



KROMANN
REUMERT

Finansielle virksomheder – bestyrelsesansvaret i lyset af den finansielle krise

Fredag den 8. november 2019

Advokat (H), LL.M. Kim Trenskow
Kromann Reumert



1. Retsopgøret efter finanskrisen – ”banksagerne”

Retsopgøret efter finanskrisen (”banksagerne”)

- › Særlig afviklingsordning for nødlidende banker i medfør af Lov om Finansiell Stabilitet
 - Overtagelse af særlig statslig enhed – Finansiell Stabilitet
 - Finansiell Stabilitet forestår kontrolleret afvikling med henblik på at begrænse skadevirkningen på den finansielle stabilitet og samfundsøkonomien
- › Sagerne er kendetegnet ved, at Finansiell Stabilitet overtager bankens mulige erstatningskrav mod den ansvarlige ledelse, og – baseret på en advokatundersøgelse – indtaler et sådant krav ved domstolene.



Oversigt over overtagne banker og iværksatte erstatningssager

Nødlidende bank overdraget til Finansiell Stabilitet	Erstatningssag?
Roskilde Bank	+
EBH Bank	+
Løkken Sparekasse	+
Gudme Raaschou Bank	÷
Fionia Bank	÷
Capinordic Bank	+
Eik Banki	+
Eik Bank Danmark	+
Amagerbanken	+
Fjordbank Mors	÷
Max Bank	÷
Sparekassen Østjylland	÷
Andelskassen J.A.K Slagelse	+
Københavns Andelskasse	+

Hovedsynspunkter i banksagerne

Finansiell Stabilitet

- › Erstatningsansvar for **generel uforsvarlighed**
 - Høj risikoprofil
 - Utilstrækkelig risikostyring
 - Utilstrækkelig organisation og funktionsadskillelse
 - Overskridelse af interne forretningsgange mv.
 - Mange uforsvarlige udlån]

- › Erstatningsansvar for tab på **konkrete udlånsengagementer**
 - Erstatningsbetingelserne opfyldt
 - Uden for det forretningsmæssige skøn ("the business judgement rule")

De sagsøgte ledelser

- › Ikke ansvar for konkurs som følge af **generel uforsvarlighed]**

- › Ikke ansvar for **konkrete udlånsengagementer**
 - Forretningsmæssigt skøn ("the business judgement rule")
 - Revisionen ...
 - Finanstilsynet ...
 - Finanskrisen ...
 - ... og meget andet

Status i banksagerne, hvor der er afsagt dom

Capinordic Bank

Højesterets dom af 15. jan. 2019 – anke af Østre Landsrets dom af 9. okt. 2015

Østre Landsret:

- › Sag mod ledelsen med påstand om betaling af 400 mio. kr. begrundet i generel uforsvarlig drift og uforsvarlig långivning i mange udlån.
- › Direktør, bestyrelsesmedlem og bestyrelsesformand frifundet for generel uforsvarlig drift, men idømt erstatningsansvar for tab på ni udlån på samlet ca. 90 mio. kr.

Højesteret:

- › Ankesagen reduceret til at angå tab på 11 udlån med påstand om betaling af 185 mio. kr.
- › Domfældelse i samme udstrækning som i landsretten.

Amagerbanken

Østre Landsrets dom af 26. juni 2019 – anke af retten i Lyngby dom af 12. juni 2017

Retten i Lyngby:

- › Sag mod ledelsen med påstand om betaling af 900 mio. kr. begrundet i uforsvarlig långivning i tre udlån
- › Ledelsen frifundet.

Østre Landsret:

- › Ankesagen reduceret til at angå en del af et enkelt udlån, og påstand reduceret til 375 mio. kr.
- › Domfældelse af bestyrelse og direktion for bankens tab på 225 mio. kr. ved beslutning om videreførelse af valutaramme.
- › Efterfølgende forlig om betaling af 255,5 mio. kr. til fuld og endelig afgørelse – ansøgninger om tredjeinstansbevilling tilbagekaldt.

Roskilde Bank

Østre Landsrets dom af 7. nov. 2017 – anket til Højesteret

Østre Landsret:

- › Sag mod ledelsen (og revisor) med påstand om betaling af 1 mia. kr. begrundet i generel uforsvarlig drift og uforsvarlig långivning.
- › Ledelsen (og revisor) frifundet.
- › Dog ansvarspådragende, at der ikke blev foretaget kreditvurdering i forbindelse med udlån til bankens store kunders køb af aktier i banken. Imidlertid havde landsretten ikke det fornødne grundlag til at kunne opgøre tabet.

Højesteret:

- › For Højesteret omhandler sagen alene udlån til bankens store kunders køb af aktier i banken samt få udvalgte andre udlån.
- › Ikke anket over for revisor.
- › Hovedforhandlingen endnu ikke berammet.

Eik Bank Danmark

Østre Landsrets dom af 26. okt. 2018 – anket til Højesteret

Østre Landsret:

- › Sag mod ledelsen (og revisor) med påstand om betaling af 250 mio. kr. begrundet i generel uforsvarlig drift og uforsvarlig långivning.
- › To bestyrelsesmedlemmer og to direktører idømt erstatningsansvar for tab på ét udlånsengagement, 28,6 mio. kr.
- › Imidlertid konstateret øvrige ansvarspådragende forhold, hvor landsretten dog fandt, at der ikke forelå årsagssammenhæng, eller at kravet var forældet.

Højesteret:

- › For Højesteret angår sagen kun to udlån med påstand om betaling af op til 107,5 mio. kr.
- › Ikke anket over for revisor
- › Hovedforhandlingen berammet til maj 2020. Dom forventes i juni 2020.

Status i banksagerne, hvor der endnu ikke er afsagt dom

EIK BANKI P/F

- › Verserer ved Retten på Færøerne.
- › Sag mod ledelsen med påstand om betaling af 150 mio. kr. begrundet i uforsvarlig långivning i fire udlån.
- › Der afsiges dom den 18. november 2019

EBH Bank

- › Verserer ved Vestre Landsret.
- › Sag mod ledelsen (og revisor) med påstand om betaling af 550 mio. kr. begrundet i generel uforsvarlig drift og uforsvarlig långivning.
- › Der afsiges dom den 12. december 2019.

Løkken Sparekasse

- › Verserer ved Vestre Landsret.
- › Sag mod ledelsen (og revisor) med påstand om betaling af 275 mio. kr. begrundet i generel uforsvarlig drift og uforsvarlig långivning.
- › Der forventes dom i februar 2020.

Andelskassen J.A.K. Slagelse

- Verserer ved Retten i Glostrup
- › Sag mod tidligere direktør og bestyrelsesformand med påstand om betaling af 2.8 mio. kr. begrundet i uforsvarlig långivning i to engagementer.
- › Der afsiges dom den 15. november 2019.



2. Ansvarsnormen m.v.

Ansvarsnormen m.v.

› Ledelsesansvaret – også i banker – er **dansk rets almindelige culpaansvar**

› Der gælder **ikke en skærpet ansvarsnorm** for ledelser i banker:

- Højesteret i Capinordic-sagen:

”Bestemmelsen, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, 1. pkt., fastsætter et almindeligt culpaansvar. Der er ikke i lovgivningen i øvrigt eller efter retspraksis grundlag for at fastslå, at der gælder en skærpet ansvarsnorm for ledelsesmedlemmer i en bank”

- Østre Landsret i Roskilde Bank-sagen:

”Der er hverken i bestemmelsens ordlyd, lovgivningen i øvrigt, teori eller praksis grundlag for at fastslå, at der gælder et skærpet ansvar for direktion og bestyrelse i en bank, herunder i form af et særligt professionsansvar”

› Dette ændrer ikke på, at de særlige forhold, der gør sig gældende for banker, og de betydelige krav, der stilles til ledelsens egnethed mv. i banker, indgår i selve ansvarsvurderingen. Det samme gælder ledelsesmedlemmets individuelle forudsætninger og baggrund.

3. "The Business Judgement Rule"



Indhold

- › “The Business Judgement Rule” er (nu udtrykkeligt!) en del af dansk ret
- › Reglen er udtryk for, at domstolene udviser tilbageholdenhed med at tilsidesætte ledelsens forretningsmæssige skøn, dvs. indrømmer ledelsen en margin for ansvarsfrihed ved forretningsmæssige fejlskøn.
- › Højesteret i Capinordic-sagen:

"En beslutning om at yde et lån beror i vidt omfang på et forretningsmæssigt skøn navnlig på grundlag af en kreditvurdering af låntager. Skønnet skal foretages på et forsvarligt grundlag. I kreditvurderingen må bl.a. indgå formålet med lånet, låntagers økonomiske forhold, den stillede sikkerhed og kundens evne til at drive sin virksomhed, herunder i lyset af den almindelige økonomiske konjunktur. Hvilke krav, der skal stilles, for at en bevilling kan anses for at være forsvarlig, vil bero på en samlet vurdering i det enkelte tilfælde. Højesteret finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån"

Betingelser



- › Indrømmelse af en margin for ansvarsfrihed fra domstolenes side er under forudsætning af, at følgende to grundbetingelser er opfyldt:
 - 1) Skønnet skal være udøvet på et forsvarligt grundlag:
 - › Højesteret i Capinordic-sagen:
"Skønnet skal foretages på et forsvarligt grundlag."
 - 2) Skønnet skal være udøvet alene ud fra loyale forretningsmæssige hensyn til selskabet/banken og ikke med henblik på at forfølge uvedkommende interesser
 - › Højesteret i Capinordic-sagen:
"Samme forsigtighed skal ikke udvises, hvis det må antages, at en bevilling af et lån eller en anden disposition knyttet hertil ikke alene er foretaget ud fra forretningsmæssige hensyn til banken, men også ud fra andre – og banken uvedkommende – hensyn. Højesteret finder, at der i en sådan situation må stilles skærpede krav til, at det er blevet sikret, at bankens interesser ikke er tilsidesat"
- › Selvom betingelserne er opfyldt, og ledelsen indrømmes en margin for ansvarsfrihed, kan ledelsen alligevel ifalde ansvar, hvis dispositionen i øvrigt vurderes at være uforsvarlig.



4. Eksempler på ledelsesansvar i banksagerne

Oversigt

- › Højesteret i Capinordic-sagen: ”*samlet vurdering i det enkelte tilfælde*”

- › Uforsvarligt grundlag:
 - Eks. manglende kreditvurdering af låntager

 - Eks. manglende vurdering af fast ejendom

- › Uforsvarlige bevillinger
 - Uvedkommende hensyn

 - Andre momenter/tilfælde - nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ikke i øvrigt i bankens interesse
 - Bevilget efter finanskrisens indtræden eller efter Finanstilsynets advarsler til banken

 - Spekulationsformål

 - Nødlidende engagementer, medmindre forsvarlig og nødvendig tabsbegrænsende foranstaltning

 - Objektivt set ikke i bankens interesse

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (I)

› Bevillinger efter finanskrisens indtræden eller finanstillsynets advarsler:

- Højesteret i Capinordic-sagen:

"Højesteret finder, at der ved vurderingen af, om der er handlet ansvarspådragende, tillige må tages hensyn til eventuelle advarsler mv. fra Finanstillsynet. I den foreliggende sag må det indgå, at en række lånebevillinger er givet efter finanskrisens indtræden, og efter at Finanstillsynet i sommeren 2008 advarede banken om at udvise forsigtighed med, hvem banken lånte penge ud til, herunder især inden for ejendomssektoren. Igen i september 2008 advarede Finanstillsynet banken mod omfattende ejendomsseksponering, og i december 2008 advarede tilsynet om manglende nedbringelse af udlån trods yderligere forværring af boniteten af bankens engagementer"

- Domfældelse i alle engagementer eller bevillinger efter finanskrisens indtræden/finanstillsynets advarsler med undtagelse af driftskreditens genbevilling i Amagerbank-sagen og mindre tabsbegrænsende tillægslån i Eik Bank sagen.

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (II)

› Spekulationstilfælde - hvor kundens tilbagebetalingsevne er afhængig af en gunstig kursudvikling

- Udlånene til X i Roskilde Bank-sagen:

- Aktielån til privatperson X bevilget i marts 2006 på 75 mio. kr. (primært) til finansiering af køb af aktier i Roskilde Bank. X, der havde en årlig lønindtægt på ca. 1 mio. kr., havde i forvejen et lån i banken på 45 mio. kr. Roskilde Bank fik ikke pant i aktierne.
- Ikke bare uforsvarligt, men "*åbenbart uforsvarligt*" ifølge landsretten med henvisning til, at kundens tilbagebetalingsevne var "*afhængig af en fortsat gunstig udvikling i aktiekursen*"

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (III)

› Lån til nødlidende kunder eller engagementer

- Udlånene til Nanocover i Capinordic-sagen:

- Direktionsbevillinger i 2008 på i alt 2,1 mio. kr. til nødlidende "udviklingselskab".

- Højesteret udtaler:

*"Som begrundelse for Cs ansvar har landsretten henvist til, at såvel Nanocovers egenkapital som resultat var negativ med betydelige beløb, at selskabets kortfristede gældsforpligtelser oversteg selskabets kortsigtede aktiver, at der forventedes et stort underskud i 2008, at selskabet stadig var i udviklingsfasen, at sikkerheden for lånet var et varelager, hvis værdi ikke var angivet, og at banken samme dato som kreditindstillingen i et brev til Finanstilsynet havde anført, at Nanocover ifølge selskabets ledelse ikke havde mulighed for at indhente finansiering fra anden side, og at selskabet ville gå konkurs, hvis en redningsplan ikke blev gennemført ... Højesteret tiltræder af de grunde, der er anført af landsretten, at C har handlet ansvarspådragende dels ved at **bevilge lånet til Nanocover med viden om, at selskabet var nødlidende og truet af konkurs, uden at der var sikkerhed for lånet, dels ved at forhøje lånet uden sikkerhed og uden nogen udsigt til, at selskabet ville kunne betale lånet tilbage.** Højesteret bemærker herved, at bankens pant i Nanocovers varelager må anses for at have haft ingen eller kun ringe værdi. Heller ikke selskabets mulige værdi som "børsskal" eller bankens mindre aktiepost i Nanocover kunne begrunde långivningen"*

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (IV)

› Særligt om tabsbegrænsende foranstaltninger :

- Et tabsbegrænsende formål med et lån - eksempelvis at bruge "nye" penge på at forsvare "gamle" penge – kan efter omstændighederne gøre en bevilling til et nødlidende engagement forsvarlig
- Østre Landsrets præmisser i Amagerbank-sagen fastslår dette udtrykkeligt:

"I tilfælde, hvor et engagement er nødlidende og navnlig låntagerens økonomiske forhold, sikkerhedsstillelsen, den almindelige økonomiske konjunktur og kundens evne til at drive sin virksomhed, som udgangspunkt taler imod at forlænge eller udvide en bevilling, kan hensyn til at begrænse bankens tab efter omstændighederne desuagtet begrunde en forlængelse eller udvidelse af et allerede bevilget lån. Det må bero på en konkret vurdering, om en sådan bevilling er forsvarlig. Der må navnlig lægges vægt på, om den yderligere bevilling er begrænset til det, som er nødvendigt for at sikre bankens interesser. Udsigterne til at banken ved den yderligere bevilling sikrer, at der kan opnås dækning af bankens tilgodehavende, og det relative forhold mellem det bestående engagement og den risiko, som banken påtager sig ved den yderligere bevilling, må herved tillægges betydning."

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (V)

› Særligt om tabsbegrænsende foranstaltninger - fortsat:

- Amagerbank-sagen – genbevilling af driftskrediten m.v. i december 2009 ikke uforvarlig:

”De indstævnte må som nævnt antages alle at have været klar over, at Amagerbanken ved en genbevilling af driftskrediten – i et engagement, der var nødlidende og ifølge Finanstilsynet skulle nedskrives fuldt ud – påtog sig en yderligere og væsentlig risiko ved at tilføre mere likviditet til engagementet, herunder ved at imødekomme Nykredit Banks krav om betydelige rente- og afdragsbetalinger på Nykredit Banks efterstillede renteswap-lån.

De indstævnte var ligeledes klar over, at der ikke blev stillet nye sikkerheder i forbindelse med genbevillingen, at hverken ejerpantebrevene eller selvskyldnerkautionerne kunne tillægges nogen værdi, og at der ikke ville være den oprindeligt forudsatte årlige likviditetstilførsel til Østerfælledparken A/S på 20 mio. kr. fra Hans Henrik Palm, Olav Damkiær-Classen og Henrik Ørbekker.

Disse forhold kunne med styrke tale for ikke at genbevilde driftskrediten og den herved forudsatte forøgede likviditetstilførsel. Bankens situation i december 2009 og Finanstilsynets advarsler og vurderinger af engagementet måtte desuden tilsige en betydelig tilbageholdenhed med yderligere bevillinger til Østerfælled-engagementet.

Efter ... vurderede de indstævnte imidlertid fortsat, at Østerfællejendommen på sigt ville vise sig at være et så attraktivt investeringsobjekt og at leje- og ejerlejlighedsmarkedet på sigt ville bedres i en sådan grad, at banken herigennem ville kunne genvinde ikke alene den allerede ydede finansiering, men også den forudsatte yderligere flerårige likviditetstilførsel. Ledelsen besluttede derfor at opretholde den hidtidige langsigtede strategi med at dække det løbende likviditetsunderskud i Østerfælledparken A/S.

På den nævnte baggrund finder landsretten, at der ikke er fuldt tilstrækkeligt grundlag for at anse genbevillingen af driftskrediten i december 2009 og herunder bankens finansiering af rente- og afdragsbetalinger til Nykredit Bank for ansvarspådragende.”

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (VI)

› Særligt om tabsbegrænsende foranstaltninger - fortsat:

- Amagerbank-sagen – genbevilling af valutarammen i december 2009 derimod uforsvarlig:

*”Østerfælledparken A/S kunne ikke dække det allerede indtrådte urealiserede tab på valutarammen, som ifølge den rekapitulation, som fulgte med summariet, var på 93,989 mio. kr. pr. 14. december 2009, og ville heller ikke kunne dække yderligere tab. Selvskyldnerkautionerne var endvidere uden værdi. Marginkald ville således hverken kunne honoreres af Østerfælledparken A/S eller af kautionisterne. **Realiteten var dermed, at en opretholdelse af valutarammen skete for bankens regning og risiko.***

*Det kan **ikke anses for overensstemmende med sædvanlig pengeinstitutpraksis** at opretholde en valutaramme i et sådant tilfælde, jf. herved Finans Danmarks svar på spørgsmål 6.*

*De indstævnte har afgivet forskellige forklaringer på beslutningen om at forlænge valutarammen, herunder at valutarammen historisk havde bidraget med likviditet, at der i fremtiden kunne opstå en (større) rentefordel igen, at valutalån i CHF var sædvanlige, og at banken (i modsætning til kunden) havde råd til at bære tab på valutatermin-/optionsforretninger under valutarammen. Ingen af de indstævnte har forklaret, at en opretholdelse af valutarammen var en nødvendig forudsætning for genbevillingen af driftskrediten. Niels Erik Nielsen og Jørgen Brændstrup har tværtimod for landsretten forklaret, at **banken kunne have valgt at lukke valutarammen i december 2009 uden samtidig at lukke Østerfælled-engagementet. Den manglende sammenhæng mellem genbevillingen af driftskrediten og en opretholdelse af valutarammen** understøttes også af, at positionerne under valutarammen blev lukket ned i juni 2010, uden at engagementet i øvrigt blev bragt til ophør.*

*På den nævnte baggrund og tillige **henset til den væsentlige risiko som genbevillingen af driftskrediten, herunder betalingerne til Nykredit Bank, i sig selv indebar for banken.** finder landsretten, at det var **uforsvarligt at genbevilde valutarammen i december 2009, og som følge heraf også at opretholde valutarammen indtil nedlukningen den 28. juni 2010**”*

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (VII)

› Særligt om tabsbegrænsende foranstaltninger - fortsat:

- Udlånet til Schaumann i Eik Bank DK-sagen:

- Nødlidende engagement med Stones Invest vedrørende retailejendom i Ringsted primo 2009 overtaget af Schaumann-gruppen. Som led i samlet aftale tillægslån til Schaumann, dels til forbedring af anden ejendom, dels 28,5 mio. kr. i fri likviditet. Ledelsen var bekendt med, at Schaumann var økonomisk presset..
- Ansvar for tab vedrørende tillægslånet på de 28,5 mio. kr. i fri likviditet.
- Ledelsen anførte, at den del var nødvendig for at få aftalen på plads og dermed afværge et tab på engagementet.
- Østre landsret afviste imidlertid dette synspunkt:

"Uanset at det lægges til grund, at Schaumann koncernen kunne have forestået udlejning af ejendommen i Ringsted – hvilket imidlertid ikke skete – kan det ikke lægges til grund, at lånet på 28,5 mio. kr. ydet til likviditetstilskud til Schaumann-koncernen var nødvendigt eller forsvarligt for at afværge et tab vedrørende engagementet med Stones Invest A/S under konkurs. Tværtimod kom banken til at påtage sig en overhængende risiko for at lide et yderligere tab svarende til "tillægsbelåningen"

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (VIII)

› Særligt om tabsbegrænsende foranstaltninger - fortsat:

- Relativt beskedne tillægslån med et tabsbegrænsende formål kan i sig selv være forsvarlige, uanset om kunden eller engagementet er nødlidende

➤ Udlånet til Borch German Assets i Eik Bank DK-sagen:

- Tillægsbevilling på 8,4 mio. kr. i 2009, hvor dog kun ca. 3 mio. kr. udgjorde "nye penge" – resten udgjorde renteoprul. Samlede udlån var på ca. 40 mio. kr.
- Østre landsret udtaler:

"For så vidt angår den tredje bevilling angår denne udover tilskrevne og fremtidige renter til banken udgifter, der må anses for forsøg på tabsbegrænsende foranstaltninger i forhold til projektet. Herefter og efter bevillingens størrelse sammenholdt med engagementets størrelse finder landsretten heller ikke, at denne bevilling er ansvarspådragende"

Nærliggende, betydelig og/eller unødvendig tabsrisiko for banken/ ikke i øvrigt i bankens interesse (IX)

› Oskar Jensen-engagementet i Capnordic-sagen - bevillingen af en ændret sikkerhedsstruktur

- Tre bevillinger i engagementet:
 - i. Lån på 25 mio. kr. i september 2007 mod sikkerhed i aktier i ejendomsselskab - ikke uforsvarligt
 - ii. Yderligere lån på 25 mio. kr. i oktober 2007 mod sikkerhed i selve den faste ejendom - ikke uforsvarligt, samt
 - iii. Bevilling af ændret sikkerhedsstruktur i november 2007 (afkald på sikkerhed i ejendommen og i stedet alene pant i aktierne i ejendomsselskabet) - uforsvarligt!
- Oskar Jensen havde en EK på ca. 1 mia. kr.
- Domfældelsen skal formentlig ses i lyset af to forhold:
 - i. Bestyrelsen oplyst, at kundens egenkapital vil være væk, hvis markedet rykker sig 10 %, og at engagementet skulle overvåges.
 - ii. Afkald begrundet i administrativt besvær med pant i udlejningsejendom ikke i bankens interesse.