Jóni Ásgeiri var augljóslega bent á það af aðstoðarforstjóra félagsins og endurskoðendum þess, að umræddar lánveitingar eða hluti þeirra kynnu að varða við ársreikningalög og sumar þeirra a.m.k. varða við hlutafélagalög sem ólögmætar lánveitingar. Hann virðist hins vegar hafa sannfært þessa viðskiptamenntuðu endurskoðendur um að svo væri alls ekki. Eðlilegt hlýtur að teljast að stjórnendur sem fylgi ráðum þeirra sem betur þekkja eða ættu að þekkja til reglnanna en ekki öfugt. Er í þessu sambandi vísað til dóma Hæstaréttar sem tilgreindir voru hér að framan.

Eins og vikið var að hér að framan byggir ákæruvaldið á því að uppbygging refsiákvæða hlutafélagalaganna sé í fullu samræmi við hefðbundna uppbyggingu sérrefsilagaákvæða hér á landi. Á fyrirsvarsmönnum hlutafélaga hvíla ríkar skyldur að fylgjast með starfsemi félagsins og sjá til þess að farið sé eftir þeim lögum og reglum sem um starfsemina gilda. Það er ekki algengt að þessar skyldur séu áréttaðar í settum lögum eins og gert er í 68. gr. hlutafélagalaga og er löggjafinn með því að leggja ríkari skyldur á þá aðila er stjórna slíkum félögum. Er ákvæði þetta skýrt og ber framkvæmdastjórinn meðal annars endanlega ábyrgð á því að bókhald félagsins sé fært í samræmi við lög og venjur og meðferð eigna félagsins sé með tryggilegum hætti.

Refsireglurnar í 153. og 154. gr. hlutafélagalaga eru þannig upp byggðar að þar er annars vegar að finna ákvæði með sjálfstæðri verknaðarlýsingu svo sem 1. tl. 153. gr. og 154. gr. og hins vegar ákvæði eins og t.d. 2. tl. 153. gr. sem mælir fyrir um að vísvitandi brot gegn tilteknum boð- og bannreglum laganna varði refsingu. Löggjafinn hefur þannig valið úr þær hátternisreglur laganna sem talið hefur verið svo mikilvægt að fylgt væri að rétt hefur þótt að veita þeim hagsmunum sem þar búa að baki refsivernd. Langur vegur er frá að þeir hagsmunir sem veitt hefur verið refsivernd hafi verið valdir af handahófi. Tilgangurinn með setningu ákvæða um bann við lánveitingu hlutafélaga er í megindráttum sá að verja hlutafélag og óbreytta hluthafa fyrir ásælni þeirra sem eru í aðstöðu til að veita sér hagfelldari lánakjör en eðlilegt er, á kostnað félagsins og koma þannig í veg fyrir að hluthafar og lánadrottnar bíði tjón vegna lánveitinga hlutafélags, enda þykja lán til stjórnenda sérlega áhættusöm. Þessi tilgangur endurspeglast í upptalningu þeirri sem er að finna í 153. gr., þ.e. að í öllum tilvikum er um afar mikilsverða hagsmuni að ræða og líklega eru þeir hagsmunir sem 104. gr. á að vernda með þeim allra mikilvægustu með tilliti til hagsmuna hlutafélags og almennra hluthafa.

Í hinum áfrýjaða dómi kemur fram sú fullyrðing að í 104. gr. hlutafélagalaga sé lagt bann við tilteknum athöfnum hlutafélags en ekki einstaklinga. Hér er um alvarlega rökvillu að ræða. Í 104. gr. kemur vissulega ekki fyrir orðið einstaklingur. Að baki ákvæðinu liggur hins vegar sú einfalda staðreynd að hlutafélög framkvæma engar athafnir, þau aðhafast ekki. Það eru stjórnendur þeirra og mögulega aðrir starfsmenn sem það gera. Þegar hlutafélagalög mæla fyrir um skyldur hlutafélags eða bann við tilteknum athöfnum þarf ekki að fara í grafgötur um það að sérhverjum starfsmanni félagsins er þetta óheimilt í nafni félagsins. Það eru þannig athafnir einstaklinga í nafni félags sem eru bannaðar. Annar skilningur er hrein rökleysa og þar liggur hundurinn grafinn í þessari einkennilegu kenningu um meintan óskýrleika 2. tl. 153. gr., sbr. 104. gr. sem refsiheimildar.

Ákæruvaldið vekur sérstaka athygli á því að ekki er heimilt að refsa lögaðila á grundvelli hlutafélagalaganna, þar sem ekki er að finna heimild í lögunum fyrir slíkri

ábyrgð, sbr. 19. gr. a almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Refsiábyrgð laganna er því bundinn við einstaklingsábyrgð. Ákæruvaldið áréttar einnig að í 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga er beinlínis tekið fram að það varði sektum eða fangelsi allt að tveimur árum að brjóta vísvitandi ákvæði laga þessara um lán eða tryggingu til handa hluthöfum o.fl. (104. gr.). Þótt 104. gr. sé orðuð þannig að hlutafélagi sé ekki heimilt að veita lán þá er samkvæmt framansögðu ljóst að einstaklingar, einn eða fleiri saman, hljóta ávallt að taka ákvörðun um að láta hlutafélag veita lán. Þegar samspil 104. gr. og 2. tl. 153. gr. er skoðað getur engum dulist að það að láta hlutafélag veita lán í andstöðu við 104. gr. getur varðað þann einstakling refsingu sem það gerir. Hér er raunar bara um einfalda samanburðarskýringu að ræða sem er sú lögskýringaraðferð sem er hvað fyrirferðarmest í refsirétti og raunar þáttur í hefðbundnu lögskýringarferli. Í sérrefsilögum, líkt og í almennum hegningarlögum og löggjöf yfirleitt, þarf að skýra og bera saman ýmiss konar tengsl milli ákvæða innbyrðis, enda þarf ávallt að skýra lagaákvæði þannig, að það samrýmist öðrum ákvæðum sömu laga, laganna í heild eða ákvæðum annarra laga (lagasamræmissjónarmið). Ákvæði 104. gr. er því auðsýnilega fyrirsjáanlegt í skilningi 7. gr. MSE og 69. gr. stjskr. eins og það hefur verið túlkað í framkvæmd og farið var yfir hér að framan.

Þegar þar við bætist að í 68. gr. hlutafélagalaganna er sérstaklega tekið fram að framkvæmdastjóri hlutafélags fari með daglegan rekstur og beri ábyrgð á að meðferð eigna félagsins sé með tryggilegum hætti er einfalt að leggja saman tvo og tvo þegar kemur að því að finna út hver beri ábyrgð á því sem aðhafst er í hlutafélagi í nafni félagsins. Jafnframt er augljóst að refsiákvæði þar sem vísað er til ásetnings eins og t.d. 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga getur ekki beinst að félögum enda er það ljóst að refsiábyrgð félaga hlýtur eðli málsins samkvæmt ávallt að byggjast á hlutlægum grunni.

Rétt er að líta til dómaframkvæmdar í Danmörku varðandi skýringu á sambærilegum refsiákvæðum í dönsku hlutafélagalaganna en fyrirmynd 104. gr. hlutafélagalaga er sótt í 115. gr. dönsku hlutafélagalaganna (d. lov om aktieselskaber) og eru ákvæðin efnislega samhljóða. Ákvæði 2. tl. 153. gr. íslensku laganna á sömu rætur að rekja. Í athugasemd með framangreindum ákvæðum í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 2/1995 er þess sérstaklega getið að ákvæðin séu sett til samræmis við dönsku hlutafélagalögin. Í því ljósi er einhlítt að sömu skýringarsjónarmið hljóta að eiga við um ákvæðin auk þess sem íslenskur refsiréttur er spegilmynd þess danska, meðal annars varðandi hugtakanotkun, lögskýringarsjónarmið og uppbyggingu refsiákvæða.

Hinu danska ákvæði, hefur margoft verið beitt í framkvæmd, en þar hafa dómþolar þó einvörðungu verið dæmdir til sektargreiðslu. Sem dæmi um dóma þar sem einstaklingar hafa verið dæmdir til refsingar vegna ólögmætra lánveitinga má nefna UfR 1978.414, UfR 1989.117, UfR 1990.116, UfR 1995.550, UfR 1996.366 og UfR. 2004.86. Ákæruvaldi vekur sérstaka athygli á dómi UfR 1990:116 þar sem framkvæmdastjóri hlutafélags var ákærður fyrir að hafa látið félagið veita sér lán frá vori 1984 til 1. janúar 1986. Ekki var fallist á þau sjónarmið ákærða að ekki væri heimilt að refsa honum persónulega fyrir brotið heldur einvörðungu félaginu og var í því sambandi meðal annars vísað til samanburðarskýringar á milli ákvæða laganna sem og lögskýringargagna og hann dæmdur til sektarrefsingar.

Víðar í lögum má finna hátternisreglur sem ekki geyma neina tilvísun til hegðunar tiltekinna manna eða tilgreina sérstaklega ábyrgð á þeim athöfnum sem í hlut á. Af

handahófi má nefna hátternisreglu 7. gr. laga nr. 97/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands en refsiregluna er að finna í 17. gr. Samkvæmt 18. gr. laganna má sektir jafnt gera lögaðila sem einstaklingi. Í 7. gr. er fjallað um að grásleppuveiðar skulu háðar sérstöku leyfi Fiskistofu og að þeir bátar eigi einir kost á slíku leyfi sem rétt áttu til leyfis á grásleppuvertíðinni 1997 samkvæmt reglum þar um o.s.frv. Þetta ákvæði hefur ekki verið skýrt svo í framkvæmd að einhver vafi sé uppi um skýrleika þess, þrátt fyrir að einvörðungu sé fjallað um einkarétt báta til grásleppuveiði, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli 455/2004.

Í þessu sambandi má einnig nefna 2. mgr. 3. gr. laga nr. 57, 1996, um umgengni um nytjastofna sjávar, þar sem segir, „Óheimilt er að hefja veiðiferð skips sem leyfi hefur til veiða í atvinnuskyni nema skipið hafi aflaheimildir sem telja má líklegt að dugi fyrir afla í ferðinni með hliðsjón af þeim veiðarfærum sem notuð eru." Í 3. gr. laganna er ekki tiltekið, né í 23. gr. þeirra, hver beri ábyrgð á þegar haldið er til veiða í atvinnuskyni án aflaheimilda. Hér er um að ræða hreina bannreglu án þess að sérstakalega sé vísað til hverjum verði refsað svo dæmi sé nefnt ef skip er gert út og í eigu hlutafélags. Mörg dómafordæmi eru fyrir því að skipstjóri beri slíka ábyrgð og undirmönnum hans sé þá ekki refsað vegna slíkra brota þótt þeir framkvæmi einhverjar þær athafnir sem ganga gegn banninu, t.d. stýrimanni sem stýrir skipi til veiða vitandi af skorti á aflaheimildum. Sama gildir um framkvæmdastjóra útgerðarfélagsins sem hafa verið sakfelldir vegna þessarar hegðunar. Hefur því ekki verið uppi neinn vafi um skýrleika þessa ákvæðis, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar frá 23. september 2004 í máli nr. 8/2004.

Þessu til viðbótar má einnig vísa í enn eitt dæmið um löggjöf þar sem hátternisregla refsiákvæðis er með svipuðum hætti og hlutafélagalögunum, þ.e. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 32, 2005, um miðlun vátrygginga. Í Hæstaréttardómi frá 6. apríl 2006 í máli nr. 150/2005 sakfelldi Hæstiréttur fyrir brot á umræddri grein án athugasemda um skýrleika refsiheimildarinnar.

Í þessu sambandi þykir einnig rétt að vísa til dóms Hæstaréttar frá 2. apríl 2007 í málinu nr. 192/2006 um þær ríku skyldur sem hvíla á fyrirsvarsmönnum fyrirtækja. Í því máli var ákærði, sem var stjórnarformaður einkahlutafélags, sakfelldur fyrir brot gegn 1. mgr. 40. gr. laga nr. 50/1998 um virðisaukaskatt, að því er virðist vegna stöðu sinnar, þrátt fyrir að hvergi sé í þeim lögum vikið að ábyrgð stjórnarmanna. Í 28. gr. er einvörðungu tilgreind ábyrgð stjórnarmanna sem eru í öðrum félögum, sjóðum og stofnunum, sbr. 5. tl. 2. gr. tekjuskattslaga nr. 90/2003, en það getur ekki átt við um t.d. einkahlutafélög eða hlutafélög. Ljóst er því að í 1. mgr. 40. gr. er ekki að finna heimild fyrir slíkri refsiábyrgð. Þetta er hins vegar sú leið sem hefur verið farin í refsimálum er varða virðisaukaskatt þar sem stjórnarmenn eru gerðir ábyrgir á grundvelli þeirra skyldu sem hvílir á þeim samkvæmt hlutafélaga- og einkahlutafélagalögum. Er enginn vafi fyrir hendi að í þessari dómaframkvæmd Hæstaréttar er réttilega byggt á samanburðarskýringu varðandi refsiákvæði og það mun flóknari samanburðarskýringu en þörf er á til að réttri niðurstöðu um skýringu á refsiákvæðum hlutafélagalaga.

Í forsendum hins áfrýjaða dóms er sérstaklega vikið að 4. og 5. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga. Ekki verður með nokkru móti séð hvernig tilvist 4. og 5. mgr. 104. gr. rennir stoðum undir það að þau refsiákvæði sem brot ákærða eru heimfærð til teljist óskýr. Helst verður að ætla að dómendur séu með þessu að taka undir með verjanda

að 104. gr. sé eingöngu einkaréttarlegt úrræði. Þetta stenst þó engan veginn þar sem í 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga er skýrlega kveðið á um að það varði sektum eða fangelsi allt að tveimur árum að brjóta vísvitandi ákvæði laga þessara um lán eða tryggingu til handa hluthöfum o.fl. (104. gr.). Af ákæruvaldsins hálfu er því haldið fram að þótt hlutafélagalög heimili hlutafélagi það einkaréttarlega úrræði að krefja lántaka um dráttarvexti af láni sem veitt er í andstöðu við 104. gr., dragi það á engan hátt úr skýrleika refsiábyrgðar einstaklings sem ábyrgð ber á þessari lánveitingu samkvæmt 2. tl. 153. gr. sbr. 1. eða 2. mgr. 104. gr. Hér er ekki verið að kveða á um nein viðurlög heldur aðeins verið að árétta heimild hlutafélagsins til að krefja þann sem veitt er ólögmætt lán um dráttarvexti af skuldinni. Samkvæmt 104. gr. eru þessir aðilar hluthafar, stjórnarmenn eða framkvæmdastjóri félags og ætla má að oft sé hinn brotlegi sjálfur eða aðilar honum tengdir meðal lánþega eins og í þessu tilviki.

Því er alfarið hafnað af ákæruvaldsins hálfu að í þessu máli sé uppi sambærileg aðstaða og fjallað er um í dómi Hæstaréttar Íslands frá 16. mars 2007 í málinu nr. 92/2007 enda tók Hæstiréttur enga skýra efnislega aðstöðu hvað skýrleika refsiheimilda varðar, þar sem rétturinn byggði á því að það væri ekki nægjanlega fram komið að varnaraðilar hafi fengið notið þeirra réttinda sakborninga sem mælt er fyrir um i 70. gr. stjskr, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Gagnstætt því sem um ræðir í þágildandi samkeppnislögum er einungis að finna í hlutafélagalögum einfalt viðurlagakerfi þar sem eingöngu er unnt að koma við refsiábyrgð gagnvart einstaklingum. Sá reginmunur er því til staðar að meginviðurlög við brotum á 10. gr. samkeppnislaga voru háar stjórnvaldssektir sem lagðar voru á félögin sjálf enda njóta þau hagnaðar af samkeppnisbrotum. Brot ákærða Jóns Ásgeirs gegn 104. gr. hlutafélagalaga hafa eingöngu sætt lögreglurannsókn og síðar vandaðri meðferð fyrir dómi og hefur hann ekki þurft að svara fyrir þau á öðrum vettvangi. Málsmeðferðin hefur því á allan hátt verið í samræmi við það sem skýrlega verður ráðið af refsiákvæðum hlutafélagalaga og því fullkomlega fyrirsjáanleg.

Með vísan til umfjöllunarinnar hér að framan telur ákæruvaldið augljóst að niðurstaða héraðsdóms fái ekki staðist. Þá telur ákæruvaldið að þeir dómar sem reifaðir eru hér að framan, sbr. einnig H 15. mars 2002 í máli nr. 91/2002, styðji skoðanir ákæruvaldsins. Ef fallist er á niðurstöðu héraðsdóms er án nokkurs vafa verið að ganga mun lengra í túlkun á 69. gr. stjskr. og 1. mgr. 7. gr. MSE heldur en dæmi eru um.

5.1.2 Um lán í skilningi 104. gr. og 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga

Samkvæmt 2. tl. 153. gr. hlutafélagalaga varðar það sektum eða fangelsi allt að tveimur árum að brjóta vísvitandi ákvæði laganna um lán eða tryggingu til handa hluthöfum o.fl. samkvæmt 104. gr. laganna. Tilgangur og markmið 104. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995 er einkum að verja hlutafélag fyrir ásælni þeirra sem eru í aðstöðu til að veita sér hagfelldari lánakjör en eðlilegt er, á kostnað félagsins.

Hvergi er í lögskýringargögnum að finna skilgreiningu á því hvað teljist vera lán í skilningi 104. hlutafélagalaga. Í dómi Hæstaréttar frá 25. janúar 2007 er orðið lán í skilningi 43. gr. ársreikningalána skýrt. Tekið skal fram að ákæruvaldið telur heildarinntak og andlag 43. gr. ársreikningalaga og 104. gr. hlutafélagalaga afar ólíkt. Hins vegar er rétt að styðjast við þá skýringu á hinu afmarkaða orði lán sem fram kemur í þessum dómi Hæstaréttar. Þar segir meðal annars að beita verði þeirri orðskýringu *„að félag teljist hafa veitt lán í þessum skilningi þegar það hefur greitt*

félagsaðila, stjórnanda eða einstaklingi nátengdum þeim peningaupphæð eða ígildi hennar eða látið af hendi til þeirra önnur fjárhagsleg verðmæti með áskilnaði um endurgreiðslu peningaupphæðarinnar eða ígildis hennar eða skil á verðmætunum. Að jöfnu við þetta má og leggja ef félag hefur með sama áskilnaði innt af hendi peningagreiðslu eða ígildi hennar til þriðja manns eða afhent honum önnur fjárhagsleg verðmæti til að efna skyldu, sem hvílt hefur gagnvart honum á félagsaðila, stjórnanda félags eða einstaklingi þeim nákomnum, en með því má líta svo á að lán hafi verið veitt þeim, sem greiðsla eða afhending var til hagsbóta fyrir. Engin efni eru til að þrengja þetta hugtak í 1. mgr. 43. gr. laga nr. 144/1994 með því að binda það við þau tilvik ein, þar sem lán í þessum skilningi hefur verið veitt með formlegri ráðstöfun eða skilmálar þess hafa verið sérstaklega ákveðnir, enda standa ekki haldbær rök til slíkrar skýringar, sem á sér enga stoð í orðalagi ákvæðisins.“

Samkvæmt þessari skýringu Hæstaréttar á orðinu lán telur ákæruvaldið víst að allar þær færslur á viðskiptareikninga sem ákært er fyrir í þessu máli teljist lán. Ýmist er um það að ræða að peningaupphæð er látin af hendi til Gaums með áskilnaði um endurgreiðslu peningaupphæðarinnar eða ígildis hennar, sbr. ákæruliði 3 og 6, eða þá að ígildi peninga, þ.e. hlutafé í þessu tilviki er afhent til Gaums, Kristínar og Fjárfars ehf. með áskilnaði um endurgreiðslu á endurgjaldinu, þ.e. peningum eða ígildi þeirra, sbr. ákæruliði 2, 5, 7, 8, 9 og 10 og loks að Baugur hf. innir af hendi peningagreiðslu til þriðja manns til að efna skyldu, sem hvílt hefur gagnvart þriðja manni á Gaumi, sbr. ákærulið 4.

5.1.3 Um starfsreglur stjórnar Baugs hf.

Þau lán sem ákært er fyrir voru öll veitt fyrir tilstilli ákærða Jóns Ásgeirs án samþykkis stjórnar Baugs hf. og var það í andstöðu við starfsreglur stjórnar Baugs hf. sem settar voru á 9. stjórnarfundi félagsins 7. janúar 1999 (sjá bls. 3648-50 í ágripi) og hafði ekki verið breytt á því tímabili sem umrædd lán voru veitt á.

5.2 Um brot gegn 1. mgr. 104. gr., sbr. ákæruliði 3, 4, 6 og 10

1. mgr. 104. gr. hefur bæði að geyma aðalreglu þar sem hin refsiverða háttsemi er afmörkuð og undantekningarákvæði. Aðalreglan er sú að hlutafélagi er hvorki heimilt að veita hluthöfum, stjórnarmönnum eða framkvæmdastjórum félagsins eða móðurfélags þess lán né setja tryggingu fyrir þá. Samkvæmt niðurlagi málsgreinarinnar taka ákvæði hennar þó ekki til venjulegra viðskiptalána. Öll lánin sem falla undir þennan ákærulið eru frá Baugi hf. til Fjárfestingarfélagsins Gaums ehf. Síðarnefnda félagið var óumdeilanlega hluthafi í Baugi frá upphafi og örugglega á þeim tíma sem umrædd lán voru veitt. Falla því lánin öll undir 1. mgr. 104. gr.

Í athugasemdum í greinargerð með 82. gr. laga nr. 137/1994, um breytingar á hlutafélagalögunum, sem varð að 104. gr. laga nr. 2/1995, segir að sú takmörkun sem mælt er fyrir um í 1. mgr. nái til venjulegra viðskiptalána, t.d. greiðslukortaviðskipta, eða til lána til fyrirtækja sem eru hluthafar ef þau eru liður í viðskiptum og venjubundin bæði í fyrirtækinu og almennt í slíkum fyrirtækjum.

Það er ekki tilviljun að undantekningarákvæðið skuli orðað svona því án orðsins venjulegt hefði 1. mgr. 104. gr. í heild sinni ekkert innihald og væri með öllu þýðingarlaust. Orðið “venjulegt” þrengir augljóslega undantekningarregluna verulega. Næsta augljóst er þegar orð fyrrnefndrar greinargerðar eru lesin að þau lán sem hér er um fjallað geta á engan hátt talist venjubundin hvorki hjá Baugi hf. né almennt í

slíkum fyrirtækjum eins og almenningshlutafélagið Baugur hf. var á þessum tíma. Héraðsdómur lítur algerlega framhjá þessari þrengingu á undantekningunni og er orðinu „venjulegra" hreinlega sleppt út úr texta ákvæðisins þegar gerð er grein fyrir því í héraðsdómi frá 28. júní 2007 (sjá bls. 160 í ágripi). Ekki er heldur í dómi vísað til framangreindra athugasemda, sem af ákæruvaldsins var lögð rík áhersla á við fyrri og síðari flutning málsins.

Af ákæruvaldsins hálfu hefur aldrei verið dregið í efa að umræddar lánveitingar tengjast allar viðskiptum. Það er hins vegar langur vegur frá að þessi tilgreindu lán geti talist venjuleg viðskiptalán hvorki hjá Baugi hf. né verslunarfyrirtækjum yfirleitt. Ef Baugur hf. hefði verið banki eða önnur útlánastofnun þá hefðu lánin hins vegar getað talist venjuleg. Ákærðu og fjölmörg vitni hafa í raun staðfest þetta. Fjölmörgum spurningum hefur verið beint til þeirra um þessi lánaviðskipti og hvorki ákærðu né vitni hafa borið um að þessar tilteknu lánveitingar hafi verið venjulegar. Þvert á móti hafa ákærðu og vitni borið að slík viðskipti milli umræddra félaga hafi verið fátíð og ekki hafa þeir getað nefnt dæmi um að aðrir aðilar en Fjárfestingarfélagið Gaumur ehf. hafi notið sams konar lánafyrirgreiðslu (sjá t.d. framburð JÁJ á bls. 447 í ágripi, framburð TJ á bls. 761 í ágripi og framburð Hreins Loftssonar á bls. 1200 í ágripi).

5.2.1 Um sakarefni samkvæmt 3. ákærulið

Um atvik vísast í aðalatriðum til héraðsdóms frá 28. júní 2007. Óumdeilt er að þessi lánveiting tengist kaupum Gaums á fasteigninni Viðarhöfða 6 en Gaumur átti að inna af hendi 4,5 m.kr. greiðslu við afhendingu eignarinnar í september 1999 (sjá. bls. 4032 í ágripi). Lán Baugs hf. til Gaums var hins vegar ekki veitt fyrr en 11. október sama ár eins og færsluskjal og fylgiskjöl með henni í bókhaldi Baugs hf. sýna (sjá bls. 4025-4029 í ágripi). Fyrir liggur að fjárhæðin sem Gaumi var greidd var færð Baugi til eignar á viðskiptareikningi félagsins í bókhaldi Baugs hf. og þar bókuð sem lán til Gaums.

Ákærðu Jón Ásgeir og Tryggvi og vitnin Kristín og Stefán hafa borið fyrir dómi að greiðslan hafi ekki verið innt af hendi sem lánveiting heldur hafi staðið til að Baugur hf. eignaðist hluta af húsnæðinu greiðslan hafi verið innt af hendi í því skyni. Baugur hf. hafi notað hluta húsnæðisins undir skjöl. (sjá t.d. framburð JÁJ á bls. 420-1 í ágripi).

Af ákæruvaldsins hálfu er lögð áhersla á að Fjárfestingarfélagið Gaumur ehf. (hér eftir nefnt Gaumur) stóð eitt að kaupum á fasteigninni Viðarhöfða 6 og hefur alla tíð verið eigandi en Baugur hf. hefur aldrei eignast hlut í eigninni. Af framburðum ákærða Jóns Ásgeirs, Jóhannesar Jónssonar og fleiri vitna verða ekki dregnar aðrar ályktanir en að um óljósar fyrirætlanir hafi verið að ræða sem ekkert hafi verið skjalfest um og ekki hafi leitt til eignarhalds Baugs hf.

Hver sem fyrirætlun ákærða Jóns Ásgeirs var varðandi eignarhald á Viðarhöfða 6 er ljóst að þeim fyrirætlunum var ekki fylgt eftir og meðan enginn samningur lá fyrir og ekkert endurgjald kom fyrir verður óhjákvæmilega að líta svo á að um ólöglega lánveitingu hafi verið að ræða.

Fyrir dómi tók vitnið Jóhannes Jónsson af skarið um að hann hafi einn komið fram bæði fyrir hönd Baug hf. og Gaums í þessum viðskiptum (sjá bls. 1232 í ágripi). Óhjákvæmilegt sýnist þó að setja verulegan fyrirvara við þennan framburð þar sem

Unnur Sigurðardóttir einkaritari Jóns Ásgeirs ritaði undir kaupsamninginn fyrir hönd Gaums og eins verður ekki séð hvaða stjórnunarheimildir Jóhannes hefði átt að hafa til að ákveða þetta og hrinda þessu í framkvæmd.

Líta verður til fyrirvaralauss framburðar vitnisins Kristínar Jóhannesdóttur í lögregluskýrslu sem hún staðfesti fyrir dómi að Jón Ásgeir hafi tekið allar fjárhagslegar ákvarðanir af hálfu Gaums í samskiptum við Baug hf. Kaup á fasteigninni Viðarhöfða 6 hlýtur að flokkast undir slíka ákvörðun. Einnig verður að líta til framburðar Tryggva Jónssonar bæði fyrir lögreglu og fyrir dómi (sjá bls. 731 í ágripi) að Jón Ásgeir en ekki hann sjálfur hafi tekið ákvarðanir af hálfu Baugs hf. í fjárhagslegum samskiptum Baugs og Gaums. Þær Linda og Jóhanna hafa báðar borið að þær hafi ekki tekið ákvarðanir um lánveitingar. Þannig lýsti Linda því ótvírætt yfir í framburði sínum fyrir dómi *„ég veitti aldrei lán"* (sjá bls. 1310 í ágripi). Útilokað er að þær hafi upp á sitt einsdæmi ákveðið að færa 4,5 m.kr. frá Baugi hf. á reikning Gaums hf. Sú ákvörðun hefur augljóslega komið frá Jóni Ásgeiri, sbr. framburð Tryggva.

Það er þannig hafið yfir skynsamlegan vafa að Jón Ásgeir hafi komið að ákvörðun um umrædda lánveitingu og telst hann því vísvitandi hafa veitt eða látið Baug hf. veita Gaumi umrætt lán.

Lán til að fjármagna fasteignakaup annars aðila telst augljóslega ekki venjulegt viðskiptalán í starfsemi Baugs hf. sem fékkst við smásöluverslun og heldur ekki venjulegt í starfsemi slíkra fyrirtækja almennt. Ekkert var venjulegt við þetta lán, ekki var samið um vexti eða endurgreiðslu á tilteknum gjalddaga, engar tryggingar voru settar og dráttarvextir aðeins reiknaðir á stuttu tímabili af lánstímanum. Þá vissi stjórn Baugs ekki um þessa lánveitingu og lánið því veitt í andstöðu við starfsreglur stjórnar.

5.2.2 Um sakarefni samkvæmt 4. ákærulið

Um atvik vísast í aðalatriðum til héraðsdóms frá 28. júní 2007. Umrætt lán var nánar tiltekið veitt með þeim hætti að 3. desember 1999 voru 8.000.000 kr. millifærðar af bankareikningi Baugs hf. til Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis vegna kaupa Gaums á helmingi hlutafjár í einkahlutafélaginu Viðskiptatrausti sem var í eigu SPRON.

Á reikningi frá SPRON vegna þessara kaupa sem stílaður er á Gaum stendur, *„Greiðsla skv. samningi frá 12. mars 1999 að fjárhæð 8.000.000 með gjalddaga 1.12.1999"* (sjá bls. 4035-6 í ágripi). Í bókhaldi Baugs var lánsfjárhæðin eignfærð á viðskiptamannareikning Gaums hjá Baugi (sjá bls. 4038 í ágripi). Þetta lán var gert upp miðað við 30. júní 2000 án vaxta á grundvelli lokafærsluskjals, dagsetts 24. ágúst 2000. (sjá bls. 4039-40 í ágripi) en þá keypti Baugur allt hlutaféð í Viðskiptatrausti ehf. af Gaumi á nafnverði 16 milljónir kr.

Samkvæmt framburði ákærða og vitna hafði helmingshlutur Bónus í Viðskiptatrausti ehf. ranglega verið færður á Gaum við stofnun Baugs hf. Þessir framburðir styðjast ekki við nein skjalleg gögn og skýrir engan veginn umrædda lánveitingu. Forsvarsmönnum Baugs hf. og Gaums hefði verið í lófa lagið að leiðrétta eignarhaldið á hlutafénu í Viðskiptatrausti ehf. ef það var rangt en umrædd viðskipti fela ekki í sér neina slíka leiðréttingu. Þegar undirritaður þríhliða samningur Baugs hf. SPRON og Gaums ehf. frá 12. mars 1999 (sjá bls. 4066 í ágripi) er skoðaður nánar virðist þó sem samningsaðilar hafi litið á Baug hf. sem eiganda þeirra 50% í viðskiptatrausti sem

SPRON átti ekki og Gaumur ehf. hafi átt að verða meðeigandi Baugs hf. að félaginu með samningnum. Ekkert kemur fram í þessum samningi sem bendir til þess að Baugur hafi í raun verið að kaupa umrædd 50% af SPRON enda er þá engin skynsamleg skýring á aðkomu Gaums ehf. að honum.

Í framburði Kristjáns Þorbergssonar lögmanns SPRON fyrir dómi kom fram að það hafi verið að fyrirmælum forsvarsmanna Baugs hf. sem samningar um sölu SPRON á hlutafénu voru gerðir við Gaum en ekki Baug hf. (sjá bls. 1561 í ágripi) Samkvæmt framlögðum skjölum og framburðum ákærða og vitna var það því Gaumur en ekki Baugur hf. sem keypti umrætt hlutafé af SPRON og bókhald Baugs hf. sýnir að félagið lánaði Gaumi 8.000.000 kr. til kaupanna.

Bókhald Baugs hf. sýnir að gengið frá sölu Gaums á öllu hlutafé félagsins í Viðskiptatrausti ehf. að nafnverði 16.000.000 kr. til Baugs hf. rúmum átta mánuðum síðar og andvirði alls hlutafjárins greitt með því að krafa Baugs hf. á hendur Gaumi hf. á viðskiptareikningi Gaums hjá Baugi hf. var lækkuð um 16 milljónir kr. Það að Baugur hf. skyldi hafa keypt af Gaumi þann hlut í Viðskiptatrausti ehf. sem SPRON hafði ekki átt sýnir að framburðir vitna um að hlutaféð hafi ranglega verið skráð á Gaum standast ekki enda var ekki um neina leiðréttingu á eignarhaldi að ræða heldur hreinlega kaup Baugs hf. á öllu hlutafénu af Gaumi. Væru skýringar vitnanna, sem héraðsdómur leggur til grundvallar teknar trúanlegar, hefði verið um óréttmæta auðgun Gaums gagnvart Baugi hf. að ræða.

Samkvæmt framansögðu liggur fyrir að Baugur hf. greiddi SPRON kröfu samkvæmt reikningi á þriðja aðila, Gaum, til hagsbóta fyrir Gaum. Þar sem Baugur greiddi SPRON umrætt hlutafé án þess að fá í leiðinni hlutaféð formlega framselt varð til í bókum Baugs hf. og í raun og veru lánveiting frá Baugi hf. til Gaums. Síðari viðskipti milli Baugs hf. og Gaums um þetta hlutafé breyta engu þar um.

Þótt lögð sé til grundvallar sú skýring Stefáns Hilmarssonar endurskoðanda Baugs hf. sem hann ritaði í bréfi dagsettu 21. september 2004 til ríkislögreglustjórans (sjá bls. 3856-7 í ágripi), að til hafi staðið að Baugur hf. eignaðist hlutaféð í Viðskiptatrausti hf. er ljóst að ekki var gengið frá þeim viðskiptum fyrr en löngu síðar. Verður því að líta á umrædda greiðslu Baugs hf. í þágu Gaums til SPRON sem lánveitingu miðað við skýringar Hæstaréttar á lánveitingu.

Ekki verður með nokkru móti talið að slík lánveiting geti talist venjuleg í viðskiptum Baugs hf. eða almennt í viðskiptum slíks félags. Umrædd lánaviðskipti við Gaum voru ekki borin undir stjórn félagsins þótt einhverjir stjórnarmenn hafi haft upplýsingar um þá fyrirhuguðu kortaútgáfu sem Viðskiptatraust ehf. ætlaði að standa að.

Í fyrstu skýrslu sem tekin var af ákærða Jóni Ásgeiri hjá lögreglu 11. apríl 2003 (sjá bls. 1140-1) stóð ekki á skýringum hans á þeirri færslu og lýsti hann tilefni hennar nokkuð nákvæmlega og án nokkurs fyrirvara um að hann hafi ekki komið nálægt þeim. Síðar hefur hann ekkert kannast við að hafa komið nálægt þessum viðskiptum af hálfu Baugs hf. og kvaðst ekki þekkja til hver hafi staðið að þeim af hálfu Gaums (sjá bls. 427-434 í ágripi). Þó undirritar hann augljóslega fyrrnefndan þríhliða samning f.h. Gaums ehf. (sjá bls. 4066 í ágripi). Framburður ákærða hjá lögreglu og fyrir dómi er mótsagnakenndur og með ólíkindablæ. Í framburði Jóns Ásgeirs kom

fram að þeir hjá SPRON myndu staðfesta að nafn Gaums hafi komið inn í samninginn fyrir misskilning (sjá bls. 429-430 í ágripi). Í framburði Kristjáns Þorberssonar, sem vikið var að hér að framan, kemur hins vegar fram að honum hafi verið tjáð að það hafi verið að ósk Baugsmanna að Gaumur var settur inn í stað Baugs sem kaupandi hlutafjárins og ábyrgðaraðili skuldarinnar (sjá bls. 1561 í ágripi) og gengur það þvert gegn framburði Jóns Ásgeirs.

Þegar framburðir ákærðu hjá lögreglu og fyrir dómi eru skoðaðir í heild og með hliðsjón af stöðu hans hjá bæði Baugi hf. og Gaumi og bornir saman við framburði meðákærða og vitna telur ákæruvaldið að engin vafi leiki á um að ákærði Jón Ásgeir hafi staðið að umræddri lánveitingu.

5.2.3 Um sakarefni samkvæmt 6. ákærulið

Um atvik vísast í aðalatriðum til héraðsdóms frá 28. júní 2007. Umrætt lán var veitt með þeim hætti að 18. maí 2001 voru millifærðar 100.000.000 kr. af bankareikningi Baugs inn á bankareikning í eigu Fjárfestingarfélagsins Gaums ehf. (sjá bls. 4087-8 í ágripi). Sama dag var gefin út skrifleg yfirlýsing, undirrituð af hálfu Baugs með yfirskriftinni *„Staðfesting á lántöku"*. Þar kom fram að lánið bæri 16% vexti og gjalddagi sagður 15. júní 2001 (sjá bls. 4085 í ágripi). Fleiri útgáfur fundust hjá Baugi hf. af þessu skjali (sjá bls. 4086 og 4090 í ágripi). Í bókhaldi Baugs hf. var lánsfjárhæðin eignfærð á viðskiptamannareikning Gaums og eftir bókunina stóð skuld Gaums á reikningum í 262.836.989 kr. (sjá bls. 3690 í ágripi).

Umrætt lán Baugs hf. til Gaums var veitt til að fjármagna kaup Gaums ehf. á eignarhlut í sænsku félagi NRG AS en tilgangur þess félagsins var að reka skyndibitastaði á Norðurlöndunum. Óumdeilt er í málinu að Baugur hf. tók sömu fjárhæð að láni hjá Straumi hf. og endurlánaði til Gaums.

Sannað er með framburði stjórnarmannanna Hreins Loftssonar, Þorgeirs Baldurssonar og Guðfinnu Bjarnadóttur fyrir dómi að þessi lánveiting til Gaums var ekki borin undir stjórn Baugs hf. til samþykktar og stjórnarmönnum ekki kunnugt um hana (sjá t.d. framburð Hreins á bls. 1199-2001 í ágripi).

Ekkert hefur komið fram í málinu annað en framburður Jóns Ásgeirs sjálfs sem bendir til þess að munnlegt eða skriflegt samkomulag hafi verið milli Baugs hf. og Gaums að Gaumur gengi á undan í þessum viðskiptum og Baugur hf. yfirtæki þau. Ekki er stafkrókur um þessi viðskipti í fundargerðum Baugs hf. Lánið stóð óhreyft í bókum Baugs hf. þar til það var gert upp með greiðslu á víxli 5. september 2002. Engin merki eru heldur um það að Baugur hf. hafi tengst viðskiptum Gaums við NRG AB fyrr en í upphafi árs 2004. Þá var rannsókn þessa máls löngu hafin og Baugur hf. löngu hætt að vera almenningshlutafélag og nær alfarið komið í eigu Gaums og fjölskyldu ákærða Jóns Ásgeirs.

Aðspurður um hvort það hafi verið algengt hjá Baugi að verið væri að lána hundrað milljónir út úr félaginu bar ákærði Tryggvi fyrir dómi að hvorki hafi verið algengt að Baugur hf. hefði verið að lána né heldur að það væri verið að fjárfesta fyrir hundrað milljónir svona. Hann taldi að um tvö til fjögur mál yfir árin í heild væri að ræða (sjá bls. 761 í ágripi). Aðspurður um það sama bar ákærði Jón Ásgeir fyrir dómi að Baugur hf. hafi á þessum tíma aðallega verið í smásölu og á þessu ári hafi þetta verið eina dæmið sem var með þessum hætti (sjá bls. 448 í ágripi).

Með hliðsjón af fjárhæð lánsins og hvernig staðið var að lánveitingunni og lánakjörum er útilokað að umrætt lán teljist venjulegt viðskiptalán, hvorki í viðskiptum Baugs hf. né almennt í viðskiptum slíkra félaga sem Baugur hf. var. Þessi lánveiting ber á engan hátt svipmót lána sem veitt eru með venjubundnum hætti í verslunarviðskiptum. Ljóst er að aðilum ótengdum Baugi stóðu svona lán ekki til boða. Tölvupóstur frá ákærða Tryggva til Tryggva dags. 27. nóvember 2001 þar sem hann greinir frá skoðun Stefáns Hilmarssonar endurskoðanda um að þessi lánveiting sé hvað sem öðru líður ekki viðskiptalán (sjá bls. 6736 í ágripi) Þar segir hann um þetta lán: *„Geturðu ýtt á eftir Straumi að ganga frá láninu til Gaums, svo við getum losað þar 100 millj. kr.? Ég veit að þetta lán er það sem Stefán hefur mestar áhyggjur af því aðrar skuldir Gaums við Baug eru tengdar viðskiptum. Þetta er hins vegar beint lán, sem er ólöglegt. Æskilegt að hreinsa þetta út sem fyrst, en ekki síst af því okkur vantar aurinn.“* Þessi tölvupóstur er sönnun þess að ákærða Jóni Ásgeiri var fullkunnugt um álit sérfræðinga á eðli þessarar lánveitingar. Tölvupóstsamskipti milli Tryggva og Jóns Ásgeirs 14. apríl 2002 (sjá bls. 4631-2 í ágripi) þar sem Tryggvi vísar til umfjöllunar á fundi þeirra um hvort lán til Gaums væru í samræmi við lög eða ekki og bendir honum á ákvæði 104. gr. hlutafélagalaga og ákvæði skattalaga um lánveitingar sýna að ákærði hafði fulla vitneskju um þessi lagaákvæði en brást illa við túlkun sérfræðinga á þeim.

Fyrir dómi bar ákærði Jón Ásgeir fyrir dómi að hann hafi átt hugmyndina að umræddum viðskiptum og gefið fyrirmæli um að farið yrði í viðskiptin með þeim hætti sem gert var (sjá bls. 448-9 í ágripi). Telst þar með hafið yfir allan skynsamlegan vafa að það hafi verið hann sem tók með vísvitandi hætti þátt í ákvörðun um að veita eða láta veita umrædda lánveitingu til Gaums.

5.2.4 Um sakarefni samkvæmt 10. ákærulið

Í 10. ákærulið er ákærða Jóni Ásgeiri gefið að sök til vara að hafa með þeim hætti sem þar er lýst brotið gegn 1. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga með því að hafa lánað Fjárfari ehf. kaupverð hlutafjár að nafnverði 2.500.000 kr. í Baugi.net ehf. sem ákærði lét Baug hf. selja Fjárfari ehf. fyrir 50.000.000 kr., samkvæmt kaupsamningi dags. 16. júní 2000 (sjá bls. 4412-13 í ágripi). Í bókhaldi Baugs hf. var krafa félagsins eignfærð á viðskiptamannareikning Fjárfars ehf. 30. júní 2000 (sjá bls. 4414 í ágripi). Bakfærsla var gerð í bókhaldi Baugs hf. 21. febrúar 2002 með þeim hætti að eign Baugs hf. á viðskiptamannareikningi Fjárfars ehf. var lækkuð um 50.000.000 kr., nafnverð hlutafjár í Baugi.net ehf. eignfært en 47.500.000 hagnaður af sölu hlutabréfa gjaldfærður (sjá bls. 4417 í ágripi). Þessi færsla var síðan leiðrétt viku síðar eða 28. febrúar 2002 og gjaldfærslunni breytt í eignfærslu að fjárhæð 47.500.000 kr. (sjá bls. 4420 og 4422 í ágripi). Afleiðing leiðréttingarfærslunnar var sú að í stað einfaldrar bakfærslu stóð bókfærður söluhagnaður vegna viðskipa með hlutaféð óhaggaður í bókhaldi Baugs hf.

Af ákæruvaldsins hálfu hefur verið byggt á því í málinu að um sýndarviðskipti hafi verið að ræða og megintilgangur þessara samninga og bókhaldstilfæringa hafi verið sá að búa til óréttmætan hagnað í bókhaldi Baugs hf. Ákæruefnum sem að þessu lúta hefur verið vísað frá dómi. Eftir stendur að samkvæmt bókhaldi Baugs hf. voru hlutabréf í Baugi.net ehf. seld frá félaginu til Fjárfars ehf. og andvirði þeirra lánað þar til viðskipti þessi voru bakfærð með þeim einkennilega hætti þó að söluhagnaður vegna viðskiptanna var látinn standa óhaggaður í bókum Baugs hf.