

GREINARGERÐ

Lýðs Guðmundssonar

í sakamálinu nr. 663 / 2012:

Sérstakur saksóknari

gegn

**Lýði Guðmundssyni og
Bjarnfreði H. Ólafssyni.**

I. Málflutningsumboð:

Gestur Jónsson hrl., Mörkinni lögmannsstofu hf., Suðurlandsbraut 4, Reykjavík, flytur mál þetta sem skipaður verjandi Lýðs Guðmundssonar og leggur fram eftirfarandi skjöl:

- | | | |
|-----|----|---|
| Nr. | 6 | Greinargerð þessa. |
| Nr. | 7 | Fundargerð stjórnar Exista hf. frá 27. nóvember 2008. |
| Nr. | 8 | Kauphallartilkynning, dags. 8. desember 2008, kl. 15:26. |
| Nr. | 9 | Kauphallartilkynning, dags. 8. desember 2008, kl. 15:43. |
| Nr. | 10 | Samantekt fréttu og kauphallartilkynninga um verð hlutafjárhækkunarinnar. |
| Nr. | 11 | Samþykkis- og framsalseyðublað Nýja Kaupþings banka hf. til BBR ehf. |

II. Dómkröfur:

Ákærði krefst þess aðallega að verða sýknaður.

Ákærði krefst þess til vara að honum verði ekki gerð refsing í málinu jafnvel þótt hann verði ekki sýknaður af báðum ákæru-liðum.

Ákærði krefst þess til þrautavara, verði honum gerð refsing, að öll refsingin verði skilorðsbundin.

Þá krefst ákærði þess í öllum tilvikum að allur sakarkostnaður, þ. á m. málsvarnarlaun verjanda, verði lagður á ríkissjóð.

III. Um ákæruna.

Ákæran er í tveimur liðum. Í fyrri liðnum er Lýður einn ákærður en í þeim seinni er hann ákærður ásamt Bjarnfreði Ólafssyni hdl.

Í fyrri liðnum er ákærða gefið að sök að hafa „...sem stjórnarmaður einkahlutafélagsins BBR ... brotið vísitandi gegn ákvæðum laganna um greiðslu hlutafjár með því að greiða hlutafélaginu Exista ... minna en nafnverð fyrir 50 milljarða nýrra hluta í Exista hf., að nafnverði 50 milljarðar króna, sem BBR ehf. keypti ... og greiddi fyrir með 1 milljarði hluta í einkahlutafélaginu Kvakki...“

Í síðari liðnum er ákærða gefið að sök „...að skýra vísitandi rangt og villandi frá hækkun á hlutafé Exista hf. með því að ákærði Bjarnfreður sendi hinn 8. desember 2008, að undirlagi ákærða Lýðs, tilkynningu til hlutafélagaskrár...“.

Í báðum tilvikum telur ákærandinn að háttsemi ákærða varði við ákvæði hlutafélagalaga nr. 2/1995, í fyrri tilvikinu hafi verið brotið gegn 16. gr., sbr. 2. tl. 1. mgr. 153. gr. laganna, en í síðara tilvikinu gegn 1. tl. 1. mgr. 153. gr. laganna.

Athygli vekur að ákærunni er annars vegar beint að ákærða Lýði sem forsvarsmanni félagsins BBR ehf. sem kaupanda hluta í Exista hf. og hins vegar að ákærðu Bjarnfreði og Lýði sem þeim sem taldir eru bera ábyrgð á því að hafa tilkynnt stjórnvöldum um hækkun hlutafjár í Exista hf., sem ákærandinn telur sýnilega að ekki hafi verið staðið rétt að samkvæmt reglum hlutafélagalaga. **Ákærunni er hins vegar ekki beint að þeim sem tóku ákvörðunina um hækkun og útgáfu nýs hlutafjár í Exista hf.** Augljóst er þó að athafnirnar sem ákært er fyrir geta ekki verið refsiverðir hafi ákvörðunin um hækkun hlutafjárins á stjórnarfundum Exista hf. 4. desember 2008 verið lögleg. Hækkun hlutafjárins var ákveðin með samhljóða atkvæðum á stjórnarfundinum og jafnframt samþykkti stjórnin umboð til handa forstjórum félagsins, Erlendi Hjaltasyni og Sigurði Valtýssyni, til þess að hefja viðræður við BBR ehf. um kaup á 1.000.000.000 hluta í Kvakki ehf. sem greitt skyldi fyrir með hlutafjárauðningunni, sbr. fundargerð stjórnarinnar á bls. 261-263. Í viðskiptunum við BBR ehf. þann 8. desember 2008, þar sem Exista hf. keypti einn milljarð hluta í Kvakki ehf. sem greitt var fyrir með fimmtíu milljörðum hluta í Exista hf., komu forstjórar Exista hf. fram fyrir hönd þess félags á grundvelli framangreinds umboðs stjórnarinnar en ákærði kom fram fyrir hönd BBR ehf. sem forsvarsmaður þess félags, sbr. kaupsamning á bls. 264-266.

Með lögum nr. 2/1995 eru festar reglur sem binda þá sem stjórna eða koma fram fyrir hönd hlutafélags. Háttsemi stjórnanda hlutafélags, andstæð lagareglunum, getur varðað hann refsingu samkvæmt ákvæðum laganna. Refsiákvæði laganna taka hins vegar ekki til athafna viðsemjanda hlutafélags nema þá að því leyti sem slík háttsemi kynni að teljast hlutdeild í athöfn þess sem fram kemur fyrir hlutafélagið. Þessi niðurstaða kemur skýrt fram í dómi Hæstaréttar frá 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007 þar sem segir:

Í fjölmörgum ákvæðum laga nr. 2/1995 er mælt fyrir um heimildir og skyldur hlutafélaga og bann við gerðum þeirra án þess að tekið sé sérstaklega fram að reglurnar varði menn í tiltekinni stöðu hjá félagi. Þetta á meðal annars við um ýmis önnur ákvæði en 104. gr. laganna, sem vísað er til í 2. tölulið 153. gr. þeirra. Augljóst er að þau ákvæði laganna fela í sér fyrirmæli um heimild eða skyldu þeirra manna, sem eru bærir til að ráðstafa hagsmunum hlutafélags, til nánar tiltekinna aðgerða og bann við því að þeir grípi til annarra tilgreindra aðgerða, enda gerir hlutafélag ekkert slíkt án atbeina einhvers manns. Getur að þessu virtu enginn skynsamlegur vafi leikið á um að ákvæði 1. og 2. mgr. 104. gr. laga nr. 2/1995 hafi að geyma reglur um bann við þargreindri háttsemi starfsmanns hlutafélags að viðlagðri refsingu á hendur honum samkvæmt 2. tölulið 153. gr. laganna. [áhersla undirritaðs]

Þann verknað sem Lýður er ákærður fyrir í fyrri tölulið ákærunnar vann hann ekki f.h. Exista hf. heldur sem forsvarsmaður BBR ehf. eins og réttilega er lýst í ákærunni. Af hálfu Exista hf. komu forstjórar félagsins fram samkvæmt sérstakri samþykkt og umboði stjórnar félagsins. Hafi eitthvað verið aðhafst sem var refsivert vegna ákvæða hlutafélagalaganna við sölu hlutafjárins í Exista hf. bera þeir sem fram komu fyrir Exista hf. ábyrgð á þeim verknaði en ekki sá sem fram kom f.h. viðsemjandans. Þegar af þessari ástæðu er útilokað að ákærði hafi unnið til refsingar með þeirri háttsemi sem lýst er í fyrri ákæruliðnum.

Í seinni ákæruliðnum er ákært vegna tilkynningar sem undirrituð var og send af meðákærða Bjarnfreði til hlutafélagaskrár þar sem lýst var framangreindri ákvörðun stjórnar Exista hf. sem stjórnin fól lögmannsstofu meðákærða að tilkynna um (bls. 263). Erfitt er að sjá annað en að efni tilkynningarinnar endurspegli með réttum hætti að öllu leyti þá ákvörðun sem tekin hafði verið og tilkynningin hafi því einfaldlega verið rétt. Þáttur ákærða Lýðs er samkvæmt ákærunni sá að tilkynningin hafi verið send að „undirlagi“ hans. Hvorki í ákærunni né annars staðar í gögnum málsins er því lýst hvað átt er við með þessu undirlagi. Ákærði hafði engin afskipti af efni tilkynningarinnar. Hann ræddi aldrei við meðákærða um tilkynninguna og vissi ekki um efni hennar fyrr en löngu eftir að hún hafði borist hlutafélagaskrá. Þegar af þessari ástæðu er útilokað að ákærði hafi unnið til refsingar með einhverju óskilgreindu undirlagi svo vísað sé til háttseminnar sem ákært er fyrir.

Hér á eftir verður nánar lýst málsatvikum og afstöðu til ákærunnar eins og hún horfir við ákærða Lýði.

IV. Málsatvik.

1. Inngangur.

Efnahagshrunið 2008 hafði gríðarleg áhrif á stöðu Exista hf. Félagið var m.a. stærsti hluthafi Kaupþings banka hf. við fall bankans í október 2008. Í kjölfar falls Kaupþings hrikti í stöðum Exista hf. og ljóst var að ekki yrði einfalt mál að komast hjá gjaldþroti félagsins. Af þeim sökum var boðað til hluthafafundar í Exista hf. 30. október 2008. Ákærði var þá formaður stjórnar félagsins og á hluthafafundinum mælti hann fyrir tillögum sem miðuðu að því að auka svigrúm stjórnenda Exista hf. til þess að geta brugðist hratt við á óvissutímum. Á hluthafafundinum var einróma samþykkt heimild til stjórnar til hækkunar á hlutafé félagsins

og viðtæk heimild til stjórnar til sölu á eignum félagsins. Ákvarðanirnar sem teknar voru á hluthafafundinum miðuðust við að færa stjórnendum félagsins þau vopn sem tiltæk væru í baráttunni fyrir því að félagið mætti lifa. Vísast um þetta til ræðu ákærða á hluthafafundinum (bls. 151 - 157) og samþykktu fundarins (bls. 286 - 287).

Ákvörðun stjórnar Exista hf., sem tekin var á fundi 4. desember 2008, um aukningu hlutafjár félagsins um 50 milljarða króna og ráðstöfun hlutafjárins, var tekin á grundvelli heimildarinnar sem hluthafafundurinn 30. október 2008 hafði veitt. Eins og fram kemur í gerð fundarins á bls. 261-263 véku ákærði Lýður og bróðir hans Ágúst Guðmundsson sæti á fundinum þegar fjallað var um hlutafjárukninguna þar sem þeir töldu sig vanhæfa til þess að taka þátt í umræðum og ákvörðun um ráðstöfun hlutafjárins til félagsins BBR ehf. þar sem bræðurnir áttu hagsmuna að gæta.

Ákærði tók því ekki þátt í ákvörðun stjórnar Exista hf. um hækkun hlutafjár í félaginu um 50.000.000.000 hluti (bls. 262). Hann tók heldur ekki þátt í að veita forstjórum félagsins umboð til samninga við BBR ehf. Ákærði veitti hvorki lögmannsstofunni Logos, sem starfaði fyrir Exista hf. né endurskoðendum félagsins, Deloitte, heimildir til að ljúka skjalagerð eða senda tilkynningar til stjórnvalda. Ákærði tók ekki þátt í umræðum stjórnarinnar um málið og tók ekki þátt í ákvörðun um framangreind málefni.

2. Aðdragandi hlutafjárhækkunarinnar.

Sigurður Valtýsson, annar forstjóri Exista hf., bar í skýrslutöku hjá lögreglu 26. janúar 2010 að hann hafi átt hugmyndina að viðskiptunum sem hér um ræðir, þ.e. því að skipta á hlutum í Kvakki ehf. og Exista hf. Í því efni hafi hann stuðst við eldri fordæmi þar sem skipt var á hlutabréfum milli félaga (bls. 1059). Yfirlögfræðingur Exista hf., Ásmundur Tryggvason hdl., lýsti hjá lögreglu 16. febrúar 2010 að litið hafi verið til fordæma hjá öðrum hlutafélögum þar sem skipt var á hlutabréfum (bls. 740).

Á hluthafafundi Exista hf. 30. október 2008 var eftirfarandi tillaga um breytingu á 2. mgr. 4. gr. samþykktu Exista hf. um heimild stjórnar til hækkunar á hlutafé samþykkt (bls. 286):

Stjórn félagsins er heimilt að auka hlutafé þess um allt að 50.000.000.000 króna að nafnverði eða jafngildi þeirrar fjárhæðar í evrum, með áskrift allt að 50.000.000.000 nýrra hluta. Hluthafar falla frá forgangsrétti sínum skv. 34. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög og samkvæmt samþykktum þessum. Stjórn félagsins er þó heimilt að veita einstökum hluthöfum á hverjum tíma heimild til að skrá sig fyrir nýjum hlutum að hluta eða öllu leyti. Engar hömlur eru á viðskiptum með hina nýju hluti. Nýir hlutir skulu vera í sama flokki og með sömu réttindi og aðrir hlutir í félaginu. Þeir skulu veita réttindi í félaginu frá skrásetningardegi hlutafjárhækkunarinnar. Stjórn félagsins er falið að ákveða nánari útfærslu á hækkun þessari m.t.t. verðs og greiðsluskilmála. Stjórn félagsins er heimilt að ákveða að áskrifendur greiði fyrir hina nýju hluti að hluta eða öllu leyti með öðru en reiðufé. Heimild þessi gildir til 30. október 2013 að svo miklu leyti sem hún hefur ekki verið nýtt fyrir það tímamark.

Samþykktin var gerð á grundvelli heimildar í 41. gr. laga nr. 2/1995, sbr. 1. mgr. 33. gr. laganna.

Gögn málsins sýna að stjórn Exista hf. ræddi hlutafjárhækkunina á stjórnarfundum 27. nóvember 2008 (dskj. 7). Hinn 3. desember 2008 var fyrirhugaður stjórnarfundur í Exista hf. þar sem taka átti afstöðu til hækkunar á hlutafé félagsins. Fundurinn frestaðist til hádegis næsta dags. Í aðdraganda fundarins áttu sér stað samskipti milli starfsmanna Exista hf. og sérfræðinga frá Deloitte annars vegar og Logos hins vegar um hlutafjárhækkunina. Helsti tengiliður stjórnar Exista hf. við Deloitte í samskiptunum var Hildur Árnadóttir, sem jafnframt var stjórnarmaður í Exista hf. Ákærði tók ekki þátt í þessum samskiptum að öðru leyti en því að hann átti stutt símtal við Hilmar Alfreðsson, endurskoðanda, þar sem Hilmar upplýsti ákærða um að Deloitte myndi gefa út sérfræðiskýrslu í tengslum við hlutafjárhækkunina.

3. Ákvörðun stjórnar Exista hf. 4. desember 2008 um hækkun hlutafjár félagsins og sölu þeirra hluta til BBR ehf.

Ákvörðunin um hlutafjárhækkunina var tekin á stjórnarfundum Exista hf. 4. desember 2008 (bls. 262). Í upphafi fundarins voru þar stjórnarmennirnir Ágúst Guðmundsson, Bogi Pálsson, Guðmundur Hauksson, Hildur Árnadóttir, Lýður Guðmundsson, Robert Tchenguiz og Sigurjón R. Rafnsson. Einnig voru á fundinum forstjórarnir félagsins, Erlendur Hjaltason og Sigurður Valtýsson, Sveinn Þór Stefánsson, fjármálastjóri og Ásmundur Tryggvason, yfirlögfræðingur. Bræðurnir Lýður og Ágúst Guðmundssynir viku af fundinum meðan fjallað var um tillögu um hlutafjárhækkun og tengd atriði. Athygli vekur að við rannsókn málsins hjá embætti sérstaks saksóknara hafa verið teknar skýrslur af öllum sem viðstaddir voru að Robert Tchenguiz undanskildum. Engin tilraun virðist hafa verið gerð til að taka skýrslu af honum.

Í fundargerð er bókað (bls. 262) að framkvæmdastjórn félagsins, sem stýrði samningaviðræðum við kröfuhafa félagsins, hafi upplýst að nauðsynlegt væri að afla nýs hlutafjár til að mæta vaxtagreiðslu af sambankaláni, sem var á gjalddaga daginn eftir, 5. desember 2008.

Ákvörðun stjórnar var bókuð með eftirfarandi hætti í fundargerð (bls. 262):

Eftir vandlega íhugun ályktaði stjórnin að það þjónaði hagsmunum félagsins best, miðað við aðstæður, að ganga til viðræðna við BBR ehf., kt 591108-0850, Ármúla 3, Reykjavík, Íslandi („Seljandi“) í tengslum við kaup á 1.000.000.000 hlutum („Hlutirnir“) í Kvakkur ehf., einkahlutafélag, starfandi á Íslandi með aðsetur að Ármúla 3, 108 Reykjavík, Íslandi, kt. 591108-0690 („Kvakkur“) og í kjölfar þess að auka hlutafé félagsins í ISK 50.000.000.000 með tilliti til hlutanna.

[...]

Stjórnin ályktaði enn fremur að fela og heimila framkvæmdastjórn félagsins, Erlendi Hjaltasyni og Sigurði Valtýssyni, einn fyrir alla og allir fyrir einn, að hefja viðræður við seljanda og fullnusta áskriftarlistann (staðfestingarblað) og að undirrita fyrir hönd félagsins öll nauðsynleg skjöl í tengslum við hlutafjárauðninguna og kaup á hlutum innan gildissviðs ofangreindrar ályktunar.

Stjórn Exista hf. stóð einhuga að ákvörðuninni. Í fundargerð er einnig bókað að stjórn hafi reitt sig á ráðgjöf frá Deloitte um hlutafjárhækkunina.

4. Sérfræðiskýrsla Hilmars Alferðsonar, löggilts endurskoðanda.

Í tengslum við hlutafjárhækkunina fól stjórn Exista hf. endurskoðunarfyrirtækinu Deloitte að útbúa sérfræðiskýrslu. Yfirskrift skýrslunnar er „*Skýrsla endurskoðanda vegna hlutafjárhækkunar Exista hf.*“ Í inngangi skýrslunnar segir (bls. 50):

Á stjórnarfundi félagsins Exista hf., kt. 610601-2350, dags. 4. desember 2008, hefur verið ákveðið að hækka hlutafé félagsins í samræmi við heimild stjórnar í 2. mgr. 4. gr. samþykktu félagsins ásamt því að boða til hluthafafundar þar sem lögð er til lækkun hlutafjár félagsins.

Einnig segir í sérfræðiskýrslunni:

Ákveðið hefur verið að hlutafé félagsins hækki að nafnverði um kr. 50.000.000.000 og með því verði heildarhlutafé félagsins kr. 64.174.767.632.

Í sérfræðiskýrslunni er ítarlega rakið hvernig umrædd viðskipti fari fram. Þannig segir:

Sem endurgjald fyrir hinn 77,0% hlut í Exista í samræmi við það sem að framan greinir leggur félagið BBR ehf., kt. 591108-0850, til allt hlutafé í félaginu Kvakkur ehf., kt. 591108-0690, alls að nafnvirði kr. 1.000.000.000.

Í fyrirspurnarbréfi Skúla Jónssonar, forstöðumanns fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra, sem sent var Deloitte (bls. 56) og Logos (bls. 53) segir jafnframt:

Þetta verður vart lesið öðruvísi en svo að 50 milljarða króna hækkan hlutafjár sé greidd með 1 milljarði króna, eða m.ö.o. fyrir hvern nýjan hlut að nafnvirði 1. kr. séu greiddir 2 aurar.

Samkvæmt framansögðu var í engu reynt að dylja hvernig hlutafjárhækkuninni var háttað. Vegna framburðar starfsmanna Deloitte hjá lögreglu og staðhæfinga í bréfi Deloitte til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra, dags. 5. júní 2009 (bls. 57) skal áréttað að ekkert í gögnum málsins bendir til annars en að sérfræðiskýrslan hafi verið ætluð til notkunar gagnvart fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra. Skýrslan hefur allt yfirbragð slíkrar sérfræðiskýrslu. Þannig eru millifyrirsagnir í sérfræðiskýrslunni teknar úr 6. gr. laga nr. 2/1995. Í tölvupósti frá Hilmarí Alfreðssyni til Jóns Arnars Guðmundssonar, Hildar Árnadóttur og meðákærða frá 8. desember 2008 sagði einnig: „*Meðfylgjandi er sérfræðiskýrslan undirrituð.*“ (bls. 458). Þá eru framburðir starfsmanna Exista hf. og Logos sem þekktu til atvika allir á einn veg, þ.e. að sérfræðiskýrslan frá Deloitte hafi verið ætluð sem fylgiskjal til hlutafélagaskrár hjá ríkisskattstjóra vegna hlutafjárhækkunar í Exista. Vandséð er til hvers skýrslan gæti verið ætluð ef tilgangurinn var ekki að meta verðmæti endurgjalds vegna kaupa á hlutum vegna tilkynningar til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra.

Ákærði tók engan þátt í gerð sérfræðiskýrslunnar og hafði aldrei séð hana þegar hún var lögð fram hjá fyrirtækjaskrá. Sérfræðiskýrslan var unnin að beiðni og fyrir stjórn Exista hf. en hvorki fyrir ákærða né einkahlutafélagið BBR. Enda er það hlutverk stjórnar hlutafélagsins samkvæmt lögum nr. 2/1995 að afla skýrslu endurskoðanda um verðmæti greiðslu skv. 5.-8. gr. laganna, þegar ekki er greitt með peningum.

5. Tilkygning Exista hf. til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra 8. desember 2008.

Hlutfjárhækkun Exista hf. var tilkynnt og skráð hjá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra 8. desember 2008 í samræmi við ákvörðun stjórnar félagsins frá 4. desember 2008. Meðákærði Bjarnfreður undirritaði tilkygninguna samkvæmt umboði sem hann fékk frá stjórn Exista hf. og bókað er um í fundargerð stjórnar félagsins 4. desember 2008. Nánar verður fjallað um tilkygninguna síðar í umfjöllun um ákærulið II.

Í kjölfar skráningar fyrirtækjaskrár sendi Exista hf. tilkygningu til kauphallar sem birt var 8. desember kl. 15:26. Í tilkygningunni segir (dskj. 8):

Í samræmi við samþykkt hluthafafundar Exista 30. október síðastliðnum [svo] hefur stjórn Exista ákveðið að auka hlutafé í félaginu um 50 milljarða hluta, eins og fram kom í tilkygningu til Kauphallar frá 4. desember, í skiptum fyrir 1 milljarða hluta í Kvakki ehf. Hlutafé eftir hækkun nemur 64.174.767.632 hluta.

Þessi viðskipti fela í sér að fyrri eigendur Kvakks ehf., Ágúst Guðmundsson og Lýður Guðmundsson, leggja Exista til 1,0 milljarð króna í reiðufé.

Klukkan 15:43 sama dag birtist ný tilkygning í kauphöllinni um viðskiptin þar sem fram komu sömu upplýsingar um greiðslu kaupverðsins og í tilkygningunni sem birtist kl. 15:26 (dskj. 9). Klukkan 16:57 þennan sama dag birtist ítarlegri tilkygning í kauphöllinni þar sem upplýsingar um verð hlutanna voru birtar með eftirfarandi hætti (bls. 288):

*Verð pr. Hlut:
0,02*sjá athugasemd*

Réttar upplýsingar um framkvæmd hlutfjárhækkunarinnar komu fram með skýrum hætti í sérfræðiskýrslu Deloitte sem fylgdi tilkygningu Exista hf. til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra. Þar að auki sést í gögnum málsins að víða kom opinberlega fram að að greiðslan sem kom inn í Exista hf. fyrir hlutfjárhækkunina nam 2 aurum fyrir hvern krónu hlut í Exista hf. Ákærði hefur tekið saman hefti sem er á dóm skjali 10 sem hefur að geyma samantekt opinberra tilkygninga og fréttu um verð hinna nýju hluta.

Hlutfjárhækkunin var skráð án athugasemda hjá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra og öðlaðist gildi frá skráningardegi, sbr. 3. mgr. 36. gr. laga nr. 2/1995. Samkvæmt 150. gr. laga nr. 2/1995 hvílir rannsóknarskylda á fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra. Skal fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra gæta þess að tilkygningar séu í samræmi við lög og samþykktir og að ákvarðanir hlutafélags sem liggja til grundvallar tilkygningu, séu í samræmi við sömu heimildir, sjá til hliðsjónar dóm Hæstaréttar frá 9. desember 2010, í máli nr. 494/2010.

6. Eftirmál hlutafjárhækkunarinnar.

Í kjölfar hlutafjárukningarinnar varð BBR ehf. eigandi 77,9% hlutafjár í Exista hf. og varð við það yfirtökuskylt í samræmi við ákvæði X. kafla laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007. BBR ehf. gerði öðrum hluthöfum Exista hf. yfirtökutilboð 3. apríl 2009 sem stóð til 8. maí 2009.

Í tilboðsyfirliti kom fram að tilboðsverð, 2 aurar á hlut, hafi verið unnið í samráði við Fjármálaeftirlitið á grundvelli óháðs verðmats frá PriceWaterhouseCoopers hf. Þess var einnig getið að verðið samsvaraði því verði sem BBR ehf. hefði greitt fyrir hina nýju hluti í Exista hf. 8. desember 2008 (bls. 332). Af hálfu Fjármálaeftirlitsins voru engar athugasemdir gerðar við verðið sem kaupun voru gerð á 8. desember 2008. Meðal þeirra aðila sem tóku yfirtökutilboði BBR ehf. var kærandi málsins, Nýi Kaupþing banki, sem fékk greiddar 134.683.376 kr. (dskj. 11) fyrir hluti sem forsvarsmenn bankans sögðu hafa verið verðlausa (bls. 716 og 815).

Frá því að hlutafjárhækkunin var skráð 8. desember 2008 og allt til 2. júní 2009 heyrðist ekkert frá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra vegna hlutafjárhækkunarinnar. Engu breytti þótt Nýja Kaupþing banki hf. hafi ítrekað haft samband við fyrirtækjaskrá og haft uppi ásakanir um ólögmæti hlutafjárhækkunarinnar. Hið sama átti við um Kauphöll Íslands en Nýja Kaupþing banki hf. mun einnig hafa haft samband við kauphöllina og haft uppi sömu ásakanir. Í framburði starfsmanna Nýja Kaupþings banka hjá lögreglu kemur fram að þeir hafi ítrekað haft samband við fyrirtækjaskrá og krafist aðgerða. Kvartanirnar hafi ekki skilað árangri því starfsmenn fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra hafi talið hlutafjárhækkunina löglega (bls. 811).

Í kjölfar þess að BBR ehf. varð yfirtökuskylt varð félagið fyrir viðbótarútgjöldum upp á 168 milljónir króna. Þau útgjöld hefðu ekki komið til hefði fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra hafnað skráningu hlutafjárhækkunarinnar.

7. Rannsókn lögreglu.

Rannsókn lögreglu í þessu máli var gerð út frá forsendu um að ákvörðun stjórnar Exista hf. 4. desember 2008 um að hækka hlutafé félagsins um 50 milljarða króna og ráðstafa þeim hlutum þannig að í stað þeirra kæmu verðmæti inn í Exista hf. sem metin voru á einn milljarð króna, hafi verið ólögmæt. Öll rannsókn málsins miðaðist við að hlutafélagalög kynnu að hafa verið brotin þegar stjórn Exista hf. tók ákvörðun um hlutafjárhækkun án þess að tryggja að fyrir nýja hluti fengist að lágmarki greiðsla sem næmi nafnverði nýja hlutafjárins. Þá hafi umboð stjórnarinnar til forstjóra félagsins þar sem þeim var heimilað að skipta á aukningarhlutunum og jafnvirði þeirra, einum milljarði hluta í félaginu Kvakki ehf., verið brot á sömu lögum.

Ákærandinn hefur sýnilega komist að niðurstöðu um að hvorki ákvörðun stjórnarinnar um hlutafjárhækkunina hafi verið refsiverð né heldur sala forstjóranna á hlutafénu með samningi við BBR ehf. þann 8. desember 2008. Hvorki stjórn félagsins sem ákvörðunina tók né forstjórnir sæta ákæru. Ákæra er hins vegar gefin út á hendur forsvarsmanni kaupanda sem innti af hendi það verð sem stjórnin áskildi í samþykkt sinni og á hendur sjálfstætt starfandi

lögmanni sem tilkynnti að fyrirmælum og samkvæmt umboði stjórnar Exista hf. til viðeigandi stjórnvalds þá ákvörðun sem stjórnin tók.

Ekki nóg með þetta. Við rannsókn lögreglu var ákærða Lýði veitt réttarstaða sakbornings vegna gruns um að hann hefði brotið ákvæði laga við hlutafjárhækkun Exista hf. Stjórnarmönnum félagsins, sem ákvörðunina tóku, var hins vegar ekki veitt slík staða öðrum en Hildi Árnadóttur og Ágústi, bróður ákærða.

Þá gagnrýnir ákærði harðlega hvernig lögregla reyndi að villa um fyrir vitnum málsins við rannsókn lögreglu. Hinn 26. janúar 2010 var gerð húsleit í höfuðstöðvum Exista hf. og á 10 öðrum stöðum. Meðal haldlagðra gagna voru skjöl sem staðfestu vaxtagreiðslu félagsins af sambankaláni sem var á gjalddaga 5. desember 2008 (bls. 388 – 389). Þrátt fyrir að lögregla hafi haft umrætt skjal undir höndum í tvö ár og þrjá mánuði voru fyrrverandi stjórnarmenn Exista hf. í yfirheyrslum upplýstir um að engin gögn hafi fundist um afborgun félagsins á sambankaláninu í kjölfar stjórnarfundar 4. desember 2009. Vitnin voru í framhaldinu spurð hvort þessi niðurstaða rannsóknar embættisins kæmi þeim á óvart og hvort þeir teldu sig hafa verið „blekkt“ í málinu (bls. 871 og 893). Allt tal um blekkingar er tilhæfulaust. Einu blekkingarnar fólust í spurningunum sem beint var til vitna við rannsókn málsins.

Sérstaklega var mikilvægt að vitnum málsins væru kynnt gögn málsins með réttum hætti þar sem í fundargerð stjórnar Exista hf. frá 4. desember 2008 kom fram að markmið hækkunarinnar hafi verið að styðja við eignfjárgrunn félagsins og auka haldbært fé og styrkja stöðu félagsins í viðræðum við kröfuhafa félagsins. Gjaldldagi vaxtagreiðslu af sambankaláni Exista hf. var daginn eftir.

Þá var því ranglega haldið að vitnum að Kvakkur ehf. hafi aldrei orðið hluti af samstæðu Exista hf. (bls. 806, 855, 864, 871 og 883). Hinn 8. desember 2008 fékk Exista forræði á félaginu og varð Kvakkur ehf. þennan sama dag hluti af samstæðu Exista hf. sem eitt dótturfélag þess með einn milljarð króna í reiðufé. Varð Kvakkur ehf. þar með hluti af efnahagsreikningi Exista hf.

Með vísan til framangreinds gerir ákærði alvarlegar athugasemdir við rannsóknaraðferðir lögreglu í málinu og telur þær ekki í samræmi við grundvallarreglur sakamálalaga. Þannig virðist ítrekað brotið gegn hlutlægnis- og meðalhófsreglum 2. og 3. mgr. 53. gr. laga nr. 88/2008. Þá verður ekki annað séð en að framsetning spurninga við skýrslutöku brjóti í bága við 3. mgr. 63. gr. laganna. Að mati ákærða endurspeglar rannsóknaraðgerðir lögreglu það hversu langt embætti sérstaks saksóknara gekk í því skyni að ná fram vitnisburði sem nota mætti sem grundvöll ákæru á hendur honum.

8. Tilefnislausar þvingunarráðstafanir og óhæfilega langur málsmeðferðartími.

Af hálfu sérstaks saksóknara var við rannsókn málsins gripið til tilefnislausra þvingunarráðstafana gegn ákærða. Þannig var að tilefnislausu gerð húsleit á heimilum ákærða hér á landi og í Bretlandi. Einnig var gerð húsleit í sumarbústað ákærða. Engin gögn sem haldlögð voru á þessum stöðum voru gerð að gögnum málsins. Þá stóð yfir hlustun á síma

ákærða frá 22. janúar til 12. febrúar 2010. Í beiðni sérstaks saksóknara til héraðsdóms þar sem krafist var heimildar til hlustunar var því haldið fram að hlustun gæti „*skilað mikilvægum upplýsingum sem áhrif geta haft á framhald rannsókna*“ (bls. 619). Engin símagögn voru hins vegar gerð að gögnum málsins (bls. 631).

Þrátt fyrir lagaskyldu um að upplýsa skuli um hleranir „*svo fljótt sem verða má*“ sbr. 2. mgr. 85. gr. laga nr. 88/2008, var ákærði upplýstur um hleranirnar tveimur árum eftir að þeim lauk. Þá var gögnum sem aflað var á grundvelli hlerananna eytt (bls. 631), þrátt fyrir beiðni ákærða þess efnis að slíkt yrði ekki gert án hans samþykkis (bls. 630). Með eyðingu símagagna var ákærði sviptur rétti sínum til að staðreyna hvort upplýsingar sem lögregla aflaði á grundvelli hlerananna kynni að staðfesta sakleysi hans í málinu.

Loks gagnrýnir ákærði alvarlega þann drátt sem var á rannsókn málsins. Skýrslur voru teknar af sakborningum og vitnum málsins í janúar og febrúar 2010. Í kjölfarið tók við rúmlega tveggja ára hlé á rannsókn málsins. Þegar ákæra var gefin út hafði málið verið til rannsókna hjá sérstökum saksóknara í um 33 mánuði. Þessi langi málsmeðferðartími er óhæfilegur þegar horft er til einfaldleika málsins, sbr. 1. mgr. 70. gr. Stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

V. Ákæruliður I.

1. Meint brot fyrnd að lögum.

Samkvæmt upphafsorðum 153. gr. laga nr. 2/1995 varða brot gegn reglum um greiðslu hlutafjár, sem ákærði er borinn sökum um í ákærulið I, sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Þeir sem ákváðu hlutafjárhækkuninni af hálfu Exista hf. virðast hafa talið hana hafa farið fram lögum samkvæmt og á eðlilegum kjörum miðað við stöðu Exista hf. á þeim tíma. Fyrir lá að verðmæti eigna félagsins hafði hrapað og skuldir félagsins vaxið mælt í krónum.

Í skýrslutöku hjá lögreglu báru forsvarsmenn Nýja Kaupþings banka að Exista hf. hafi í raun verið gjaldþrota og hlutaféð verðlaust. Út frá hagsmunum bankans hafi því verið rétt að taka yfirtökutilboði BBR enda hafi verið boðið yfirverð fyrir verðlaus hlutabréf (bls. 716 og 815).

Engin einkaréttarleg krafa hefur verið gerð í málinu á hendur ákærða. Verður við það að miða að ekkert tjón hafi hlotist af þeim ráðstöfunum, sem hér um ræðir, fyrir aðra en eigendur BBR ehf. Að því virtu verður að leggja til grundvallar að refsing, sem unnið væri til með ætluðu broti, yrði ákærði sakfelldur, færi ekki fram úr sektum. Þegar svo stendur á fynnist sök á tveimur árum, sbr. 1. tölulið 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga.

Fyrningarfrestur rofnar við rannsókn sakamáls þegar sakir eru beinlínis bornar á viðkomandi um að hafa framið refsiverða háttsemi, sbr. IV. kafla dóms Hæstaréttar frá 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007. Ákærði var fyrst yfirheyrður af lögreglu 26. janúar 2010. Í mætingaskýrslu lögreglu er sakarefni málsins kynnt ákærða með eftirfarandi hætti (bls. 901):

Lýði er kynnt tilefni yfirheyrslunnar, sbr. 1. mgr. 28. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 (eftirleiðis sml.), þ.e að hann sé grunaður um að hafa, ásamt öðrum, gerst

brotlegur við ákvæði laga nr. 2/1995 um hlutafélög, einkum 153. og 154. gr., auk rangfærslu skjala sbr. 158. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og brota á ákvæðum XXVI. kafla sömu laga, er fjallar um auðgunarbrot, einkum fjársvik, sbr. 248. gr., með því að hafa þann 8. desember 2008 hlutast til um að tilkynnt var um hlutafjáraukningu í Exista hf. að verðmæti fimmtíu milljarða króna (50.000.000.000.), án þess að hlutafé hafi verið að fullu greitt. [áhersla undirritaðs]

Er ákærði mætti á ný til skýrslutöku hjá lögreglu 19. júní 2012 var sakarefni málsins kynnt ákærða með öðrum hætti (bls. 925):

*Lýður Guðmundsson er mættur til skýrslutöku samkvæmt boðun. Honum er kynnt tilefni yfirheyrslunnar, sbr. 1. mgr. 28. gr. sml., sem er rannsókn sérstaks saksóknara á hækkun hlutafjár í félaginu Exista hf. í desember 2008. **Beinist athuginin að því hvort brotið hafi verið gegn 16. gr., sbr. 2. tl. 1. mgr. 153. gr. laga um hlutafélög nr. 2/1995 með hækkuninni, en það ákvæði mælir fyrir um að greiðsla hlutar megi ekki nema minna en nafnverði hans.** Þá er tilkynning sem send var fyrirtækjaskrá Ríkisskattstjóra til skoðunar. Kunna hin ætluðu refsiverðu brot að varða við 158. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, auðgunarbrotakafla sömu laga, einkum fjársvik, og lög um hlutafélög nr. 2/1995, einkum 153. og 154. gr. laganna. [áhersla undirritaðs]*

Samkvæmt framansögðu voru sakir fyrst bornar á ákærða um að hafa gerst sekur um refsivert brot gegn 16. gr. laga nr. 2/1995, sem stjórnarmaður BBR ehf., með því að greiða of lágt verð fyrir hluti í Exista hf. í skýrslutöku hjá lögreglu 19. júní 2012. Samkvæmt 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga, sbr. og 2. málslíð 5. mgr. sömu lagagreinar, verður að miða við að fyrningarfrestur sakar vegna þessa ætlaða brots hafi ekki verið rofinn fyrr en 19. júní 2012, en þá voru liðin meira en tvö ár frá hlutafjárhækkuninni. Ætluð brot eru því fyrnd.

2. Ákvæði 16. gr. hlutafélagalaga – ófullnægjandi verknaðarlýsing.

Ákvæði 16. gr. laga nr. 2/1995 hljóðar svo:

Greiðsla hlutar má ekki nema minna en nafnverði hans.

Á því er byggt af hálfu ákærða að efnisinntak 16. gr. laga nr. 2/1995 sé svo óskýrt um refsíabyrgð, að ekki verður á því byggt. Ákvæði 16. gr. getur hvorki að efni né formi talist fullgild verknaðarlýsing og er því ekki viðhlítandi refsheimild að lögum ásamt tilvísunarreglunni í 2. tl. 153. gr.

Í 1. mgr. 69. gr. Stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, segir að engum verði gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi, sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað, eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Þetta ákvæði hefur í framkvæmd verið talið gera ákveðnar kröfur til skýrleika refsheimilda, meðal annars með hliðsjón af túlkun á 6. og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Almennt þykir mikilsvert í nútímarefsilöggjöf, að sérhver einstaklingur eigi þess kost að kynna sér boð og bönn frá löggjafa og stjórnvöldum, sem geta varðað refsiviðurlögum, svo

hann geti lagað sig að kröfum þeirra. Skýr refsilög geta þannig orkað sem sanngjörn og eðlileg viðvörðun, en óskýr lög kunna hins vegar að leiða menn í þá gildru að brjóta af sér eða a.m.k. til þess að sýna ekki næga varkárni í því efni. Skýr og vel skilgreind verknaðarlýsing lagaákvæðis eykur líkur á áreiðanlegri lögfræðiráðgjöf og dregur úr hættu á mismunun og geðþóttaákvörðunum í refsivörslukerfinu. Hér er lýst tveimur grundvallarmarkmiðum, sem kröfum um skýrleika refsheimilda er ætlað að ná. Annars vegar það markmið að veita borgurunum sanngjarna og eðlilega viðvörðun um, að háttsemi þeirra kunni að vera refsiverð (viðvörðunarsjónarmið). Hins vegar er það markmið, að verknaðarlýsingar eigi að vera með þeim hætti, að í refsivörslukerfinu verði rekin refsímál, þannig að leiði til samkvæmni og fyrirsjáanleika í meðferð og úrlausnum mála, en ekki mismununar og handahófskenndra vinnubragða (refsivörslusjónarmið).

Reyni á túlkun lagaákvæða ber ætíð að gæta þess, að þær skýringar séu fremur ákærða í hag en ákæruvaldinu, ef skynsamlegur vafi er um túlkun ákvæða. Það er almenn lögskýringarregla hér á landi, að refsilög beri að skýra *þröngt* (þrengjandi lögskýring eða þröng ákvarðandi lögskýring), ef vafi leikur á, hvort tiltekið sakarefni falli undir refsíákvæði, eða hvor skýringarkosturinn af tveimur eigi fremur við.

Mat Mannréttindadómstóls Evrópu á skýrleika verknaðarlýsinga lagaákvæða samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga nr. 62/1994 er háð atvikum hverju sinni. Athugun dómstólsins beinist þó fyrst og fremst að því hvort túlkun og beiting refsheimildar hafi verið fyrirsjáanleg fyrir þann, sem sakaður er um brot. Ákærði vekur athygli á því að engin dómafordæmi eru til hér á landi eða í Danmörku um sakfellingu samkvæmt refsíákvæðum hlutafélagalaga gagnvart öðrum en þeim sem bera ábyrgð á ákvörðunum eða rekstri hlutafélags vegna stöðu sinnar hjá félaginu. Ákærði finnur engin dæmi um að þriðji maður, viðsemjandi hlutafélags, hafi verið sakfelldur fyrir brot á hlutafélagalögum. Slík sakfelling væri vissulega hugsanleg á grundvelli reglna um hlutdeild en bein ábyrgð vegna brota á hlutafélaglögum verður ekki lögð á aðra en þá sem bera skyldu stöðu sinnar vegna á grundvelli laganna, sbr. áðurtilvitnaðan dóm Hæstaréttar frá 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007.

Hinn 8. desember 2008, þegar gerður var kaupsamningur BBR ehf. og Exista hf. um skipti á hlutabréfum, gat sá sem fram kom fyrir BBR ehf. í viðskiptunum ekki séð það fyrir að hann kynni að verða talinn sekur um refsiverðan verknað með því að samþykkja áskilið verð stjórnar Exista hf. en stjórn og forstjórum þess félags væri refsilaust að eiga viðskiptin. Mun eðlilegra er að skýra reglur hlutafélagalaganna svo að þau bindi forsvarsmenn hlutafélags og geti varðað þá ábyrgð heldur en að snúa ábyrgðarreglunni við og fella hana á þriðja mann - þ.e. þann sem á viðskipti við hlutafélag.

Með ofangreindum rökum er byggt á því af hálfu ákærða að svo verulegur vafi hljóti að teljast vera um það, hvort ákærði sem stjórnarmaður einkahlutafélagsins BBR ehf. geti borið refsíábyrgð samkvæmt 16. gr. laga nr. 2/1995 vegna ákvörðunar stjórnar Exista hf. um sölu hlutafjár í því félagi. Ákvæðið verði ekki virt sem viðhlítandi refsheimild samkvæmt stjórnarskrárhelgaðri reglu um lögbundnar refsheimildir og skýrleika refsheimilda. Til sömu

niðurstöðu leiði túlkunarregla refsiréttar þess efnis, að vafa um heimfærslu til refsheimilda beri að skýra ákærða í hag.

Loks bendir ákærði á hversu óeðlilegt það væri að túlka efni 16. gr. hlutafélagalaganna svo að viðsemjanda hlutafélags sé gert að greiða hærra verð fyrir hlutafé en leiðir af ákvörðun félagsstjórnarinnar. Enn óeðlilegra er að líta svo á að slík kaup geti verið refsiverð fyrir kaupandann sem aðalmann í viðkomandi broti.

3. Refsireglan 153. gr. hlutafélagalaga tekur einungis til athafna þeirra manna sem eru bærir til að ráðstafa hagsmunum hlutafélags.

Í ákæru er hinn meintu saknæmu háttsemi ákærða samkvæmt ákærulið I lýst með svofelldum hætti:

Á hendur ákærða Lýði fyrir að hafa hinn 8. desember 2008, sem stjórnarmaður einkahlutafélagsins BBR, kt. 591108-0850, brotið vísvitandi gegn ákvæðum [hlutafélagalaga] um greiðslu hlutafjár [...] [innskot og áhersla undirritaðs]

Rétt er að undirstrika að Lýður Guðmundsson er ekki ákærður sem stjórnarmaður í Exista hf. heldur sem stjórnarmaður einkahlutafélagsins BBR. Samkvæmt 1. mgr. 180. gr. laga nr. 88/2008 verður ákærði ekki sakfelldur fyrir annað en fram kemur í ákæru.

Lög nr. 2/1995 um hlutafélög marka lagalega umgjörð um starfsemi hlutafélaga. Af því leiðir að ákvæði laganna sem fela í sér fyrirmæli um heimild eða skyldu, taka til þeirra aðila sem bærir eru til að ráðstafa hagsmunum hlutafélags, til nánar tiltekinna aðgerða og bann við því að gripið sé til annarra tilgreindra aðgerða. Hvergi í lögnum er að finna fyrirmæli um heimild eða skyldu aðila sem starfa utan félagsins.

Skyldan til þess að tryggja að við hækkun hlutafjár sé fylgt lögum þar um hvílir á þeim mönnum sem bera ábyrgð á rekstri viðkomandi hlutafélags, þ.e. stjórninni og daglegum stjórnendum félagsins. Þannig var það hlutverk og skylda stjórnar Exista hf. í tengslum við hlutafjárhækkunina að afla sérfræðiskýrslu, sbr. 1. mgr. 37. gr. laga nr. 2/1995 og tilkynna hækkunina til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra, sbr. 1. mgr. 150. gr. laganna. Ákærði, sem stjórnarmaður BBR ehf., hafði ekki annarri skyldu að gegna en að greiða það verð sem stjórn Exista hf. hafði ákveðið að skyldi vera endurgjald fyrir hina nýju hluti.

Meginhlutverk stjórnar í hlutafélögum er að gæta að hagsmunum skuldheimtumanna og hluthafa. Aðilar utan félagsins bera enga slíka skyldu gagnvart þessum aðilum og mega jafnframt treysta því að stjórn hlutafélagsins sinni hlutverki sínu.

Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til eldri hlutafélagalaga, nr. 32/1978, sem núverandi hlutafélagalög eru byggð á, segir um XVIII. kafla laganna sem fjallaði um refsingar o.fl.:

Í þessum kafla eru ákvæði um refsingar við ýmsum brotum sem sérstaklega eru tengd rekstri hlutafélaga. [áhersla undirritaðs]

Í dómi Hæstaréttar frá 5. júní 2008, í máli nr. 385/2007 segir um refsíákvæði hlutafélagalaganna:

Í fjölmörgum ákvæðum laga nr. 2/1995 er mælt fyrir um heimildir og skyldur hlutafélaga og bann við gerðum þeirra án þess að tekið sé sérstaklega fram að reglurnar varði menn í tiltekinni stöðu hjá félagi. Þetta á meðal annars við um ýmis önnur ákvæði en 104. gr. laganna, sem vísað er til í 2. tölulið 153. gr. þeirra. Augljóst er að þau ákvæði laganna fela í sér fyrirmæli um heimild eða skyldu þeirra manna, sem eru bærir til að ráðstafa hagsmunum hlutafélags, til nánar tiltekinna aðgerða og bann við því að þeir gripi til annarra tilgreindra aðgerða, enda gerir hlutafélag ekkert slíkt án atbeina einhvers manns. Getur að þessu virtu enginn skynsamlegur vafi leikið á um að ákvæði 1. og 2. mgr. 104. gr. laga nr. 2/1995 hafi að geyma reglur um bann við þargreindri háttsemi starfsmanns hlutafélags að viðlagðri refsingu á hendur honum samkvæmt 2. tölulið 153. gr. laganna. [áhersla undirritaðs]

Með vísan til alls framangreinds er á því byggt af hálfu ákærða að ákvæði laga nr. 2/1995 feli eingöngu í sér fyrirmæli um skyldur þeirra manna, sem eru bærir til að ráðstafa hagsmunum hlutafélags, til nánar tiltekinna aðgerða og bann við því að þeir gripi til annarra tilgreindra aðgerða. Þar sem ákærði vék sæti og tók þar af leiðandi ekki þátt í ákvörðun stjórnar Exista hf. 4. desember 2008 um hækkun hlutafjár í félaginu, þar hann ekki þær skyldur við umrædda hlutafjárhækkun sem gætu leitt til refsíabyrgðar samkvæmt ákærulið I.

4. Fullframningarstig.

Brot er fullframið þegar allir efnisþættir verknaðar eru fram komnir sem tilgreindir eru í hlutaðeigandi refsíákvæði eða hefur að geyma í verknaðarlýsingu sinni. Í 16. gr. laga nr. 2/1995 er kveðið á um að *greiðsla hlutar* megi ekki nema minna en nafnverði hans. Ákvæðið gerir ekki ráð fyrir að refsivert sé að gera *tilboð* eða *samning* um greiðslu hluta, heldur er beinlínis kveðið á um efndirnar, þ.e. greiðsluna sjálfa.

Samkvæmt samningi milli BBR ehf. og Exista hf. dags. 8. desember 2008 var greiðsla kaupverðsins 1.000.000.000 hlutir í Kvakki ehf. Samkvæmt 1. mgr. 19. gr. laga nr. 2/1995 er veittur eins árs greiðslufrestur til að greiða *að fullu* fyrir hluti við hækkun hlutafjár. Áður en lögboðinn frestur, til fullrar greiðslu og þar með fullframningarstig brots, var útrunninn hafði fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra ógilt hlutafjárhækkunina *ex tunc*. Slík ógilding, þ.e. *ex tunc* hefur sömu réttaráhrif og hlutafjárhækkunin hafi aldrei átt sér stað, þ.e. um er að ræða afturvirka ákvörðun. Efnisþáttur verknaðar var þannig ekki fram kominn, greiðslufrestur ekki liðinn og brot ekki fullframið. Refsinæmi verknaðar getur því ekki verið til staðar.

5. Ásetningsskilyrði.

Saknæmisskilyrði refsireglunnar í 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga er *ásetningur*. Raunar er þar notað hugtakið *vísvitandi*, sem svarar til efri stiga ásetnings (beins ásetnings), þegar um samhverf sérrefsilagabrot er að ræða. Krafist er vitneskju eða huglægrar afstöðu sem nálgast vissu. Þetta er mun strangari saknæmiskrafa en almennt er gerð í sérrefsilögum. Ákærvaldið verður að sanna, að ásetningur ákærða nái til allra efnisþátta verknaðar eins og honum er lýst fullfrömdum í verknaðarlýsingu refsíákvæðis. Sýna verður fram á tengsl athafna við huglæga

afstöðu, sem í þessu tilfelli skal vera ásetningur. Að sjálfsögðu hefur ákærvaldið sönnunarbyrðina og allan vafa ber að skýra sakborningi í hag, einnig varðandi saknæmisskilyrði, sjá 2. mgr. 70. gr. Stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og 2. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Skráning fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra um hækkun hlutafjár er stjórnvaldsákvörðun og því gilda stjórnarsýslulög nr. 37/1993 um undirbúning og meðferð máls. Starfsmönnum fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra bar að rannsaka málið á grundvelli 10. gr. stjórnarsýslulaga og 150. gr. laga nr. 2/1995. Skilyrðið um *vísvitandi brot* samkvæmt 2. tl. 153. gr. laga nr. 2/1995 tengist því að rannsóknarskylda hvílir á starfsmönnum fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra um að uppfyllt séu lagaskilyrði þegar tilkynnt er um hækkun hlutafjár. Rannsóknarskyldan er augljóslega sérstaklega brýn þegar tilkynnt er um hækkun upp á 50 milljarða króna.

Áður hefur verið lýst efni sérfræðiskýrslunnar sem fylgdi tilkynningu sem meðákærði sendi fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra í umboði stjórnar Exista hf. Þar komu skýrlega fram upplýsingar um hvernig viðskiptin fóru fram. Hafi starfsmenn fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra gerð mistök er hækkunin var skráð 8. desember 2008 þá verður það á engan hátt rakið til *vísvitandi* blekkinga. Sé skýrslan lesin er ljóst að með engum hætti var reynt að dylja hvernig hlutafjárhækkunin fór fram. Starfsmönnum fyrirtækjaskrár bar því að synja skráningu á grundvelli 1. mgr. 150. gr. laga nr. 2/1995, teldu þeir skráninguna brjóta í bága við lög. Vanræksla starfsmanna fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra á rannsóknarskyldu sinni, í tilviki þar sem engin tilraun var gerð til að dylja hvernig staðið var að hækkuninni, getur ekki falið í sér refsiverða háttsemi. Enn fjarlægara er að meta slíka tilkynningu til *vísvitandi* brots af hálfu ákærða sem hafði ekki einu sinni lesið tilkynninguna.

Ákærði vekur sérstaka athygli á tölvupósti sem hann sendi forstjórum Exista hf., Erlendi Hjaltasyni og Sigurði Valtýssyni og yfirlögfræðingi félagsins, Ásmundi Tryggvasyni 3. desember 2008 í kjölfar fundarboðs stjórnar þar sem taka átti afstöðu til hlutafjárhækkunarinnar (bls. 398):

Mikilvægt að senda eitthvað á eftir þessu sem fyrst þannig að menn haldi ekki að það séu að koma 50 milljarðar inn í félagið!!!!!!

Að öðru leyti leggur ákærði áherslu á eftirfarandi staðreyndir í málinu:

1. Sigurður Valtýsson, forstjóri Exista hf., átti hugmyndina að framkvæmd hlutafjárhækkunarinnar. Í framburði sínum hjá lögreglu lýsti hann því að lítið hafi verið til eldri fordæma þar sem skipt hafði verið á hlutafé í félögum í tengslum við hlutafjárhækkun (bls. 1059).
2. Innanhússlögmennt Exista hf. töldu að öllum lagaskilyrðum væri fullnægt.
3. Forsvarsmenn Exista hf. töldu að hækkunin hefði farið fram á eðlilegum kjörum miðað við stöðu félagsins á þeim tíma.
4. Starfsmenn fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra töldu að hlutafjárhækkunin væri í samræmi við lög (bls. 811). Þrátt fyrir ítrekaðar athugasemdir frá Nýja Kaupþingi banka um

lögmæti hækkunarinnar var það ekki fyrr en mörgum mánuðum síðar sem fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra snérist hugur um lögmæti hækkunarinnar.

5. Skýrt kom fram í tilkynningum Exista hf. á fjármálamörkuðum og í fréttatímum og dagblöðum hvernig staðið var að hlutafjárhækkuninni. Engu var leynt um greiðsluna eða verðmæti hennar.
6. Fjármálaeftirlitið gerði ekki athugasemdir við verðið í viðskiptunum í tengslum við yfirtökutilboð BBR ehf. til hluthafa Exista hf. sem gert var í kjölfar hlutafjárhækkunarinnar.

Með vísan til alls framangreinds hafði ákærði enga ástæðu til annars en að telja að réttum reglum hefði verið fylgt við hlutafjárhækkunina.

VI. Ákæruliður II.

1. Verknaðarlýsing er röng.

Ákærða er gefið að sök að hafa skýrt vísvitandi rangt og villandi frá hækkun á hlutafé Exista hf. með því að meðákærði Bjarnfreður sendi hinn 8. desember 2008, að „undirlagi“ ákærða, tilkynningu til hlutafélagaskrár (fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra), þar sem ranglega hafi komið fram að hækkun á hlutafé Exista hf., að nafnverði 50 milljarða króna, hefði að fullu verið greidd til félagsins þótt einungis hefði verið greitt fyrir hlutaféð með 1 milljarði hluta í Kvakki ehf. að verðmæti 1 milljarðs króna.

Samkvæmt verknaðarlýsingunni er sagt að ákærði hafi:

1. Skýrt vísvitandi rangt og villandi frá hækkun á hlutafé Exista hf.
2. Að meðákærði Bjarnfreður hafi sent tilkynningu til hlutafélagaskrár að undirlagi ákærða.
3. Að ranglega hafi komið fram að hækkun á hlutafé Exista hf. hefði að fullu verið greidd.

Þessi verknaðarlýsing er röng.

2. Skýrt vísvitandi rangt og villandi frá hækkun á hlutafé í Exista hf.

Ákærði átti engan þátt í gerð þeirrar tilkynningar sem meðákærði Bjarnfreður sendi 8. desember 2008 til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra. Hann hafði ekki séð tilkynninguna og vissi ekki hvað í henni stóð. Ákærði sá tilkynninguna fyrst við rannsókn lögreglu.

Samkvæmt 1. tl. 153. gr. laga nr. 2/1995 varðar það refsingu ef maður *skýrir vísvitandi rangt eða villandi frá högum hlutafélags*. Hér er lýst hreinu athafnabroti. Ekki er unnt að taka þátt í rangfærslu með athafnaleysi. Með engu móti er unnt að heimfæra háttsemi ákærða undir framangreint ákvæði hlutafélagalaga. Refsinæmi er því ekki fyrir hendi.

Meðákærði undirritaði tilkynninguna á grundvelli umboðs frá stjórn Exista hf. sem fært var til bókar í fundargerð stjórnarfundarins 4. desember 2008 (bls. 264). Samkvæmt gögnunum var texti tilkynningarinnar borinn undir og samþykktur af innanhússlögmönnum Exista hf. (bls.

450). Textinn var aldrei borinn undir ákærða. Skyldan samkvæmt hlutafélagalögum til þess að senda tilkynninguna hvíldi ekki á ákærða. Þá bar hann enga ábyrgð á umboðinu sem lögmanni Exista hf. var veitt þann 4. desember 2008.

3. Undirlag ákærða Lýðs.

Í ákæru eru ákærða og meðákærða í sameiningu gefið að sök að hafa skýrt vísitandi rangt og villandi frá hækkun á hlutafé Exista hf. Þetta á að hafa átt sér stað með þeim hætti að meðákærði hafi sent tilkynningu til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra, *að undirlagi ákærða Lýðs*.

Í ákærunni er engin tilraun gerð til þess að lýsa því í hverju ætlað *undirlag* ákærða á að hafa verið fólgið. Verknaðarlýsingin er engin og því bersýnilega ófullnægjandi í skilningi 159. gr. laga nr. 88/2008. Sérstök ástæða var til að taka af öll tvímæli um í hverju undirlagið á að hafa verið fólgið þegar þess er gætt að í I. kafla ákæru er ákærða gefið að sök brot sem stjórnarmanni einkahlutafélagsins BBR en tilkynning meðákærða til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra var send á grundvelli umboðs stjórnar Exista hf. sem ákærði átti ekki þátt í að veita. Í gögnum málsins er ekkert að finna sem tengir ákærða Lýð með nokkrum hætti við efni tilkynningarinnar.

Rangt er að ákærði Lýður hafi skýrt ranglega eða með villandi hætti frá hækkun á hlutafé í Exista hf. og engin slík röng tilkynning var send *að undirlagi* hans.

4. Efni tilkynningarinnar var rétt.

Stjórn Exista hf. fól Logos lögmannsþjónustu (bls. 263) að tilkynna til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra þá ákvörðun sem stjórnin hafði tekið 4. desember 2008 um hækkun hlutafjár. Ákvörðun stjórnarinnar bar að tilkynna til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra, sbr. 2. mgr. 40. gr. laga nr. 2/1995. Tilkynning um að hinir nýju hlutir hefðu verið *að fullu* greiddir til félagsins var rétt þar sem stjórn Exista hf. hafði ákveðið á fundinum 4. desember 2008 að hlutafjárukningin yrði greidd að fullu með hlutum í Kvakki ehf. Hlutirnir í Kvakki ehf. voru fullnaðargreiðsla til Exista hf. fyrir hið aukna hlutafé. Efni tilkynningarinnar var í fullu samræmi við framangreinda ákvörðun stjórnar Exista hf. Af því leiðir að efni tilkynningarinnar var rétt. Tilkynning til hlutafélagaskrár um annað en það sem raunverulega gerðist hefði verið röng og villandi.

5. Ásetningsskilyrði.

Saknæmisskilyrði refsireglunnar í 1. tl. 153. gr. hlutafélagalaga er *ásetningur*. Raunar er þar með sama hætti og í 2. tl. og fjallað hefur verið um að framan notað hugtakið *vísitandi*, sem í reynd svarar til efri stiga ásetnings (beins ásetnings), þegar um samhverf sérrefsilagabrot er að ræða.

Sönnunarbyrði fyrir því að ákærði hafi framið þann verknað sem hann er ákærður fyrir hvílir á ákæruvaldinu, en auk þess verður ákæruvaldið að sýna fram á að þau huglægu refsiskilyrði sem getið er um hér að framan séu uppfyllt. Sýknukrafa ákærða er byggð á því að hann hafi engan þátt átt í umræddi tilkynningu. Að auki fær ákærði ekki betur séð en efni

tilkynningarinnar hafi verið rétt. Að öðru leyti vísar ákærði til umfjöllunar um ásetningsskilyrði í ákærulið I.

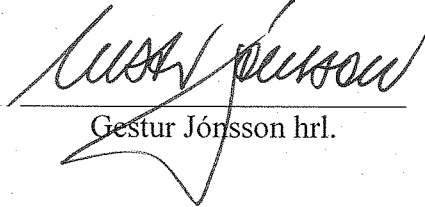
VII. Vitnaleiðslur.

Þar sem ákærandinn hefur ekki virt skylduna í 154. gr. laga nr. 88/2008 um að ákæru skuli ávallt fylgja skrá yfir hvaða vitni óskað er eftir að verði leidd í málinu af hálfu ákæruvaldsins er áskilinn réttur til að gera kröfu um vitnaleiðslu þegar vitnalisti ákæruvaldsins hefur verið lagður fram.

VIII. Sakarkostnaður.

Ákærði krefst þess að allur kostnaður sem hlýst af saksókn á hendur honum verði greiddur úr ríkissjóði, þ. m. t. þóknun skipaðs verjanda kostnaði af virðisaukaskatti sem á hana leggst. Vísast um þessi atriði til ákvæða XXXIV. kafla laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Virðingarfyllst



Gestur Jónsson hrl.

Til Héraðsdóms Reykjavíkur.