfu hans vegna óskýrleika. Þá verður ekki séð að hinn ætlaði óskýrleiki hafi valdið því að varnaraðili hafi ekki getað tekið til varna með eðlilegum hætti.

Ekki verður heldur séð að sá hluti kröfu sóknaraðila sem lýtur að kaupum á óskráðum verðbréfum geti talist óskýr þannig að henni verði hafnað þegar af þeirri ástæðu.

Verður nú fyrst fjallað um þá kröfu sem síðar var vísað til hér að ofan. Krafa þessi er að fjárhæð 82.054.815 krónur og nemur að sögn sóknaraðila samanlögðu kaupverði eignarhluta í VBS Fjárfestingarbanka hf., Guardian Holding ehf. og Rom ehf. en viðskiptin áttu sér stað í gildistíð laga nr. 33/2003 um verðbréfaviðskipti. Ofangreind kaup voru færð á vörslusafn 7281, sem eins og fyrr greinir tengdist samningi milli aðila um einkabankaþjónustu sem gerður var 11. mars 2005. Efni samningsins er að nokkru rakið í kafla I hér að framan. Í b. lið 2. gr. umrædds samnings kemur fram að eignastýring feli í sér tilfærslu á milli mismunandi tegunda verðbréfa eftir því sem tækifæri bjóðist á mörkuðum á hverjum tíma. Viðskiptavinur gefi bankanum heimild til eignastýringar samkvæmt fyrirfram ákveðinni fjárfestingarstefnu sem nánar er fjallað um í 4. gr. samningsins og bankinn sjái um framkvæmd fjárfestingarstefnunnar fyrir hönd viðskiptavinar. Þá er loks kveðið á um að heimild til eignastýringar lúti ákvæðum samningsins. Í nefndri 4. gr. samningsins kemur fram að eignastýring samkvæmt 2. gr. hans skuli vera í

samræmi við fjárfestingarstefnu sem viðskiptavinur samþykki skriflega á hverjum tíma og skuli fjárfestingarstefnan teljast hluti af samningnum sem viðauki I. Viðskiptavinur veiti bankanum heimild til að stýra eignum sínum innan þeirra frávika sem fram komi í fjárfestingarstefnunni. Fjárfestingarstefna var endurskoðuð 1. febrúar 2006 og undirrituð af sóknaraðila. Kemur þar meðal annars fram að bankinn muni fjárfesta í verðbréfum, skuldabréfum eða hlutabréfum sem skráð séu á opinberum verðbréfamörkuðum. Kemur og fram að skuldabréf og laust fé skuli nema 50% eigna í safni (að hámarki 60% og að lágmarki 40%), innlend hlutabréf skuli nema 25% eigna í safni (hámark 30% og lágmark 15%). Telja verður óumdeilt í málinu að kaup á hlutabréfum/hlutum í ofangreindum félögum rúmast ekki innan þeirrar fjárfestingarstefnu sem að ofan er rakin, enda ekki um félög að ræða sem skráð voru á opinberum verðbréfamarkaði. Í 5. gr. samningsins var kveðið á um að félli viðskiptavinur undir skilgreiningu laga og reglna bankans um fagfjárfesta, sbr. 7. tl. 2. gr. laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti, gæti hann óskað eftir því að verðbréfavíðskipti samkvæmt samningnum fælust að einhverju leyti í viðskiptum með óskráð verðbréf. Skyldi viðskiptavinur þá óska eftir því skriflega. Fyrir liggur í málinu og er óumdeilt að sóknaraðili var flokkaður sem almennur fjárfestir. Í 13. gr. samningsins kemur fram að viðskiptavinur geti gefið fyrirmæli sín um viðskipti samkvæmt samningnum munnlega, eða skriflega, þ.e. með símbréfi, tölvupósti eða með símtali. Í 14. gr. kemur fram að viðskiptavininn sé kunnugt um að símtöl milli hans og starfsfólks bankans kunni að vera hljóðrituð og samþykki að þær hljóðritanir teljist full sönnun þess sem fram hafi farið á milli aðila ef ágreiningur risi um viðskipti eða önnur samskipti.

Varnaraðili byggir einkum á því að sóknaraðili hafi óskað eftir kaupum í VBS Fjárfestingarbanka hf. og Rom ehf. en hafi samþykkt kaup í Guardian Holding ehf. eftirá. Í öllum tilvikum byggir varnaraðili á að sóknaraðili hafi að minnsta kosti orðið bundinn við viðskiptin með því að gera ekki athugasemdir við kaupin fyrr en eftir fall bankanna. Sóknaraðili kveðst aldrei hafa óskað eftir kaupum í VBS Fjárfestingarbanka hf. eða í Guardian Holding ehf. og kannaðist ekki við að umrædd kaup hefðu verið kynnt honum sérstaklega. Starfsmaður varnaraðila sem hafði milligöngu um framangreind viðskipti kvað á hinn bóginn að sóknaraðili hafi sérstaklega óskað eftir kaupum á bréfum í VBS Fjárfestingarbanka hf. en honum hafi verið kynnt kaup í Guardian Holding ehf. eftir að þau hefðu verið gerð. Kvað starfsmaðurinn að hann hafi gefið sóknaraðila það til kynna að unnt væri að bakfæra þau kaup ef hann hefði ekki verið sáttur við þau. Sóknaraðili hafi hins vegar engar athugasemdir gert.

Í II. kafla þágildandi laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti voru reglur um réttindi og skyldur fjármálafyrirtækja í verðbréfavíðskiptum. Samkvæmt 4. gr. skyldi fjármálafyrirtæki starfa í samræmi við eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti og venjur í verðbréfavíðskiptum, með trúverðugleika fjármálamarkaðarins og hagsmunum viðskiptavina að leiðarljósi. Í 5. gr. voru lagðar þær skyldur á fjármálafyrirtæki að afla upplýsinga hjá viðskiptavinum um þekkingu og reynslu þeirra í verðbréfavíðskiptum og fjárhagsstöðu þeirra sem voru í viðvarandi viðskiptasambandi við fjármálafyrirtækið. Er þar m.a. kveðið á um að upplýsingar sem fjármálafyrirtæki veiti viðskiptavinum sínum skuli vera skýrar, nægjanlegar og ekki villandi þannig að viðskiptavinir geti tekið upplýsta fjárfestingarákvörðun. Í 8. gr. var kveðið á um að sala fjármálafyrirtækis eða milliganga þess um sölu á óskráðum verðbréfum til annarra en fagfjárfesta, sem hvorki hefðu verið seld í almennu útboði né féllu undir undanþáguákvæði laganna, væri háð því að lagt hefði

verið mat á faglega þekkingu, fjárhag og reynslu viðskiptavinar enda væri ekki um að ræða sölu eða milligöngu í almennu útboði verðbréfa. Samkvæmt 9. gr. skyldi fjármálafyrirtæki við framkvæmd viðskiptafyrirmæla tryggja besta mögulega verð fyrir viðskiptavinum sína og bestu framkvæmd að öðru leyti, eins og við ætti hverju sinni.

Í dómum Hæstaréttar 26. september 2012 í máli réttarins nr. 472/2012 og 17. apríl 2013 í máli réttarins nr. 222/2013 er fjallað um ágreining milli varnaraðila og manna sem gert höfðu sambærilegan samning við hann og fyrir liggur í máli þessu. Var í báðum tilvikum um að ræða almenna fjárfesta sem gert höfðu samning um einkabankaþjónustu. Í þeim dómum var talið að varnaraðili bæri sönnunarbyrði fyrir því að fyrirmæli hafi verið gefin um viðskipti sem ekki rúmuðust innan ákvæða einkabankasamnings aðila og hvers efnis þau væru. Verður að telja að aðstaða í því máli sem hér er til úrlausnar sé að verulegu leyti sambærileg að því marki sem máli skiptir. Sóknaraðili hefur hafnað því að hafa óskað eftir kaupum í félögunum Guardian Holding ehf. og VBS Fjárfestingarbanka hf. og að hann hafi fengið upplýsingar frá varnaraðila um umrædd félög. Starfsmaður varnaraðila Hilmar S. Sigurðsson kveður á hinn bóginn að hann hafi keypt í VBS Fjárfestingarbanka hf. að ósk sóknaraðila og hann hafi kynnt sóknaraðila kaupin á Guardian Holding ehf. eftir og hafi þá gefið honum til kynna að þau kaup gætu gengið til baka. Stendur hér orð gegn orði. Engum gögnum er fyrir að fara í málinu um að sóknaraðili hafi óskað eftir eða samþykkt eftir umrædd kaup eða honum hafi verið veittar upplýsingar sem leitt gætu til þess að litið yrði þannig að með því að gera ekki athugasemdir við kaupin eftir teljist hann bundinn við þau. Verður hér lagt til grundvallar að með tilliti til þess réttarsambands sem var milli aðila, þar sem annar var í hlutverki sérfræðings á sviði fjármálaþjónustu en hinn almennur fjárfestir sem greiddi fyrir þá sérfræðiþjónustu, að játa verði sóknaraðila nokkurt svigrúm til að gera athugasemdir við lögmati einstakra aðgerða sem gerðar voru í hans nafni á grundvelli samningsins. Kom fram hjá sóknaraðila að hann hefði einfaldlega gengið út frá því að aðgerðir starfsmanna varnaraðila hefðu verið í samræmi við samning aðila og að það hafi ekki verið fyrir en hann leitaði sér lögmannsaðstoðar í kjölfar falls bankanna að honum hafi orðið ljóst að ekki hafi verið allt með felldu. Engar upplýsingar liggja fyrir í málinu um framangreind tvö félög en varnaraðili hefur ekki mótmælt því að eignarhlutur sóknaraðila í þeim sé í dag verðlaus. Með vísan til þess sem að framan greinir er fallist á með sóknaraðila að starfsmenn varnaraðila hafi með kaupum á hlutabréfum í ofangreindum félögum valdið honum tjóni sem nemi því kaupverði sem innt var af hendi. En fyrir liggur að fyrir Guardian Holding ehf. voru greiddar 4.243.500 krónur fyrir hluti í VBS Fjárfestingarbanka hf. voru greiddar 27.684.256 krónur eða samtals 31.927.756 krónur.

Varðandi kaup á hlut í Rom ehf. horfir við með öðrum hætti. Í framburði sóknaraðila fyrir dómi kom fram að hann hafi verið einn af stofnendum félagsins og hluthafi í því. Ástæða þess að hann hafi keypt umrædda hluti sem færðir hafi verið á vörslusafn 7281 hafi verið að tveir hluthafa í félaginu hafi viljað selja hluti sína og hann hafi fallist á að kaupa þá. Fyrir liggur að sóknaraðili var í fyrirsvari fyrir umrætt félag gagnvart varnaraðila en félagið naut einnig einkabankaþjónustu hjá varnaraðila. Verður því að telja á grundvelli tilvitnaðs framburðar sóknaraðila sem og gagna sem liggja fyrir í málinu að sóknaraðili hafi vegna stöðu sinnar hjá umræddu félagi átt að þekkja til starfsemi þess og hafi á grundvelli þeirra upplýsinga átt að geta tekið upplýsta ákvörðun um fjárfestingu í félaginu. Verður

þegar af þessum ástæðum hafnað skaðabótakröfu sóknaraðili að því er lýtur að umræddum kaupum.

Þá liggur næst fyrir að taka afstöðu til skaðabótakröfu sóknaraðila vegna vörslusafns nr. 7508, en það heyrði til samningi aðila um einkabankaþjónustu frá 13. október 2006. Krafan er að fjárhæð 135.359.752 krónur og miðaðist fjárhæð hennar við tilgreint markaðsvirði hlutabréfa í umræddu vörslusafni sem sóknaraðili byggir á að hann hafi gefið fyrirmæli um að yrðu seld á fundi 27. ágúst 2008. Nánar tiltekið var hér um að ræða hlutabréf í varnaraðila að nafnverði 5.000.000 krónur en að markaðsverði 76.500.000 krónur, hlutabréf í Kaupþingi banka hf. að nafnverði 81.224 krónur en að markaðsvirði 57.912.712 krónur og í Landsbanka Íslands hf. að nafnverði 39.460 krónur en að markaðsvirði 947.040 krónur. Vörslusafn samkvæmt umræddum samningi var handveðsett samkvæmt samningi þar um við varnaraðila. Stóð það til tryggingar láni sem sóknaraðili tók samkvæmt lánsamningi nr. 580-74-311990, upphaflega að fjárhæð 105.000.000 krónur. Samningurinn var gerður 11. apríl 2008. Var lánið þáttur af uppgjöri á framvirkum samningi um kaup á 5.000.000 króna hlutum að nafnverði í varnaraðila. Var kaupverð hlutanna 184.011.085 krónur en það sem á vantaði var fjármagnað með innlausn á eign sóknaraðila í peningamarkaðssjóði. Umræddir hlutir í varnaraðila voru færðir á vörslusafn 7508 og kemur fram hér að framan að þann 27. ágúst 2008 voru þeir taldir að markaðsvirði 76.500.000 krónur. Af gögnum málsins má sjá að þann 20. nóvember 2007 var gerður samningur um aðilaskipti að áður gerðum framvirkum samningi um viðskipti með 5.000.000 króna nafnverðshlut í varnaraðila. Er þess þar getið að sóknaraðili taki við réttindum og skyldum Rom ehf. samkvæmt samningnum. Gert er ráð fyrir undirritun sóknaraðila á samninginn en reitur fyrir þá undirritun er auður. Hvergi er í gögnum málsins að finna samþykki sóknaraðila fyrir umræddum aðilaskiptum eða undirritun á framlengingar á umræddum samningi þar til hann var loks innleystur í apríl 2008. Sóknaraðili hefur alfarið hafnað því að hafa samþykkt umrædd aðilaskipti að nefndum samningi og kveður að hann hafi talið að tap af umræddum viðskiptum hafi verið vegna hans eigin framvirku samninga en hann hafi gert slíka samninga í eigin nafni.

Eins og fyrr er komið fram undirritaði sóknaraðili almenna skilmála vegna markaðsviðskipta hjá varnaraðila. Í þeim skilmálum kemur m.a. fram að alla samninga skuli staðfesta skriflega. Einnig var í gildi milli aðila sérstakur einkabankasamningur um það vörslusafn sem hér var um að ræða og eiga við um viðskipti á grundvelli hans sömu sjónarmið og að framan eru rakin um hinn fyrri samning aðila enda samningarnir nánast samhljóða um öll atriði sem hér gætu skipt máli. Með vísan til forsendna sem birtast í dómi Hæstaréttar í fyrrnefndu máli nr. 222/2013 og varða sambærilegt samningssamband og hér um ræðir verður að telja að leggja verði sönnunarbyrði á varnaraðila um það að sóknaraðili hafi gengist undir það að yfirtaka samning annars aðila sem þá var í tapi. Engin gögn liggja fyrir í málinu sem sýna að sóknaraðili hafi gengist undir þessa skyldu en telja verður að brýnt hefði verið að afla skriflegs samþykkis hans fyrir svo óvenjulegri ráðstöfun. Tapi samkvæmt umræddum samningi var velt áfram allt þar til það var gert upp í apríl 2008 með framangreindri lántöku. Á þeim grundvelli sem að framan er lýst ber að mati dómsins að leggja það til grundvallar að ákvörðun sóknaraðila að leysa til sín umrædd hlutabréf og færa á eignasafn sitt hafi ekki getað talist upplýst fjárfestingarákvörðun enda engin gögn sem sýna að hann hafi með réttu tekið á sig þá skuldbindingu sem leiddi á endanum til umræddra

viðskipta. Dugar varnaraðili ekki í þessu sambandi að vísa til þess að sóknaraðili hafi átt í öðrum farmvirkum verðbréfavíðskiptum án athugasemda.

Það er mat dómsins að þar sem ósannað er að sóknaraðili hafi gengist undir framangreinda skuldbindingu hafi starfsmenn varnaraðila valdið honum tjóni með saknæmum og ólögnum hætti með því stýra hagsmunum hans svo sem að ofan greinir. Leiddi þetta ásamt öðru til tjónsins. Sannað er í málinu, með framburði sóknaraðila, Hilmars S. Sigurðssonar starfsmanns varnaraðila og vitnisins Jóns Þorbjörns Hilmarssonar að sóknaraðili gaf fyrirmæli um sölu hlutabréfa í safni 7508 á fundi 27. ágúst 2008. Á hinn bóginn er ósönnuð sú fullyrðing Hilmars S. Sigurðssonar, gegn eindreginni neitun sóknaraðila, að ákveðið hafi verið að bíða með sölnu þar sem tilboð sem borist hafi hafi verið 10 til 20% undir því verði sem komi fram í yfirliti sem hann hafi sent sóknaraðila á tölvupósti 28. ágúst og legið hafi fyrir á fundinum. Sóknaraðili hafnar því að nokkuð tilboð hafi verið borið undir hann og einnig að hann hafi afturkallað fyrirmæli sín um að selja bréfin. Verður þegar af þeim ástæðum sem hér hafa verið greindar fallist á skaðabótakröfu sóknaraðila að fjárhæð 135.369.752 krónur. Ekkert tilefni er til að lækka kröfuna enda er ekki fyrir að fara í málinu neinum þeim sönnunargögnum sem fullnægjandi geta talist sem draga megi ályktanir af um að markaðsvirði sé ekki réttilega tilgreint í umræddu yfirliti. Er enda um að ræða hlutabréf í félögum sem skráð voru á verðbréfamarkaði á þeim tíma sem um ræðir.

Þegar af þeim ástæðum sem að framan greinir er viðurkennd við slitameðferð varnaraðili skaðabótakrafa sóknaraðila að fjárhæð samtals 167.297.508 krónur. Geta engar af þeim röksemdum sem varnaraðili hefur teft fram í málinu og ítarlega eru raktar í kafla IV hér að framan raskað þeirri niðurstöðu.

Sóknaraðili gerir kröfu um greiðslu lögfræðikostnaðar, en færir engin rök fram fyrir þeirri kröfu sinni. Þá leggur hann engin gögn fram sem ráða má af hvers vegna krafan er þeirrar fjárhæðar sem um ræðir. Verður fallist á með varnaraðila að þegar af framangreindum ástæðum beri að hafna kröfunni.

Framangreind krafa er skaðabótakrafa og á sem slík heima í kröfuröð sem almenn krafa samkvæmt 113. gr. laga nr. 21/1991. Standa engin lagarök til að fallast á með sóknaraðila að krafan skuli teljast innstæða og þar með forgangskrafa. Breytir hér engu þó fjármunir þeir sem starfsmenn varnaraðila ráðstöfuðu hafi komið af innstæðureikningum í eigu sóknaraðila.

Sóknaraðili krefst þess að framangreindar fjárhæðir beri dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 27. ágúst 2008 til 22. apríl 2009. Varnaraðili telur kröfuna vanreifaða og því eigi að hafna henni þegar af þeirri ástæðu en til vara vísaði hann til þess að ekki ætti að dæma dráttarvexti fyrir en frá uppkvaðningu úrskurðar. Ekki er fallist á að hafna beri vaxtakröfu sóknaraðila vegna vanreifunar. Á hinn bóginn liggur að mati dómsins fyrir að varnaraðili getur í fyrsta lagi talist hafa mótttekið kröfu sóknaraðila ásamt gögnum þegar Nýi Glitnir banki hf. sendi skilanefnd varnaraðila afrit af bréfi til lögmanns sóknaraðila 16. apríl 2009 en bréfið var svar við kröfubréfi lögmanns sóknaraðila 17. febrúar 2009 sem beint var til Nýja Glitnis banka hf. Með vísan til 9. gr. laga nr. 38/2001 verður því ekki talið að skaðabótakrafa sóknaraðila geti borið dráttarvexti fyrir en frá 16. maí 2009. Slitameðferð varnaraðila hófst 22. apríl

2009 og teljast því vextir eftir þann dag til eftirstæðra krafna sem slitastjórn varnaraðila hefur ekki tekið afstöðu til. Eru kröfur sem skipað verður í skuldaröð eftir 114. gr. laga nr. 21/1991 ekki hér til meðferðar og því ekki efni til að taka afstöðu til þeirra í úrskurði þessum. Á það sama við um kröfu sóknaraðila um dráttarvexti frá 22. apríl 2009 til greiðsludags.

Sóknaraðili krefst þess að viðurkennd verði greiðsla á kröfu samkvæmt lánsamningi nr. 580-74-311990, upphaflega að fjárhæð 105.000.000 krónur dags. 11. apríl 2008, miðað við þann 17. febrúar 2009 samkvæmt yfirlýsingu um skuldajöfnuð þann dag. Eigandi umræddrar kröfu og sá sem nefnd yfirlýsing beindist að er ekki aðili að því máli sem hér er til meðferðar. Á hinn bóginn er það mat dómsins að skilja verði kröfugerð sóknaraðila á þann veg að hann krefjist viðurkenningar á því að skaðabótakrafa hans sé tæk til skuldajafnaðar, sbr. áskilnað um slíkt í 13. tl. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins frá 14. október 2008 um ráðstöfun eigna varnaraðila. Felur tilvitnað ákvæði nefndrar ákvörðunar það í sér að núverandi eigandi kröfunnar telst bundinn af niðurstöðu þess ágreinings sem hér er til úrlausnar þrátt fyrir að hann sé ekki aðili málsins. Fallist er á með sóknaraðila með vísan til þeirra röksemda sem færðar voru fram hér að framan þegar fjallað var um stofnun skaðabótakröfu sóknaraðila að hann teljist hafa eignast kröfuna áður en þrjú mánuður voru til frestdags. Þar sem önnur skilyrði sem nefnd eru í 1. mgr. 100. gr. laga nr. 21/1991 eru uppfyllt eru ekki efni til annars en að viðurkenna rétt sóknaraðila til að skuldajafna skaðabótakröfu sinni móti kröfu samkvæmt umræddum lánsamningi. Ekki eru þó efni til að fallast á að viðurkenna að krafan teljist hafa verið greidd á þeim degi sem sóknaraðili krefst.

Með hliðsjón af þessum málsúrslitum verður varnaraðili úrskurðaður til að greiða sóknaraðila málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 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 vegna embættisanna dómara.

## ÚRSKURÐARORÐ

Framangreind krafa sóknaraðila, Magnúsar Árnasonar, að fjárhæð 167.297.508 krónur er viðurkennd sem almenn krafa, samkvæmt 113. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl. við slitameðferð varnaraðila Glitnis hf.

Viðurkenndur er réttur sóknaraðila til að skuldajafna kröfunni á grundvelli 1. mgr. 100. gr. laga nr. 21/1991 á móti kröfu samkvæmt lánsamningi nr. 580-74-311990 sem upphaflega var að fjárhæð 105.000.000 krónur og stofnað var til 11. apríl 2008.

Varnaraðili greiði sóknaraðila 1.500.000 krónur í málskostnað.

Halldór Björnsson