

Ár 2010, miðvikudaginn 7. apríl, er fundur haldinn í Úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki.

Mætt eru: Guðjón Ólafur Jónsson, formaður, Geir Arnar Marelsson, Grétar Grétarsson, Guðlaug Brynja Ólafsdóttir og Hildigunnur Hafsteinsdóttir.

Fyrir er tekið **mál nr. 50/2009**:

M
gegn
Fjármálafyrirtækinu F

og kveðinn upp svohljóðandi

ú r s k u r ð u r :

I.

Málsmeðferð.

Málsaðilar eru M hér eftir nefndur sóknaraðili, annars vegar, og F hér eftir nefnt varnaraðili, hins vegar.

Málið barst úrskurðarnefnd 18. september 2009 með bréfi lögmanns fyrir hönd sóknaraðila, dagsettu 16. sama mánaðar. Með bréfi nefndarinnar, dagsettu 18. september 2009, var kvörtunin send varnaraðila og honum gefinn kostur á að tjá sig um hana og skýra sjónarmið sín. Svör varnaraðila bárust með bréfi hans, dagsettu 19. október 2009. Var bréfið sent lögmanni sóknaraðila með bréfi úrskurðarnefndarinnar, dagsettu 20. október 2009, og honum gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum. Bárust þær með bréfi lögmannsins, dagsettu 9. nóvember 2009. Með bréfi úrskurðarnefndarinnar, dagsettu 7. janúar 2010 var varnaraðila gefinn kostur á að gera athugasemdir við nefnt bréf lögmanns sóknaraðila. Bárust þær með bréfi varnaraðila, dagsettu 29. janúar 2010. Lögmanni sóknaraðila var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum við síðastnefnt bréf varnaraðila með bréfi úrskurðarnefndarinnar, dagsettu 1. febrúar 2010. Bárust þær með bréfi lögmannsins, dagsettu 9. febrúar 2010.

Málið var tekið fyrir á fundum úrskurðarnefndarinnar 12. nóvember 2009, 7. janúar, 9. g 30. mars og 7. apríl 2010.

II.

Málsatvik.

Þann 23. febrúar 2004 gerði sóknaraðili samning við GF um eignastýringu. Skyldi GF kaupa og selja fjármálagerninga fyrir fé sóknaraðila samkvæmt fjárfestingarstefnu og annast innlaun þeirra. Veitti sóknaraðili forstöðumanni eignastýringarsviðs GF eða öðrum starfsmanni félagsins, sem hann vísaði til, fullt og ótakmarkað umboð til kaupa og sölu á fjármálagerningum samkvæmt greindri fjárfestingastefnu. Samkvæmt samningnum gat sóknaraðili sent fyrirmæli sín um viðskipti til GF skriflega, með símbréfi, rafpósti eða með símtali. Sóknaraðili staðfesti m.a. að hann gerði sér grein fyrir eðli viðskipta með mismunandi fjármálagerninga og áhættunni, sem þeim fylgdi.

Með bréfi Fjármálaeftirlitsins, dagsettu 15. febrúar 2007, var GF tilkynnt að sóknaraðili hefði verið viðurkenndur fagfjárfestir í samræmi við ákvæði þágildandi laga um verðbréfavíðskipti nr. 33, 2002, en GF hafði sent umsókn sóknaraðila þessa efnis til stofnunarinnar. Kom fram í umsókninni að sóknaraðili væri fjárfestir, sem hefði átt umtalsverð viðskipti á verðbréfmörkuðum næstliðna fjóra ársfjórðunga, að meðaltali a.m.k. 10 sinnum á hverjum ársfjórðungi.

Þann 25. maí 2007 spurðist sóknaraðili rafleiðis fyrir um möguleika á framvirkum [samningi] hjá GF. Starfsmaður félagsins svaraði samdægurs og kvaðst vera að láta skoða málið og fá heimild fyrir sóknaraðila „í framvirkum í GF fyrir [kr.] 100[.000.000]“. Í rafpósti starfsmanns GF sagði síðan: „Getum flutt bréfin af ykkur á bankann - tilkostnaður verður enginn við að flytja bréfin yfir í framvirkan.“ Mun hér átt við sóknaraðila og viðskiptafélaga hans. Umrædd heimild mun hafa fengist 29. maí 2007. Af framlögðum viðskiptayfirlitum verður ráðið að 31. maí 2007 hafi hlutabréf sóknaraðila verið seld fyrir kr. 99.821.150. Af málatilbúnaði aðila virðist mega ráða að andvirði þeirra hafi verið notað til að greiða skuld við GF. Þá var jafnframt gerður framvirkur samningur milli aðila, en ekki verður ráðið af fyrirbyggjandi gögnum hvers efnis sá samningur hafi verið. Hvað sem því líður mun sóknaraðili hafa greitt 10% fjármagnstekjuskatt af þeim hagnaði, sem varð á sölu nefndra hlutabréfa. Kveður sóknaraðili fjárhæð skattsins hafa numið kr. 5.827.325.

Þann 21. október 2008 tók Fjármálaeftirlitið ákvörðun um ráðstöfun eigna og skulda GF til varnaraðila. Samkvæmt 2. másl. 5. tölul. ákvörðunarinnar tók varnaraðili m.a. frá og með 22. október 2008 við réttindum og skyldum samkvæmt samningum um vörslu og eignastýringu við viðskiptavini GF á Íslandi. Verður eftirleiðis vísað jöfnum höndum til GF og F sem varnaraðila, nema ástæða þyki til að aðgreina félögin sérstaklega.

Sóknaraðili mun á fundi með varnaraðila 19. desember 2008 hafa óskað leiðréttingar mála sinna. Varnaraðili hafnaði erindinu með rafpósti 20. janúar 2009. Með bréfi lögmanns sóknaraðila til varnaraðila, dagsettu 24. febrúar 2009, var ítrekuð krafa um að varnaraðili kæmi til móts við sóknaraðila vegna þess fjárhagslega tjóns, sem hann hefði orðið fyrir og rekja mætti til annmarka á ráðgjöf varnaraðila. Með bréfi varnaraðila, dagsettu 8. apríl 2009, lýsti varnaraðili því yfir að kröfum sóknaraðila væri ranglega beint að sér þar sem atvik máls hefðu gerst í tíð GF. Bæri því félagi að bæta tjón sóknaraðila samkvæmt ákvörðun Fjármálaeftirlitsins 21. október 2008. Afstöðu varnaraðila var mótmælt með bréfi lögmanns sóknaraðila, dagsettu 21. júlí 2009, jafnframt því sem varnaraðili var krafinn um greiðslu að fjárhæð kr. 5.785.846. Varnaraðili ítrekaði afstöðu sína í bréfi til lögmanns varnaraðila, dagsettu 16. september 2009.

Málið barst úrskurðarnefnd með kvörtun lögmanns sóknaraðila, dagsettri 16. nóvember 2009.

III.

Umkvörtunarefni.

Sóknaraðili krefst þess að varnaraðili greiði honum kr. 5.827.325, auk almennra vaxta og dráttarvaxta samkvæmt lögum nr. 38, 2001 um vexti og verðtryggingu.

Sóknaraðili krefst annars vegar 10% af þeim hagnaði, sem varð af sölu hlutabréfa hans, þ.e. kr. 5.669.002, og hins vegar kr. 158.323 vegna lögfræðikostnaðar.

Sóknaraðili kveðst hafa orðið fyrir tjóni, sem rakið verði til ófullnægjandi ráðgjafar starfsmanns varnaraðila. Kveðst sóknaraðili hafa talið að eingöngu væri um skuldbreytingu að ræða en ekki að eigendaskipti yrðu á hlutabréfum. Hafi skattskyldur hagnaður myndast við söluna, en sú leið að selja nefnd bréf hefði augljóslega ekki verið valin ef ráðgjöf til sóknaraðila hefði verið fullnægjandi.

Sóknaraðili vísar til þess að hann hafi verið í einkabankaþjónustu hjá varnaraðila, en í þeirri ráðgjöf felist m.a. skattaráðgjöf eins og sóknaraðila hafi verið kynnt og fram komi á heimasíðu varnaraðila. Þá kveðst sóknaraðili áður hafa fengið skattaráðgjöf frá varnaraðila áhrærandi meðferð á söluhagnaði hlutabréfa. Hafi hann

Því getað gert ráð fyrir sömu þjónustu áfram. Sóknaraðili bendir á að af rafpóstsamskiptum aðila og símtölum verði ekki fullyrt að sóknaraðili hafi vitað að val á framvirkum samningi fæli í sér eiginlega sölu á hlutabréfum þannig að söluhagnaður af þeim yrði innleystur. Þá vísar sóknaraðili til þess að í rafpósti viðskiptastjóra hans hjá varnaraðila komi fram að varnaraðili geti flutt bréf sóknaraðila á varnaraðila og verði kostnaður enginn við að flytja bréfin yfir í framvirkan samning.

Sóknaraðili vísar til almennra markaðsskilmála varnaraðila þar sem fram komi að ráðgjöf varnaraðila skuli takmarkast við verðleika umræddra viðskipta og beri varnaraðili ekki ábyrgð á að veita viðskiptavini ráðgjöf um önnur atriði en ráðgjöfin taki til hverju sinni, um skattaleg, lögfræðileg eða bókhaldsleg atriði, enda sé varnaraðila ekki skylt að taka tillit til skattalegra, lögfræðilegra eða bókhaldslegra afleiðinga við ráðgjöf til viðskiptavinar. Sóknaraðili byggir hins vegar á því að almenn fjárfestingarráðgjöf geti engan veginn talist fullnægjandi ef ráðgjöfin er veitt án alls samhengis við skattaleg áhrif. Vísar sóknaraðili til ákvæða 4. tölul. 2. gr. laga um verðbréfavíðskipti nr. 108, 2007 um skilgreiningu fjárfestingarráðgjafar, svo og skýringa í greinargerð með frumvarpi til laganna. Telur sóknaraðili sömu sjónarmið hafa átt við í tíð eldri laga.

Sóknaraðili telur að skortur á upplýsingum eða a.m.k. ábendingum um skattaleg áhrif sölu á hlutabréfum geti í ljósi allra atvika málsins ekki talist annað en stórkostlegt gáleysi af hálfu varnaraðila. Eigi takmörkun á ábyrgð varnaraðila í almennum markaðsskilmálum hans fyrir verðbréfavíðskipti því ekki við, en hún nái ekki til stórkostlegs gáleysis.

IV.

Athugasemdir varnaraðila.

Varnaraðili krefst þess aðallega að máli þessu verði vísað frá úrskurðarnefndinni, en til vara að öllum kröfum sóknaraðila verði hafnað.

Áhrærandi aðalkröfu sína vísar varnaraðili til þess sóknaraðili beini kröfum sínum ranglega að varnaraðila. Atvik málsins hafi gerst í maí 2007 áður en varnaraðili var stofnaður og verði sóknaraðili því að beina kröfum sínum að GF. Varnaraðili telur ekki unnt að skilja orðalag 2. másl. 5. gr. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins 21. október 2008 um ráðstöfun eigna og skulda GF til varnaraðila öðruvísi en svo að þar sé einungis kveðið á um að varnaraðili taki við réttindum og skyldum samkvæmt vörslu og eignastýringu, sem hafi orðið til frá og með 22. október 2008 kl. 9.00. Megi því gagnálykta á þann veg að réttindi og skyldur, sem orðið hafi til fyrir greint tímamark, hafi ekki flust til varnaraðila. Þá vísar varnaraðili til þess að greint ákvæði sé í kafla ákvörðunarinnar, sem beri heitið *Eignir*, en við blasi að skaðabótakrafa á hendur varnaraðila sé ekki eign varnaraðila í neinum skilningi. Þá séu skuldir og skuldbindingar, sem flust hafi til varnaraðila, tæmandi taldar í 7.-9. gr. ákvörðunarinnar, sem séu í kafla með heitinu *Skuldir og aðrar skuldbindingar*. Sé þar hvergi minnst á að kröfur vegna skaðabótamála, sem hafi orðið til fyrir stofnun varnaraðila, flytjist til varnaraðila.

Varnaraðili telur kröfugerð sóknaraðila óljósa og órökstudda og ótæka til efnismeðferðar. Hafi sóknaraðili engar sannanir lagt fram um ætlað tjón sitt.

Varakröfu sína styður varnaraðili í fyrsta lagi þeim rökum að honum hafi verið óskilt að veita sóknaraðila skattalega ráðgjöf vegna umræddra viðskipta. Vísar varnaraðili í þeim efnum til samnings aðila um eignastýringu þar sem hvergi komi fram að varnaraðila beri að veita sóknaraðila skattalega ráðgjöf. Hafi varnaraðili aldrei tekið þá skyldu á herðar. Af því leiði að sóknaraðili geti ekki krafist skaðabóta úr hendi varnaraðila vegna tjóns, sem hann telji sig hafa orðið fyrir vegna skorts á

skattalegri ráðgjöf. Þá bendir varnaraðili á að umrædd viðskipti sóknaraðila hafi verið að fjárhæð kr. 99.821.150 og hafi því verið full ástæða fyrir hann til að leita sér aðstoðar skattasérfræðings teldi hann ástæðu til. Varnaraðili hafnar því að ákvæði laga nr. 108, 2007 komi til álita við úrlausn málsins, enda hafi þau ekki tekið gildi fyrr en 1. nóvember 2007, þ.e.a.s eftir að atvik máls þessa áttu sér stað.

Í annan stað vísar varnaraðili til þess að sóknaraðili, sem hafi verið reyndur fjárfestir, hafi áttað sig á eða hlotið að átta sig á þeim skattalegum afleiðingum, sem af umræddum viðskiptum hlutust. Hafi hlutabréf verði seld, lán greitt upp og framvirkur samningur gerður. Eignahlið framvirka sammingsins hafi verið hlutabréf, en skuldahliðin lán í erlendum myntum. Hafi sóknaraðili hlotið að átta sig á að útilokað hafi verið að greiða útistandandi lán hans nema með sölu hlutabréfanna, sem keypt höfðu verið fyrir lánsfjárhæðina. Hafi sóknaraðili verið grandsamur um að við slíka sölu hlutabréfa gætu skattskyldar fjármagnstekjur myndast.

Varnaraðili kveður að við mat á framangreindu verði að hafa í huga að sóknaraðili sé reyndur fjárfestir og hafi átt töluverð viðskipti með hlutabréf og haft reynslu af gerð framvirkra samninga við varnaraðila. Þá hafi sóknaraðili verið viðurkenndur af Fjármálaeftirlitinu sem fagfjárfestir 15. febrúar 2007, en hann hafi sjálfur haft frumkvæði að því að leita slíkrar viðurkenningar. Teljist hann því til fagfjárfesta í skilningi 9. tölul. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 108, 2007. Einnig vísar varnaraðili til þess að sóknaraðili hafi á þriggja mánaða fresti fengið yfirlit yfir stöðu og hreyfingar eignasafns síns þar sem hann hafi getað séð að hlutabréf hans hefðu verið seld úr safninu. Þá hafi hann og fengið yfirlit um afleiðusamninga sína á sex mánaða fresti, auk þess að hafa aðgang að netbanka þar sem verðbréfaeign hans hafi komið fram. Hafi sóknaraðili verið grandsamur um sölu hlutabréfanna og uppgreiðslu lánanna í langan tíma áður en hann gerði fyrst athugasemdir um 18 mánuðum eftir gerð umræddra afleiðusamninga.

Í þriðja lagi byggir varnaraðili á því að ekki hafi verið um stórfellt gáleysi að ræða af hálfu varnaraðila, komist úrskurðarnefndin að þeirri niðurstöðu að varnaraðila hafi borið að veita sóknaraðila skattalega ráðgjöf varðandi umrædd viðskipti. Sé varnaraðili því ekki skaðabótaskyldur vegna athafnaleysis síns samkvæmt 18. gr. markaðsskilmála varnaraðila, en þar sé að finna almenna takmörkun á ábyrgð varnaraðila vegna tjóns viðskiptavinar. Þá byggir varnaraðili jafnframt á því að bætur eigi að lækka umtalsvert vegna eigin sakar sóknaraðila.

VI.

Niðurstaða.

Í máli þessu krefst sóknaraðili þess að varnaraðili greiði honum bætur, sem svari til fjárhæðar fjármagnstekjuskatts, sem hann kveðst hafa orðið að greiða vegna sölu hlutabréfa sinna 31. maí 2007. Kveður sóknaraðili að vegna skorts á ráðgjöf og/eða rangrar ráðgjafar varnaraðila hafi hann orðið fyrir umræddu tjóni. Varnaraðili krefst þess aðallega að málinu verði vísað frá úrskurðarnefndinni, en til vara að öllum kröfum sóknaraðila verði hafnað.

Kröfu sína um frávísun styður varnaraðili í fyrsta lagi þeim rökum að máli þessu sé ranglega beint að honum þar sem atvik máls hafi gerst í tíð GF og verði sóknaraðili því að beina kröfum sínum að því félagi. Yrði fallist á þau sjónarmið myndi slíkt ekki leiða til frávísunar málsins heldur þess að kröfum á hendur varnaraðila yrði hafnað. Samkvæmt 2. másl. 5. tölul. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda GF til varnaraðila, dagsettrar 21. október 2008, tók varnaraðili frá og með 22. október 2008 við réttindum og skyldum samkvæmt samningum um vörslu og eignastýringu við viðskiptavini GF á Íslandi. Hefur

varnaraðili því tekið við skyldum GF samkvæmt eignastýringarsamningi við sóknaraðila, þ.á m. hugsanlegri bótaskyldu vegna meintrar saknæmrar háttsemi við stýringu eigna sóknaraðila. Er varnaraðili því réttur aðili til varnar í máli þessu.

Í annan stað byggir varnaraðili á því að kröfugerð sóknaraðila sé óljós og órökstudd og af þeim sökum ótæk til efnismeðferðar, auk þess sem sóknaraðili hafi engar sannanir lagt fram um ætlað tjón sitt. Til þess er að líta að sóknaraðili hefur sett fram kröfu um greiðslu tiltekinnar fjárhæðar úr hendi varnaraðila og sundurliðað þá fjárhæð. Þótt fallast megi á að málatilbúnaður sóknaraðila mætti vera skýrari er engum vafa undirorpið að sóknaraðili er að krefjast skaðabóta úr hendi varnaraðila vegna ætlaðs tjóns, sem hann telur sig hafa orðið fyrir vegna saknæmrar háttsemi varnaraðila, og hefur lagt fram gögn, sem hann telur til stuðnings þeirri kröfu sinni. Eru því ekki efni til að fallast á frávísunarkröfu varnaraðila af þessum ástæðum.

Samkvæmt framansögðu er frávísunarkröfu varnaraðila hafnað.

Kröfu sína um skaðabætur styður sóknaraðili, eins og fyrr segir, þeim rökum að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna ófullnægjandi ráðgjafar varnaraðila. Hafa verður í huga að á þeim tíma, sem sóknaraðili seldi umrædd hlutabréf sín, að því er virðist til að greiða skuldir sínar við varnaraðila, hafði hann verið lengi í viðskiptum við varnaraðila og margoft selt hlutabréf sín. Þá verður heldur ekki horft framhjá þeirri staðreynd að sóknaraðili hafið sótt um og hlotið viðurkenningu Fjármálaeftirlitsins, sem fagfjárfestir, sbr. e-lið 7. gr. þágildandi laga um verðbréfavíðskipti nr. 33, 2003, og var þar með talinn búa yfir meiri þekkingu og reynslu en almennur fjárfestir. Mátti sóknaraðila því í öllu falli í greint sinn vera ljóst að hlutabréf hans yrðu seld og að við söluina yrði væntanlegur söluhagnaður andlag fjármagnstekjuskatts lögum samkvæmt. Í ljósi atvika og stöðu sóknaraðila sem fagfjárfestir verður það ekki metið varnaraðila til sakar að hafa ekki bent sérstaklega á skattalegar afleiðingar sölu bréfanna eða annarra aðgerða, sem gripið var til að beiðni sóknaraðila. Þá er ekki unnt að líta svo á að ummæli í rafpósti starfsmanns varnaraðila, um að tilkostnaður við að „flytja bréfin yfir í framvirkan“ yrði enginn, taki til annars en viðskiptakostnaðar. Önnur atriði, sem sóknaraðili hefur vísað til, leiða ekki til skaðabótaskyldu varnaraðila.

Með vísan til framanritaðs verður ekki hjá því komist að hafna öllum kröfum sóknaraðila á hendur varnaraðila.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Frávísunarkröfu varnaraðila F er hafnað.

Kröfum sóknaraðila, M á hendur varnaraðila er hafnað.

Reykjavík, 7. apríl 2010.

Sérálit

Undirrituð er ósammála niðurstöðu meirihluta nefndarinnar um að taka eigi kröfur sóknaraðila á hendur varnaraðila til efnislegrar meðferðar á grundvelli þess að varnaraðili hafi tekið við skyldum GF samkvæmt eignastýringarsamningi við sóknaraðila, þ.á m. hugsanlegri bótaskyldu vegna þeirra atvika er mál þetta snýst um.

Samkvæmt 2. másl. 5. tölul. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda Kaupþings banka hf. til varnaraðila, dagsettrar 21. október 2008, tók varnaraðili frá og með 22. október 2008 við réttindum og skyldum samkvæmt samningum um vörslu og eignastýringu við viðskiptavini GF á Íslandi. Það er mat undirritaðar að túlka beri 2. másl. 5. tölul. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins með hliðsjón af þeim sérstöku aðstæðum sem ríktu á fjármálamörkuðum við setningu laga nr. 125, 2008 og þeim forsendum sem ákvörðunin byggir á.

Hugsanleg bótakrafa sóknaraðila vegna meintar saknæmrar háttsemi GF hefur stofnast í tíð þess félags, áður en varnaraðili varð til sem lögaðili. Telja verður að túlka beri ákvörðun Fjármálaeftirlitsins þannig að varnaraðili hafi tekið við réttindum og skyldum eignarstýringarsamninga einungis frá og með því tímamarki sem að ofan greinir til að viðhalda því viðskiptasambandi sem slíkir samningar fela í sér og tryggja þar með virkni fjármálakerfisins. Ekki er hægt að líta svo á að hinn nýi lögaðili, varnaraðili, sem verður aðili að nefndu viðskiptasambandi með óvenjulegum hætti á grundvelli nefndrar ákvörðunar hafi yfirtekið mögulegar bótakröfur, sem orðið hafa til fyrir ofangreind tímamörk í viðskiptasambandi sóknaraðila og GF enda er ekki kveðið skýrlega á um slíka skuldbindingu í ákvörðun Fjármálaeftirlitsins um ráðstöfun eigna og skulda GF dagsettri 21. október 2008.

Með vísan til framanritaðs er það mat undirritaðar að nefndinni beri ekki að taka kröfur sóknaraðila á hendur varnaraðila til efnislegrar meðferðar.

Meirihluti úrskurðarnefndarinnar hefur hins vegar komist að því að varnaraðili sé réttur aðili til varnar málinu. Að fenginni þeirri niðurstöðu er ég sammála efnislegru niðurstöðu meirihluta úrskurðarnefndarinnar.