Í hinum áfrýjaða héraðsdómi frá 28. júní 2007 er komist að þeirri niðurstöðu að færsla kaupverðs hlutanna í Baugi.net ehf. á viðskiptareikning Fjárfars ehf. hafi ekki verið byggð á nægilega traustum grunni og því hafi ákæruvaldinu ekki tekist að sanna með ótvíræðum hætti að um lán hafi verið að ræða frá Baugi hf. til Fjárfars ehf.

Grundvöllur þessarar niðurstöðu héraðsdóms er afar ótraustur og rangur. Fyrir liggur að kaupverð hlutafjárins var fært Fjárfari ehf. til skuldar á viðskiptareikningi í bókhaldi Baugs hf. 30. júní 2000 og lánveitingin þar með bókfærð. Ekkert var hreyft við þessari færslu 15. september 2000 þegar kaupverðið skyldi greitt og raunar ekkert fyrr en 21. febrúar 2002. Á þessum tíma hafði færslan umtalsverð áhrif á reikningsskil Baugs hf. Umrætt hlutafé var skráð sem eign Fjárfars ehf. í bókhaldi Baugs.net ehf. Samkvæmt framansögðu er sú ályktun héraðsdóms beinlínis röng að þar sem greiðsla kaupverðsins hafi hvorki farið fram á tilskyldum degi né síðar hafi ekkert orðið af kaupunum og Fjárfar ehf. hafi þannig aldrei orðið eignandi hlutanna í Baugi.net ehf.

Ákæruvaldið hefur sýnt fram á að sala hlutabréfanna í Baugi.net ehf. til Fjárfars ehf. var um margt einkennilegur gerningur sem ætlað hafi verið að skapa óréttmætan hagnað í bókhaldi Baugs ehf. Framhjá því verður hins vegar ekki litið að Baugur ehf. lánaði Fjárfari ehf. kaupverð hlutafjárins og sú skuld stóð inni í bókum Baugs hf. í rúmlega hálft annað ár. Það að skuld Fjárfars ehf. var færð af viðskiptareikningi félagsins í bókhaldi Baugs hf. í ársbyrjun 2002 verður á engan hátt lagt að líku við það að ekkert hafi orðið úr kaupunum. Fyrirvarinn um greiðslu 15. september 2000 hafði því engin áhrif í viðskiptunum. Áhrif endanlegrar færslu í bókhaldi Baugs hf. svöruðu raunar til þess að hlutaféð hefði verið keypt til baka á 50.000.000 kr. enda tekjufærslan ekki bakfærð heldur fjárhæðin í heild eignfærð.

Ákæruvaldið hefur einnig sýnt fram á að ákærði stjórnaði Fjárfari ehf. og tók allar fjárhagslegar ákvarðanir af hálfu þess félags. Félagið var eingöngu starfrækt í hans þágu undir handarjaðri Gaums. Fjölmörg málsgögn og framburðir vitna staðfesta þetta. Aðspurður um hvort Jón Ásgeir hefði tekið þær ákvarðanir sem honum var falið að framfylgja svaraði Helgi Jóhannesson stjórnarformaður Fjárfars þessu til: *„Ja ég veit ekki um ákvarðanatökuna. Ég veit alla vegana [sic] að hann vissi um það allt saman og var sá maður sem að var – sem hún [Kristín] leitaði til eftir því sem hún sagði mér“*. Þá staðfesti Helgi þann framburð sinn í lögregluskýrslu frá 24. maí 2004 að það hafi verið augljóst við störf hans fyrir félagið að upplýsingar um starfsemi félagsins og ákvarðanir virtust koma frá Jóni Ásgeiri Jóhannessyni. (sjá framburð Helga Jóhannessonar fyrir dómi bls. 1571 og bls. 1576. Sjá einnig í ágripi framburð Ingibjargar Pálmadóttur fyrir dómi bls. 1221 og áfram, kaupsamning milli Jóns Ásgeirs og eignarhaldsfélags ÍSP ehf. dags. 30. des. 2000 á bls. 4164, og framburð Helgu Gísladóttur á bls. 1587 og áfram. Einnig tölvupóstsamskipti Helga Jóhannessonar, Kristínar Jóhannesdóttur o.fl. á bls. 4153-4239).

Kaupsamningurinn milli Baugs hf. og Fjárfars ehf. er undirritaður af ákærða Jóni Ásgeiri f.h. Baugs hf. en af Helga Jóhannessyni af hálfu Fjárfars ehf. Af framburði vitnanna Kristínar Jóhannesdóttur, Jóhannesar Jónssonar og Helga Jóhannessonar verður ráðið með vissu að Jón Ásgeir hafi tekið ákvörðun um kaupin af hálfu Fjárfars ehf. Jón Ásgeir bar ábyrgð á bókhaldi Baugs hf. og hvernig það var fært. Hafið er yfir allan vafa að ákærði Jón Ásgeir tók þannig ákvörðun um að lána Fjárfari ehf. kaupverð umræddsa hlutafjár.

5.3 Um brot gegn 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga, sbr. ákæruliði 4, 5 og 7-9

Í 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga er sú háttsemi lýst ólögmæt að láta hlutafélag veita lán til þess að fjármagna kaup á hlutum í félaginu. Undanþegin eru þó kaup starfsmanna félagsins eða tengds félags á hlutum eða kaup á hlutum fyrir þá.

Gagnstætt 1. mgr. 104. gr. einskorðast 2. mgr. ekki við lán til þeirra sem orðnir eru hluthafar heldur er um að ræða bann við að hlutafélag veiti lán til að fjármagna kaup á hlutum í félaginu. Eins og réttilega kemur fram í héraðsdómi frá 28. júní 2007 eru venjuleg viðskiptalán ekki undanskilin.

Brot ákærða gegn 2. mgr. 104. gr. eru af nokkuð ólíkum toga. Brot samkvæmt ákærulið 2 felur í sér að ákærði lét Baug hf. veita Gaumi peningalán til kaupa á hlutafé í Baugi hf. Brot ákærða samkvæmt ákæruliðum 5, 8 og 9 fela í sér að ákærði lét Baug hf. lána Gaumi, Fjárfari ehf. og Kristínu systur sinni andvirði hlutafjár sem þau keyptu í hlutafjárútboði. Brot ákærða samkvæmt 7. ákærulið felur í sér að ákærði lét Baug hf. lána Fjárfari andvirði áður útgefins hlutafjár í Baugi hf.

Ákvæði 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga verður að skýra eftir orðanna hljóðan. Rétt er að vísa til skýringa Hæstaréttar í dómi frá 25. janúar 2007. Þar segir 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. Þau tilvik sem hér er ákært fyrir falla að öllu leyti að þessari skýringu Hæstaréttar. Baugur lét af hendi peninga eða önnur fjárhagsleg verðmæti, í þessu tilviki hlutafé í Baugi hf. með áskilnaði um endurgreiðslu í peningum eða ígildi þeirra. Undantekningarregluna í niðurlagi 2. mgr. 104. gr. verður að skýra eftir orðanna hljóðan og samræmist slík skýring þeim tilgangi ákvæðisins sem skýrt kemur fram í lögskýringargögnum. Ef einungis er litið á orðalag undantekningarreglunnar er ljóst að hún á einungis við um kaup starfsmanna félagsins og starfsmanna tengds félags. Augljóst er að orðin kaup starfsmanna eiga við um félagið sjálft og tengt félag. Í þessu tilviki er reyndar aðeins átt við starfsmenn móðurfélags og dótturfélags en héraðsdómur kemst að gagnstæðri niðurstöðu án sérstaks rökstuðnings. Ef setningin er lesin til enda kemur í ljós að hún gengur ekki upp málfræðilega nema með þessari skýringu þar sem setningin endar á *„eða kaup á hlutum fyrir **þá**“*. Orðið þá getur aðeins vísað til starfsmanna en ekki starfsmanna og tengds félags þar sem ella yrði að enda setninguna á *„fyrir þessa aðila“* eða með sambærilegum hætti.

Fleira styður þessa augljósu skýringu. Í fyrsta lagi yrði samhengi 1. og 2. mgr. með öllu óskiljanlegt ef lána mætti tengdum félögum til hlutafjárkaupa en ekki veita þeim önnur lán samkvæmt 1. mgr. 104. gr. Í öðru lagi þá er algerlega nauðsynlegt að líta til tilgangs ákvæðisins og tilefnis þess. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 35/1999 segir svo um 8.gr.: *„Hið nýja ákvæði er sett með hliðsjón af 2. mgr. 23. gr. 2. félagaréttartilskipunarinnar. Felst í því að hlutafélagi er ekki bannað að veita starfsmönnum félagsins eða tengds félags lán til að fjármagna kaup á hlutum í félaginu eða móðurfélagi þess. Félaginu er og heimilt að leggja fram fé eða setja tryggingu í tengslum við slík kaup starfsmanna á hlutum. Sama gildir sé þetta gert fyrir þá.“* Af þessu orðalagi er fullkomlega ljóst að ákvæðið var ekki sett til að heimila lánveitingu til tengds félags heldur aðeins til starfsmanna hins tengda

félags.

Með framangreindri skýringu á niðurlagi 2. mgr. 104. gr. er ekki verið að skýra ákvæðið að neinu leyti með rýmkandi hætti heldur einungis að beita almennri skýringu sem nauðsynlegt er að gera í refsirétti eins og á öðrum réttarsviðum.

Í héraðsdómi er byggt á því, án nokkurs rökstuðnings, að Baugur hf. og Gaumur hafi verið tengd félög. Þótt Gaumur hafi átt stóran hlut í Baugi hf. og eigendur Gaums sömuleiðis og ákærði Jón Ásgeir hafi stjórnað báðum félögunum og blandað hagsmunum félaganna saman í trássi við starfsreglur stjórnar Baugs hf., liggur ljóst fyrir að hvorugt félaganna telst hafa verið móðurfélag hins og félögin voru ekki gerð upp með samstæðureikningi. Félögin voru því ekki tengd í skilningi 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga.

5.3.1 Um sakarefni samkvæmt 2. ákærulið

Sakarefni samkvæmt þessum ákærulið er að hluta til lýst í hinum áfrýjaða dómi frá 28. júlí 2007. Nánari atvik eru þau að hlutafé Baugs hf. var aukið um 4 milljónir kr. að nafnverði á grundvelli samþykktar aðalfundar Baugs 8. apríl 1999. Stjórn Baugs hf. réðst í að nýta þessa heimild, sbr. bókun á stjórnarfundi 1. júní 1999 (sjá bls. 2770 og 2920 í ágripi). Gaumur keypti 10 milljónir kr. að nafnverði af þessari hlutafjáraukningu.

Í hinum áfrýjaða héraðsdómi frá 28. júní 2007 er því réttilega lýst hvernig það atvikaðist að Baugur hf. lánaði Gaumi 100.000.000 kr. í ágúst 1999 til kaupa á umræddu hlutafé. Lánið var nánar tiltekið veitt þannig að umrædd fjárhæð var millifærð af reikningi Baugs hf. í Íslandsbanka hf. til bankans sem greiðsla Gaums hf. vegna innheimtu bankans á hlutafjárloforði Gaums í fyrrnefndu hlutafjárútboði Baugs hf. (sjá bls. 3924 í ágripi). Baugur hf. var þannig að veita Gaumi peningalán til kaupa á hlutafé í hlutafjárútboði Baugs hf. Lánið var eignfært á viðskiptareikning Gaums í bókhaldi Baugs hf. 23. ágúst 1999 (sjá bls. 3926 í ágripi) á grundvelli fylgiskjals sem bar yfirskriftina *„Staðfesting á lánveitingu“* og er skjalið dagsett 20. ágúst 1999 (sjá bls. 3923 í ágripi). Þá er því lýst í dóminum hvernig Gaumur seldi NRP ehf. hlutaféð fyrir 90.000.000 kr. með kaupsamningi dagsettum 15. nóvember 1999 (sjá bls. 3937 í ágripi). NRP ehf. greiddi kaupverðið beint til Baugs hf. í þremur greiðslum; 15.000.000 kr. 28. október 1999, 15.000.000 kr. 2. nóvember 1999 og 60.000.000 kr. 28. júní 2000, að viðbættum vöxtum (sjá bls. 3927-9 í ágripi). Jafnframt var krafa á viðskiptamannareikningi Gaums hjá Baugi færð niður um 10.000.000 kr. 31. desember 1999 og fjárhæðin færð sem stofnkostnaður vegna Debenhams. (sjá bls. 3930 í ágripi). Að öðru leyti vísast til héraðsdóms um lýsingu atvika og rökstuðnings fyrir þeirri niðurstöðu að umrædd fjármunatilfærsla hafi verið andstæð 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga.

Samkvæmt framburði ákærða Jóns Ásgeirs þekkti hann vel til viðskiptanna að baki lánveitingunni og kvaðst sjálfur hafa af hálfu Baugs hf. séð um að efna samninginn við NRP ehf. en bar að um viðskiptalán hafi verið að ræða. Eins og réttilega kemur fram í héraðsdómi eru viðskiptalán hins vegar ekki undanþegin refsinæmi samkvæmt 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga heldur er það einfaldlega bannað að lána til kaupa á hlutum í félaginu og í 153. gr. laganna er mælt fyrir um refsingu þeim til handa sem brjóta gegn banninu. Einu gildir þótt litið yrði svo á að í raun hafi lánið verið veitt NRP ehf.

Samkvæmt framburði ákærða og vitna er ljóst að hann tók ákvörðun um framkvæmd umræddra viðskipta og þar með að veita lánið. Ákæruði ber því refsiábyrgð á þeirri refsiverðu háttsemi að lána hlutafé almenningshlutafélagsins Baugs hf. í andstöðu við 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga. Það er ákvörðunin um að lána sem þar er lýst refsiverð en ekki færsla lánveitingarinnar í bókhald og breytir því engu þótt undirmenn ákærða hafi annast það verk og muni ekki eftir því hver gaf fyrirmæli þar um. Færsla lánveitingarinnar til Gaums í bækur Baugs hf. var aðeins óhjákvæmileg afleiðing af ákvörðun ákærða um að veita Gaumi lánið.

5.3.2 Um sakarefni samkvæmt 5., 8. og 9. ákærulið

Brot ákærða Jóns Ásgeirs samkvæmt ákæruliðum 5, 8 og 9 eru nátengd og falla því lýsingar atvika og röksemdir fyrir sakfellingu að mestu leyti saman. Í þessum þremur tilvikum veitti Baugur hf. þremur aðilum, sem allir hafa náin tengsl við ákærða Jón Ásgeir, lán til að fjármagna hlutafjárkaup í Baugi hf. í útboði sem fram fór 18.-22. desember 2000.

Gríðarlegir hagsmunir liggja að baki því að stjórnendur félags geti ekki aukið hlutafé í félagi með útgáfu nýs hlutafé til sjálfs sín og aðila sér tengdra í því skyni að fénýta hlutaféð með ýmsum hætti til sölu og láns án þess að nokkrir fjármunir komi inn í félagið og styrki um leið stöðu sína í félaginu. Ljóst er að Jón Ásgeir og félög honum tengd, svo sem Fjárfar ehf. og Gaumur, notuðu hlutabréf sín í Baugi hf. til veðsetninga í bönkum fyrir skuldum sínum þar. Þetta sýna handveðsyfirlýsingar þessara félaga en sumar þeirra hefur Jón Ásgeir undirritað fyrir hönd Fjárfars og Gaums (sjá bls. 4333-4345 í ágripi).

Hluthafafundur í Baugi hf. ákvað 9. október 2000 að við útboð vegna hlutafjáraukningar að fjárhæð 110 milljóna kr. að nafnverði sem heimiluð hafði verið á hluthafafundi í október 2000 skyldu nýir hlutir staðgreiddir innan tveggja vikna frá lokum áskriftartímabils (sjá bls. 4078-9 í ágripi). Í fundargerð stjórnarfundar Baugs hf. frá 20 nóvember 2000 var bókað eftir ákærða Tryggva að mikilvægt væri að nýtt hlutafé yrði greitt fyrir árslok (sjá bls. 4080-1 í ágripi). Hlutafjáraukningin fór fram dagana 18.-22. desember 2000 og annaðist Íslandsbanki framkvæmd hennar. Í tilkynningum til Verðbréfaþings Íslands fyrir og eftir áramótin 2000/2001 kom skýrt fram hvernig ráðstafa ætti hlutafjáraukningunni og að greiða ætti andvirðið með gíróseðli í síðasta lagi 8. janúar 2001. Þessar upplýsingar voru augljóslega ætlaðar hluthöfum, fjárfestum og eftirlitsaðilum (sjá bls. 4082-4 í ágripi).

Í ársreikningi Baugs hf. fyrir árið 2000 kom þessi hlutafjáraukning að fullu fram í hækkun eigin fjár og sú heildarfjárhæð hlutafjáraukningarinnar var færð sem innborgað hlutafé undir liðnum fjármögnunarhreyfingar en reyndar hluti af þeirri fjárhæð fært sem veltufjármunir undir liðnum kröfur vegna hlutafjárútboðs 808.571.000 kr. Í bókhaldi Baugs hf. um áramót 2000/2001 var sá hluti hlutafjárins sem þá var ógreiddur eðlilega færður á sérstakan lið sem óinnheimt hlutafé þar sem gjalddagi var ekki kominn (sjá bls. 2787-2805 í ágripi).

Í byrjun febrúar sendi Íslandsbanki hf. Baugi hf. síðan yfirlit yfir innheimt hlutafé. Á lista yfir óinnheimt hlutafé eru umrædd þrenn hlutafjárkaup (sjá bls. 4075-7 í ágripi). Ljóst er að hlutafé umræddra þriggja aðila var enn ógreitt 8. febrúar 2001. Ljóst er einnig að Baugur hf. tók að sér innheimtu þessara krafna.

Af tölvupóstsamskiptum milli, Lindu fjármálastjóra Baugs hf. og ákærðu Jóns Ásgeirs og Tryggva frá 9. og 10. janúar 2001 (sjá bls. 4592-3 og 4070 í ágripi) er ljóst að Jón Ásgeir hafði aðrar hugmyndir en að endurgreiða umræddar lánveitingar. Gripið var til þess ráðs í bókhaldi Baugs hf. 13. febrúar 2001 að færa umræddar fjárhæðir af liðnum óinnheimt hlutafé yfir á viðskiptamannareikninga viðkomandi þriggja aðila (sjá bls. 4071 í ágripi). Þar með sýndi bókhaldið ekki lengur óinnheimt hlutafé heldur voru lánveitingarnar vel faldar innan um aðrar skammtímakröfur. Þessar færslur 13. febrúar 2001 marka tímamót þar sem þarna var ekki lengur um venjulegt óinnheimt hlutafé að ræða heldur hafði lánveitingunni verið markaður bás í bókhaldi Baugs hf. sem kröfur á tilgreinda aðila. Þar með var orðið fullljóst að Baugur hf. leit á þessa aðila sem hluthafa og þeir nutu atkvæðisréttar og arðs af þessu nýja hlutafé sínu (sjá t.d. bls. 4122-3 og bls. 4376-9 í ágripi). Augljóst er að eftir þessa aðgerð var ekki litið svo á að um óinnheimt hlutafé væri að ræða í skilningi hlutafélagalaga, enda komið fram yfir hinn almenna gjalddaga. Þar með hafði Baugur hf. lánað þessum aðilum andvirði hlutafjárins. Engar tilraunir voru gerðar til að innheimta andvirði hlutafjárins og engar tilkynningar sendar til hlutafélagaskrár.

Vitnið Linda Jóhannesdóttir þáverandi fjármálastjóri Baugs hf. kannaðist fyrir dómi við fyrrnefnd tölvupóstsamskipti frá 9. og 10. janúar 2001 og staðfesti framburð sinn í lögregluskýrslum 1. apríl 2003 þess efnis að hún hafi litið svo á að eftir þessi tölvupóstsamskipti við Jón Ásgeir og Tryggva væri innheimta hlutafjárins í þeirra höndum (sjá bls. 1325 og bls. 12370 í ágripi).

Stjórn Baugs hafði gefið afar ströng fyrirmæli um innheimtu hlutafjárins í fundargerð frá 6. nóvember 2000, þ.e. að staðgreiða bæri það innan tveggja vikna frá lokum hlutafjárútboðs (sjá bls. 2955 í ágripi). Af framburði stjórnarmannanna Hreins Loftssonar (sjá bls. 1195-8 í ágripi) og Þorgeirs Baldurssonar (sjá bls. 1667-119 og 1668) er ljóst að stjórnin vissi ekki annað en að hlutaféð hefði allt verið innborgað. Stjórnin hafði þannig aldrei vitneskju eða ástæðu til að hafa áhyggjur af innheimtu hlutafjárins. Stjórnin fékk því aldrei tilefni til að grípa til þeirra úrræða sem til staðar eru samkvæmt 16.-19. gr. hlutafélagalaga.

Jóhannes Jónsson, stjórnarmaður og faðir ákærða Jóns Ásgeirs, var einn þeirra sem skráði sig fyrir hlutafé án þess að greiða andvirði þess. Hann hlaut því að vita að kaup þess væru fjármögnuð af Baugi hf.. Fyrir dómi var borinn undir Jóhannes sá framburður hans hjá lögreglu að ákærði Jón Ásgeir hafi tekið ákvörðun um að þessi leið væri fær, þ.e. að veita honum þetta lán með því að færa kröfuna á viðskiptareikning hans og svaraði hann því til að hann hafi væntanlega átt við að hún væri farin (sjá bls. 1233 í ágripi). Jóhannes hefur þannig staðfest fyrir dómi að ákærði Jón Ásgeir hafi tekið ákvörðun um að Baugur hf. fjármagnaði kaup þessara þriggja aðila á hlutafé með því að lána andvirði hlutafjárins.

Ekki verður framhjá því litið að ákærði Jón Ásgeir var einn þeirra aðila sem ekki greiddi fyrir hlutafé sem hann skráði sig fyrir í þessu útboði. Hann hefur því augljóslega verið samningsaðili við Baug hf. um þau viðskipti eins og raunar fyrir Gaum og Fjárfar ehf. Með því að greiða ekki fyrir hlutaféð innan þeirra tímamarka sem hluthafafundur félagsins hafði ákveðið og leita ekki til stjórnar félagsins eftir frekari greiðslufresti, auk þess að hunsa fyrirspurnir fjármálastjóra félagsins en láta engu að síður afhenda sér og hinum fjórum réttindi yfir umræddu hlutafé var hann í

raun að veita þessum aðilum lán til að fjármagna kaupin á hlutafénu. Bréfin voru ekki staðgreidd og ekki fjármögnuð með öðrum hætti. Þau voru engu að síður afhent og því verður ekki hjá því komist að líta svo á að Baugur hafi fjármagnað kaupin með því að lána andvirði þeirra. Færsla krafnanna inn á viðskiptamannareikninga þeirra var óhjákvæmileg afleiðing af þeirri ákvörðun Jóns Ásgeirs að standa ekki við fyrirframgefna greiðsluskilmála sem aðrir en umræddir fimm aðilar máttu sæta.

Umrædd hlutafjárkaup þessara þriggja aðila voru að öllu öðru leyti sambærileg og því hljóta ummæli í greinargerð PWC dags. 13. október 2005 að þessu leyti að eiga einnig við um þessa þrjá aðila. Þar segir orðrétt: *„Í febrúar 2001 fékk JÁJ lán að fjárhæð kr.17.039.530 til hlutafjárkaupa og er það óumdeilt. Við teljum eðlilegt að flokka þetta lán sérstaklega þar sem um raunverulega lánveitingu er að ræða vegna kaupa á hlutabréfum í samræmi við heimild skv. 104. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög.“* (sjá bls. 4669-70 í ágripi) Framangreindur skilningur PWC er í samræmi við skilning ákæruvaldsins. Af einhverjum undarlegum ástæðum komast sérfræðingar PWC að þveröfugri niðurstöðu um sams konar færslur í bókhaldi Baugs vegna lána til Gaums, Fjárfars og Kristínar Jóhannesdóttur í skýrslu frá 16. desember 2006 (sjá bls. 4688 og 4692 í ágripi). Fyrir dómi gátu skýrsluhöfundar ekki skýrt þetta ósamræmi. Að mati ákæruvaldsins er um alvarlega mistúlkun á 17. og 19. gr. hlutafélagalaga að ræða í síðari skýrslu PWC og hefur héraðsdómur fallið í sömu gryfju.

Í 17. gr. hlutafélagalaga er augljóslega gengið út frá því að sá sem skráir sig fyrir hlut öðlist ekki rétt til hlutar og fái hlut ekki afhentan fyrr en hann hefur greitt fyrir hlutaféð, sbr. orðalagið *„Stjórn félagsins skal þá án tafar annaðhvort innheimta skuldina með málsókn eða afhenda öðrum rétt til hlutar eða hluta áskrifandans. Jafnan skal þó, áður en hlutir eru afhentir öðrum, veita áskrifanda fjögurra vikna frest til að koma málum sínum í rétt horf.“*

Í umræddum tilvikum hagaði því hins vegar þannig til að réttindi yfir hlutafénu voru afhent umræddum þremur aðilum án nokkurs fyrirvara. Stjórn Baugs hf. vissi ekki betur en að allt hlutaféð hefði verið innheimt með eðlilegum hætti. Það var því skylda forstjóra félagsins, meðal annars á grundvelli 68. gr. hlutafélagalaganna, að fylgja ákvæðum 16.-19. gr. laganna. Það getur síður en svo firrt hann refsiábyrgð skv. 2. mgr. 104. gr. laganna að hann forsmáði algerlega ákvæði 16.-19. gr. heldur afhenti hann hlutaféð þótt ekki væri greitt fyrir það og fjármagnaði kaupin með því að færa andvirði þess sem kröfu á viðkomandi kaupendur á viðskiptareikningi félagsins, án nokkurs loforð um greiðslu, án þess að vextir væru reiknaðir nema hluta af tímabilinu og án nokkurra trygginga og án þess að nokkur reki væri gerður að innheimtu. Allt sér sjálfum, systur hans, föður og tveimur félögum á hans vegum til hagsbóta. Þar sem andvirðið var þó ekki fellt niður heldur fært á viðskiptamannareikninga viðkomandi verður þó að líta svo á að áskilnaður hafi verið gerður um endurgreiðslu og þar með hafi verið um lánveitingar að ræða.

5.3.3 Um sakarefni samkvæmt 7. ákærulið

Með skriflegum samningi kaupsamningi, dagsettum 16. maí 2000, seldi Baugur hf. Fjárfari hlutabréf í Baugi að nafnviði 5.000.000 krónur en að verðmæti 64.500.000 krónur. Kaupsamningurinn fannst í bókhaldi Fjárfars undirritaður af þeim Helga Jóhannessyni f.h. Fjárfars og Jóni Ásgeiri Jóhannessyni f.h. Baugs hf. (sjá bls. 4116 í ágripi) en óundirritaður sem fylgiskjal í bókhaldi Baugs hf. (sjá bls. 4117 í ágripi). Í bókhaldi Baugs hf. var lánsfjárhæðin eignfærð á viðskiptamannareikning Fjárfars ehf.

16. maí 2000 (sjá bls. 4118-21 í ágripi). Kaupverðið skyldi greiða 2. júní 2000 en engin greiðsla fór þá fram og engin tilraun var gerð til innheimtu lánsins, sbr. framburð Helga Jóhannessonar fyrir dómi (sjá bls. 1567 í ágripi). Skuldin á viðskiptareikningi Fjárfars ehf. hjá Baugi hf. var ekki greidd fyrr en á árinu 2003, löngu eftir að rannsókn þessa máls hófst.

Eins og réttilega kemur fram í héraðsdómi frá 28. júní 2007 afhenti Baugur hf. þannig Fjárfari ehf. umrædda hluti í Baugi hf. gegn gjaldfresti á greiðslu kaupverðs og fjármagnaði þar með kaup Fjárfars ehf. á hlutum í félaginu þannig að í bága fer við ákvæði 2. mgr. 104. gr. hlutafélagalaga.

Af framburði Hreins Loftssonar, Þorgeirs Baldurssonar og annarra stjórnarmanna verður ráðið að þessi hlutabréfaviðskipti voru ekki borin undir stjórnina til samþykkis eða upplýsinga, enda leyndi Jón Ásgeir alla tíð tengslum sínum við Fjárfar ehf.

Helgi Jóhannesson framkvæmdastjóri Fjárfars ehf. bar fyrir dómi að hann hafi ekki komið að þessum samningi með öðrum hætti en að undirrita hann (sjá bls. 1567 í ágripi). Af framburði Helga og ákærða Jóns Ásgeirs er ljóst að sá síðarnefndi tók ákvörðun um þessi hlutabréfaviðskipti af hálfu bæði kaupanda og seljanda.

Með hliðsjón af því sem fram er komið um tengsl Jóns Ásgeirs við Fjárfar ehf. er hafið yfir allan vafa að hann tók vísvitandi þá ákvörðun að láta afhenda Fjárfari ehf. umrætt hlutafé í Baugi án þess að endurgjaldið væri greitt og gerðist þar með sekur um refsiverða háttsemi.

6. Um sakarefni samkvæmt III. kafla ákæru

6.1 Almennt um sakarefni samkvæmt III. kafla ákæru

Í ákæruliðum samkvæmt III. kafla ákærunnar er ákærðu gefin að sök tvenns kyns brotastarfsemi sem þó tengist verulega. Annars vegar er þeim Jóni Ásgeiri og Tryggva gefin að sök bókhaldsbrot sem sjálfstæð brot og hins vegar er Jóni Ásgeiri gefnar að sök þær afleiðingar bókhaldsbrotanna sem koma fram í röngum tilkynningum til Verðbréfaþings Íslands. Með þessum röngu, opinberu, tilkynningum sem byggðust á niðurstöðum árshlutareikninga og ársreiknings Baugs hf. skýrði ákærði Jón Ásgeir vísvitandi og í blekkingarskyni rangt frá högum Baugs hf. á opinberum vettvangi og skapaði vísvitandi rangar hugmyndir um hag félagsins þannig að áhrif gat haft á sölu eða söluverð hluta í félaginu. Orsakasamhengið milli bókhaldsbrotanna og hinna röngu tilkynninga er beint þar sem bókhaldsbrotin höfðu bein og fyrirsjáanleg áhrif á lykiltölur í árshlutareikningum og ársreikningum. Það er enda á því byggt af hálfu ákæruvaldsins að það hafi einmitt verið markmiðið. Fram hefur komið í málinu að töluleg framsetning í tilkynningum til Verðbréfaþings Íslands er alfarið byggð á sambærilegum fjárhæðum á árshlutareikningum og ársreikningum.

Ákærða Jóni Gerald er í ákærulið 15 gefið að sök brot gegn 2. mgr. 262. gr. almennra hegningarlaga, sbr. lög um bókhald, með því að hafa á árinu 2001 aðstoðað ákærðu Jón Ásgeir og Tryggva við að rangfæra bókhald Baugs hf. með því að búa til gögn sem áttu sér ekki stoð í viðskiptum.

Brot þau sem ákærðu er gefin að sök í ákæruliðum 11 og 12 höfðu áhrif á árshlutareikning Baugs hf. miðað við 30. júní 2000 og gætti áhrifa þeirra þannig í fréttatilkynningu sem send var af hálfu Baugs hf. til Verðbréfaþings Íslands 28. ágúst

2000 og afkomutilkynningu af vef Verðbréfaþings Íslands um árshlutauppgjörið (sjá bls. 6072-9 í ágripi). Jafnframt höfðu framangreind brot og þau sem ákærðu er gefið að sök í ákæruliðum 13 og 14 áhrif á ársreikning Baugs hf. fyrir árið 2000 og gætti áhrifa þeirra þannig í tilkynningu sem send var af hálfu Baugs hf. til Verðbréfaþings Íslands 19. mars 2001 og afkomutilkynningu af vef Verðbréfaþings Íslands um árshlutauppgjörið (sjá bls. 6140-3 og 6164-8 í ágripi). Brot þau sem ákærðu er gefin að sök í ákæruliðum 15 og 16 höfðu hins vegar áhrif á árshlutareikning Baugs hf. 30. júní 2001 og gætti áhrifa þeirra þannig í tilkynningu sem send var af hálfu Baugs hf. til Verðbréfaþings Íslands 3. september 2001 (sjá bls. 6767 og 6809-6815 í ágripi).

Í ákærunni er lýst brotum á bókhaldslögum, lögum um hlutafélög og almennum hegningarlögum. Af ákæruvaldsins hálfu er því haldið fram að ekkert eitt þessara brota tæmi sök gagnvart hinum. Þótt niðurstaða dómsins verði sú að eitthvert refsiákvæðanna tæmi sök gagnvart öðru verður ekki hjá því komist að taka afstöðu til þess hvort ákærði hafi gerst sekur um þá háttsemi sem lýst er í ákærunni og hvort sú háttsemi varði við þau refsiákvæði sem hún er talin varða við samkvæmt ákærunni.

Því er lýst í ákæruliðum 11 -16 hvaða áhrif rangar færslur höfðu á lykilstærðir í viðkomandi árshlutareikningi eða ársreikningi í krónum talið og hlutfallslega og eins hvaða áhrif þær færslur sem tilheyrðu sama tímabili höfðu á sömu lykilstærðir. Þær lykilstærðir sem um er að ræða eru hagnaður eftir skatta sem notaður er til að reikna út V/H hlutfall, eigið fé og svokölluð EBITDA. Allt eru þetta stærðir sem notaðar eru af fjárfestum og greiningaraðilum til þess að meta verðmæti félaga á markaði og þar með hlutafjár og þar með til þess fallnar að hafa áhrif á ákvarðanir manna um kaup og sölu á hlutabréfum. Umræddir lykilstærðir eru reiknaðar af endurskoðendum Deloitte hf. og sóttir í ákæruna úr greinargerð dags. 8. mars 2006 sem endurskoðendurnir unnu fyrir settan ríkissaksóknara (bls. 5957-80 í ágripi). Ekki hafa verið bornar brigður á þessa útreikninga af hálfu ákærðu. Um þýðingu og gildi þessara lykiltalna vísast í álitsgerð dags. 28. janúar 2006, sem Árni Tómasson, löggiltur endurskoðandi, vann fyrir settan ríkissaksóknara (sjá bls. 7650-59 í ágripi).

6.1.1 Um ákvæði bókhaldslaga

Í 1. mgr. 6. gr. bókhaldslaga nr. 145/1994 er kveðið á um að bókhaldi skuli haga þannig að á skýran og aðgengilegan hátt megi rekja viðskipti og notkun fjármuna. Þá er í 8. gr. laganna fyrirmæli um að sérhver færsla í bókhaldi skuli byggð á áreiðanlegum og fullnægjandi gögnum sem rekja megi til viðskiptanna. Ytri sem innri gögn skuli fela í sér upplýsingar sem nægi til réttmætrar skráningar í bókhaldið.

Allar þær bókhaldsfærslur sem ákært er fyrir voru framkvæmdar á aðalskrifstofu Baugs hf., þar sem ákærðu unnu, og lutu að þeim hluta bókhalds Baugs hf. sem snýr að aðalskrifstofunni. Ákærðu báru báðir, stöðu sinnar vegna, ábyrgð á bókhaldinu, sbr. t.d. H 1999:4035. Af framburði ákærða Jóns Ásgeirs hjá lögreglu (sjá t.d. bls. 11120-25 í ágripi) og fyrir dómi (sjá t.d. bls. 508-512 í ágripi) má ráða að hann hafði góða yfirsýn yfir bókhald og uppgjör félagsins og þýðingu tekjufærslna á afkomu félagsins og þar með á verðmat á hlutabréfum í því. Tryggvi sem er löggiltur endurskoðandi og þar með sérfróður um bókhald bar einnig ábyrgð á bókhaldinu sem aðstoðarforstjóri og yfirmaður fjármálasviðs. Allar þær færslur sem ákært er vegna voru háar tekjufærslur sem höfðu umtalsverð áhrif á bókfærða afkomu Baugs hf. Flestar voru þær færðar sem lokafærslur í tengslum við árshlutauppgjör og ársuppgjör Baugs hf. en báðir ákærðu tóku virkan þátt í þeirri vinnu. Um það vitnar t.d.

framburður ákærða Jóns Ásgeirs fyrir dómi um lokafærslur: *„Já það getur verið að ég í einhverjum tilfellum hafi ég gert athugasemdir við lokafærslur. Það gefur nú bara augaleið að forstjóri fer yfir hvaða lokafærslur endurskoðandi er að koma með"* (sjá bls. 510 í ágripi). Einnig bar hann að hann hafi fengið drög í hverjum einasta mánuði hvernig uppgjör væri að þróast (sjá bls. 511 í ágripi). Í hljóðritaðri lögregluskýrslu sem tekin var af ákærða Jóni Ásgeiri 10. febrúar 2003, og hann staðfesti fyrir dómi, bar hann að hafa farið yfir bókhaldið í heild með endurskoðanda. Þá kvaðst hann leggja lokahönd á bókhaldið áður en það færi fyrir stjórn, færi yfir það og skoðaði færslur fram og til baka og hvernig uppgjörið væri að myndast (sjá bls. 11122-4 í ágripi).

Af ákæruvaldsins hálfu er því haldið fram að ákærðu hafi í sameiningu lagt á ráðin um allar færslurnar. Telji Hæstiréttur hins vegar ósannað að ákærði Jón Ásgeir hafi lagt á ráðin um einhverjar þeirra telur ákæruvaldið óhjákvæmilegt að telja sannað að hann hafi haft vitneskju um færslurnar við frágang árshlutauppgjöranna og ársuppgjörsins og gert sér glögga grein fyrir áhrifum þessara stóru færslna á afkomu Baugs hf. og beri þannig ábyrgð á þeim röngu og blekkjandi áhrifum sem þær höfðu á bókfærða afkomu félagsins.

Ákæruvaldið heldur því fram að bókhaldsbrot ákærðu Jóns Ásgeirs og Tryggva séu meiriháttar og beri að refsa þeim fyrir þau á grundvelli 2. mgr. 262. gr. almennra hegningarlaga. Það ákvæði er eyðuákvæði sem vísar meðal annars til bókhaldslaga. Samkvæmt ákæru er háttsemi ákærðu talin varða við 3. tl. 1. mgr. 37. gr. bókhaldslaga en samkvæmt ákvæðinu telst sú háttsemi bókhaldsskylds manns eða fyrirsvarsmanns lögaðila ætíð meiri háttar brot gegn lögum ef hann rangfærir bókhald eða bókhaldsgögn, býr til gögn sem ekki eiga sér stoð í viðskiptum við aðra aðila, vantelur tekjur kerfisbundið eða hagar bókhaldi með öðrum hætti þannig að gefi ranga mynd af viðskiptum og notkun fjármuna, enda varði brotið ekki við 158. gr. almennra hegningarlaga. Telji dómurinn að bókhaldsbrot ákærðu teljist ekki meiri háttar er á því byggt til vara að fella megi brot ákærða undir 1. tl. 1. mgr. 38. gr. bókhaldslaga.

6.1.2 Um ákvæði hlutafélagalaga

Samhliða bókhaldsbrotum eru Jóni Ásgeiri gefin að sök brot gegn 1., sbr. 3. mgr., 158. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 og 153. gr. og 1. mgr. 154. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995. Með verknaðinum eins og honum er lýst í ákæru hefur Jón Ásgeir í raun brotið gegn framangreindum refsiákvæðum öllum og er því um brotasamsteypu að ræða. Af ákæruvaldsins hálfu er því haldið fram að ekkert þessara ákvæða tæmi sök gagnvart hinum enda er verndarandlag brotanna nokkuð mismunandi. Hvað sem því líður er nauðsynlegt með tilliti til þeirra ólíku hagsmuna sem þessi ákvæði eiga að vernda að Hæstiréttur taki skýra afstöðu til þess hvort ákærðu hafi gerst sekir um hvert og eitt þessara brota.

6.1.3 Um sönnun fyrir ásetningi ákærða Jóns Ásgeirs til brota gegn 1., sbr. 3. mgr. 158. gr. almennra hegningarlaga og lögum um hlutafélög

Ákæruvaldið telur að í málinu liggi fyrir sönnunargögn sem séu nægileg til sakfellis um að ákærðu Jón Ásgeir og Tryggvi hafi á árunum 2000 og 2001 látið færa í bókhald félagsins rangar færslur sem ekki áttu sér stoð í rekstri félagsins til þess að fegra bókhald félagsins. Framlögð gögn benda sterklega til þess að þeir hafi frá stofnun Baugs hf. reynt að hafa áhrif á gengi bréfa í félaginu með ýmiss konar vafasömum hætti, þar á meðal með því að hafa áhrif á bókfærða afkomu félagsins með röngum

tekjufærslum. Eðli rangra tekjufærslna er slíkt að bakfærsla er að jafnaði nauðsynleg fyrr eða síðar og ef efnahagur félags batnar ekki verulega þarf þá að grípa til nýrra rangra tekjufærslna þar sem afkoma félaga er jafnan borin saman við afkomu fyrri tímabila. Helstu sönnunargögnin fyrir þessum staðhæfingum eru bókhaldsgögn, fundargerðir, ársreikningar og tölvupóstar en efni þeirra verður síðar rakið.

Ákæruvaldið telur að í öllum þeim sjö tilvikum sem fjallað er um í ákæruliðum 10-16 hafi tilgangur ákærðu með umræddum röngu bókhaldsfærslum verið sá að fegra afkomu Baugs hf. með því að auka bókfærðan hagnað og í sumum tilvikum einnig EBITDA-hagnað eins og síðar verður vikið að.

Um ábyrgð ákærðu á bókhaldi og uppgjörum svo og hlutverk þeirra í uppgjörsvinnu vitna framburðir ákærðu sjálfra. Þannig kvað ákærði Tryggvi það væntanlega hlutverk forstjóra að leggja uppgjör fyrir stjórnarfund (sjá bls. 778-785 í ágripi). Ákærði Jón Ásgeir tók af öll tvímæli um það að hann hefði afskipti af og fylgdist grannt með uppgjörum og lokafærslum eins og áður er rakið. Þá hafði hann augljóslega fullan skilning á samspili væntinga og afkomu, þ.m.t. bókfærðs hagnaðar eftir skatta varðandi áhrif á gengi hlutabréfa félaga. Loks þekkti hann til notkunar V/H-hlutfalls og EBITDA við verðmat fyrirtækja og hvaða tekjufærslur hefðu áhrif á EBITDA og hverjar einungis á hagnað eftir skatta og afskriftir (sjá bls. 508-512 í ágripi).

Af framburði Jóns Ásgeirs er ljóst að tölulega séð eru tilkynningar til Verðbréfaþings Íslands byggðar á uppgjörum. Þessum tilkynningum ber ákærði ábyrgð á enda eru þær byggðar á bókhaldi félagsins og uppgjörum sem hann ber ábyrgð á.

Þessi beinu orsakatengsl milli rangra tekjufærslna og rangra tilkynninga til Verðbréfaþings gera það að verkum að Jón Ásgeir sem ber refsiábyrgð á hinum röngu bókhaldsfærslum ber einnig ábyrgð á hinum röngu tilkynningum sem af bókfærslunum leiða. Umrædd þrjú uppgjör voru kynnt og borin upp á stjórnarfundum í Baugi hf. (sjá bls. 6057-65, 6130-36 og 6758-63 í ágripi). Um þessar röngu tilkynningar til Verðbréfaþings Íslands 28. ágúst 2000, 19. mars 2001 og 31. ágúst 2001 sem áður hefur verið vísað til.

Fjölmargir framlagðir tölvupóstar sýna áhuga og ásetning ákærða Jóns Ásgeirs til að rangfæra bókhald Baugs hf. með röngum tekjufærslum og þá forgangsröðun hagsmuna hjá Baugi hf. að fórna þeim mikilvægu hagsmunum að tilkynningar til Verðbréfaþings endurspegli með réttum hætti afkomu félags fyrir þá hagsmuni **"að nauðsynlegt sé að verja þá hagsmuni að afkoma Baugs sé í lagi og trú markaðarins sé góð"** eins og Jón Ásgeir orðaði það sjálfur (sjá bls. 6186 í ágripi).

Séu umræddir tölvupóstar settir í tímalegt samhengi við þau sakarefni og skjöl sem þeir tengjast fer ekki á milli mála að þeir sýna áhuga og ásetning Jóns Ásgeirs og Tryggva til að framkvæma þau alvarlegu bókhaldsbrot sem þeir eru sakaðir um í því skyni að fegra afkomu Baugs. Um mikla hagsmuni var að ræða fyrir Jón Ásgeir sem stærsta eiganda Gaums og ráðandi í Fjárfari að afkoma Baugs sýndist góð en báðir þessir aðilar áttu mjög stóra hluti í Baugi. Hækkun hlutabréfa um eitt prósent gaf Jóni tugi milljónir í eigin vasa og möguleika á frekari veðsetningu og auknum fjárfestingum.