

KROMANN REUMERT

GRANSKNINGSBERETNING

– VEDRØRENDE VISSE FORHOLD I EBH-FONDEN

GRANSKNINGSMANDENS BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR
MODTAGET VEDRØRENDE GRANSKNINGSBERETNINGEN AF
16. OKTOBER 2009

ADVOKAT CARSTEN FODE
ÅRHUS DEN 30. NOVEMBER 2009

KROMANN REUMERT

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	INDLEDNING	3
2.	FORTOLKNING AF ERHVERVSFONDSLOVEN OG "FONDSMODELLEN"	4
3.	BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR A	9
4.	BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR B	20
5.	BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR C	26
6.	BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR D	27
7.	BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR E.....	29

GRANSKNINGSMANDENS BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR
MODTAGET VEDRØRENDE GRANSKNINGSBERETNINGEN AF 16.
OKTOBER 2009

1. **INDLEDNING**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har efter at have sendt granskningsberetningen i høring den 16. oktober 2009, indenfor høringsfristen der udløb den 2. november 2009, modtaget høringssvar fra følgende:

- Professor dr. jur. Erik Werlauff (Høringssvar A), på vegne af [REDACTED].
- Advokat Søren Halling-Overgaard (Høringssvar B), på vegne af [REDACTED].
- Finansforbundet (Høringssvar C), på vegne af [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] og [REDACTED].
- [REDACTED] (Høringssvar D).
- Advokat Michael Clemmensen (Høringssvar E), på vegne af [REDACTED].

Høringssvarene er sammen med granskningsberetningen offentliggjort den 3. november 2009 i anonymiseret form på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside, www.eogs.dk.

Høringssvarenes giver mig anledning til følgende supplerende bemærkninger.

Nedenfor følger først en uddybning af min forståelse af Erhvervsfondsloven og "fundsmodellen", og herefter en besvarelse af de enkelte høringssvar.

2. FORTOLKNING AF ERHVERVSFONDSLOVEN OG "FONDSMODELLEN"

2.1 I granskningsberetningen, side 17 ff., pkt. 4, gennemgås de bagvedliggende motiver for indførelsen af "fondsmodellen" og de væsentlige overordnede principper i Erhvervsfundsloven.

Den i Høringssvar A og Høringssvar B udtrykte fortolkning af "fondsmodellen" og Erhvervsfundsloven giver behov for en uddybning af min forståelse af loven.

Nedenstående kortfattede argumentation og eksempel er udtryk for en uddybning af det i granskningsberetningen anførte, og er således ikke udtryk for en ændret fortolkning.

2.2 Det afgørende spørgsmål er at få fastlagt hvilke midler Fonden kan uddele til Banken.

Min fortolkning af Erhvervsfundsloven og motiverne bag "fondsmodellen" fører til at Fonden i et givent regnskabsår kun kan foretage uddelinger, som maksimalt svarer til det beløb, der i Fondens seneste årsrapport er opført som overført overskud og frie reserver.

Denne fortolkning er baseret på følgende kortfattede argumentation:

1. Bank- og sparekasselovens § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1, 3. pkt.) bestemmer at Fonden anses for at være en erhvervsdrivende fond.
2. Fonden er, som en erhvervsdrivende fond, omfattet af Erhvervsfundsloven.
3. Erhvervsfundslovens § 41 bestemmer hvilke midler Fonden kan anvende til uddeling. Som redegjort for i granskningsberetningen side 22 f., pkt. 4.2.3, kan Fonden til uddeling anvende beløb, der i Fondens seneste årsrapport er opført som overført overskud og frie reserver med fradrag af overført underskud, jf. EFL § 41.
4. EFL § 41 omfatter efter sit indhold alle erhvervsdrivende fonde og er efter sit indhold ufravigelig. Der findes således ikke lovhjemmel til en antagelse om at der gælder særlige uddelingsregler for de omhandlede sparekassefonde, herunder Fonden.
5. Bank- og sparekasseloven § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1) omhandler kun etableringen af sparekassefonden og indeholder ikke regler om uddeling. Loven ændrer derfor ikke uddelingsbestemmelsen i EFL § 41.
6. I forhandlingerne i Folketinget om lovforslaget til bank- og sparekasselovens § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1), der indførte

"fondsmodellen", fremhæves to bærende hensyn vedrørende den tidligere sparekasses opsamlede reserver.

- i) Reserverne skal fortsat være til rådighed for sparekassens drift.

Dette sikres ved at samtlige de omhandlede reserver flyttes over i det nye aktieselskab (Banken). Fonden fik ingen penge, men kun aktier svarende til værdien af reserverne.

- ii) De fremtidige aktionærer må ikke få andel i disse opsamlede reserver.

Dette medfører at Fonden har forbud mod at uddele disse reserver, der skal forblive bundet i Fonden. Hvis Fonden kunne uddele disse beløb til Banken ville de også komme de fremtidige aktionærer i Banken til gode, idet Fonden kun ejede ca. 48 % af aktierne i Banken. De fremtidige aktionærer ville derved i strid med lovens forudsætninger få andel i de i sparekassen opsamlede reserver.

- 7. Hvis der er hjemmel i Fondens vedtægter kan Fonden uddele beløb, som senere optjenes, svarende til de frie reserver, jf. EFL § 41.

Der er således ingen konflikt mellem EFL § 41 og de overordnede hensyn, som Folketinget lagde vægt på ved indførelsen af "fondsmodellen".

- 8. Forbuddet mod at uddele de opsavede reserver til de fremtidige aktionærer er også i overensstemmelse med Fondens opløsningsbestemmelse i vedtægternes § 7, stk. 6. Ved opløsning skal Fondens formue anvendes til almennyttige og velgørende formål. Bestemmelsen i vedtægternes § 7, stk. 6 ville kunne udhules, hvis bestyrelsen forud for opløsningen kunne uddele reserverne til Banken og dermed også tilgodese de andre aktionærer i Banken.

Heroverfor står argumentationen som er fremført af advokat Søren Halling-Overgaard i Høringssvar B på vegne af [REDACTED].

Advokat Søren Halling-Overgaards argumentation fejler på følgende punkter:

- 1. Advokat Søren Halling-Overgaard misforstår tilsyneladende hvordan reserverne fortsat skulle være til rådighed for sparekassens drift. Han skriver således i Høringssvar B på side 7 følgende:

"Sparekassereserverne blev således henholdsvis overdraget til den nystiftede fond i form af aktier i bankaktieselskabet eller alternativt, indkapslet som reserve i sparekasseaktieselskabet."

Reserverne blev overdraget til det selskab, der fremover videreførte driften af sparekassen (Banken) og forblev dermed til rådighed for det nystiftede bankaktieselskabs drift. Der blev ikke flyttet én krone op i Fonden. Fonden fik ikke kontanter, men i stedet aktier, hvis værdi svarede til reserverne. Advokat Søren Halling-Overgaard gør sig skyldig i samme fejl på side 8, 6. afsnit i Høringsvar B, hvor følgende er anført:

"[...], men det følger ligeledes, at man på ganske samme måde, som man ved indkapslingsmodellen kan lade de pågældende reserver indgå i bankaktieselskabets aktive kapitalgrundlag, ved fondsmodellen kan anvende den samme reserve til støtte for banken, uden at dette sker som en egentlig tildeling [...]."

Såvel ved indkapslingsmodellen som ved fondsmodellen forblev reserverne i bankaktieselskabet, og i begge tilfælde stod midlerne til rådighed for driften. Reserverne skulle ikke flyttes fra Fonden til Banken for at kunne bruges i bankaktieselskabets drift.

2. Advokat Søren Halling-Overgaard forholder sig ikke til at reserverne ikke må komme de fremtidige aktionærer til gode. Dette hensyn tilsidesættes gennem den fortolkning som advokat Søren Halling-Overgaard forfægter.
 3. Advokat Søren Halling-Overgaard anvender en lex specialis betragtning. Lex specialis betyder at man i tilfælde af konflikt mellem to lovregler anvender den specielle lovregel frem for en mere almindelig og mere omfattende lovregel. Lex specialis princippet kan imidlertid ikke anvendes til at give indholdet af forhandlinger i Folketinget samme kraft som en lovbestemmelse. Hertil kommer at der ikke er rum for en sådan betragtning, idet der som påvist ikke er uoverensstemmelse mellem Erhvervsfundsloven og bank- og sparekasselovens § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1).
- 2.3 Forbuddet mod at de i sparekassen opsamlede reserver må komme de fremtidige aktionærer i Banken til gode illustreres bedst med et eksempel fra Midt Factoring A/S sagen. Der henvises til granskningsberetningen side 96 ff., pkt. 3.2.1.

Pr. 31. december 2004 var Fondens egenkapital sammensat som følger:

Grundkapital	66.600.000
Reserve for nettoopskrivning efter den indre værdis metode	101.677.069
<u>Overført resultat</u>	<u>40.098.676</u>
<u>Egenkapital</u>	<u>208.375.745</u>

Ifølge EFL § 41, stk. 1 er bestyrelsen berettiget til i løbet af 2005 at uddele maksimalt 40.098.676 kr., idet grundkapitalen og den anførte reserve ikke må uddeles.

EFL § 41, stk. 1 lyder som følger:

"Til uddeling kan anvendes beløb, der i fondens senest godkendte årsrapport er opført som overført overskud og reserver, med fradrag af overført underskud.

Følgende kan dog ikke anvendes:

- 1) Reserver for opskrivning efter indre værdis metode,*
- 2) alle øvrige opskrivnings- og opreguleringsreserver samt*
- 3) reserver, der er bundne i henhold til vedtægter."*

Som nærmere beskrevet i granskningsberetningen påtog Fonden sig den 2. maj 2005 en forpligtelse til at købe Midt Factoring Holding A/S' aktier i Banken, nominelt 5 mio. kr., af C. A. Nielsen A/S til en fast købesum på i alt 155 mio. kr. På tidspunktet hvor Fonden påtog sig forpligtelsen var børsværdien af aktieposten på ca. 96,5 mio. kr. Der var altså på tildelingstidspunktet en manko på ca. 58,5 mio. kr. svarende til ca. 18,5 mio. kr. mere end de frie reserver.

Umiddelbart efter sit indhold var optionen en begunstiggelse af C. A. Nielsen A/S, som ikke har hjemmel i Fondens vedtægter og derfor er uberettiget.

I granskningsberetningen er jeg imidlertid opmærksom på at optionen blev indgået for at hjælpe Banken i forbindelse med købet af Midt Factoring A/S, hvilket er årsagen til at jeg overvejer om salgsoptionen kan legitimeres som en indirekte uddeling til Banken. Dette ville forudsætte at begunstiggelsen kunne indeholdes i de frie reserver.

Bestyrelsen forklarede salgsoptionen med at den var til fordel for Banken. Købet af Midt Factoring A/S ville betyde kursstigninger på aktierne i Banken, hvilket ville komme Fonden til gode. Dette skulle derfor legitimere at bestyrelsen brugte af de bundne reserver, eller at man med advokat Søren Halling-Overgaards formulering *"på ganske samme måde som ved indkapslingsmodellen kan lade de pågældende reserver indgå i bankaktieselskabets aktive kapitalgrundlag"*, jf. Høringssvar B, side 8.

Denne argumentation er uholdbar af to grunde:

- i) I henhold til de forarbejder til bank- og sparekasseloven, som advokat Søren Halling-Overgaard selv citerer i sit Høringssvar B, må de fremtidige aktionærer ikke få andel i de i sparekassen opsamlede reserver. Fonden ejede kun ca. 48 % af aktierne i Banken, resten var ejet af andre aktionærer. Det er de andre aktionærer, der i forarbejderne til bank- og sparekasseloven benævnes *"de fremtidige aktionærer"*. De kursstigninger, som bestyrelsen forventede købet måtte forårsage, ville således også komme de fremtidige aktionærer til gode.

Under uændrede forhold ville salgsoptionen overføre ca. 18,5 mio. kr. af de bundne reserver til Banken, godt halvdelen af den derved frembragte kursgevinst ville, i strid med den udtrykkelige forudsætning i forarbejderne, komme de fremtidige aktionærer til gode. Afhængende af de fremtidige forhold ville dette beløb kunne blive større eller mindre. Som bekendt udviklede situationen sig ugunstigt og C.A. Nielsen A/S har nu som optionsindehaver gjort krav gældende mod Fonden på ca. 80 mio. kr.

- ii) Advokat Søren Halling-Overgaards henvisning til indkapslingsmodellen bygger på en misforståelse. De opsamlede reserver er allerede en del af Bankens aktive kapitalgrundlag. Ved at tage af Fondens bundne reserver forringer man de midler, der i tilfælde af Fondens opløsning ifølge vedtægternes § 7, stk. 6 skal tilfalde almennyttige og velgørende formål.

Som redegjort for i granskningsberetningen karakteriseres denne disposition som en indirekte uddeling fra Fonden til Banken, der på tildelingstidspunktet den 2. maj 2005 udgjorde forskellen mellem børsværdien af aktieposten og den af Fonden garanterede købesum, dvs. ca. 58,5 mio. kr. Dette beløb overstiger de frie midler med ca. 18,5 mio. kr. og er som følge heraf i strid med EFL § 41.

Dette synspunkt fastholdes.

3. **BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR A**

Prof. dr. jur. Erik Werlauuffs høringssvar giver ikke anledning til at ændre de konklusioner, der fremgår af granskningsberetningen.

Jeg vil ikke kommentere de dele af høringssvaret, som alene indeholder en generel beskrivelse af [REDACTED] opfattelse.

Jeg vil heller ikke kommentere prof. dr. jur. Erik Werlauuffs bemærkninger om hvorvidt Fondens bestyrelse modtog råd og advarsler fra Fondens rådgivere eller fra anden side.

Mit kommissorium er afgrænset til alene at vurdere bestyrelsens forhold og bestyrelsens eventuelle ansvar.

Jeg har ikke fundet at der foreligger forhold som fritager bestyrelsen fra ansvar som følge af modtaget rådgivning eller manglende advarsler fra rådgivere og andre.

Jeg vil i det følgende anvende samme disposition og henvisningsform, som er anvendt af prof. dr. jur. Erik Werlauuff og anvende samme sidehenvisning.

3.1 **Fondens stiftelse, formål, aktiviteter og ledelsesmæssige organisering (side 15-73)**

3.1.1 Side 18

Som det fremgår af mit foranstående eksempel, jf. afsnit 2.3, har bestyrelsen rent faktisk disponeret over reserverne i strid med gældende lovgivning.

3.1.2 Side 20-21

Prof. dr. jur. Erik Werlauuff henviser flere gange i sit høringssvar til forholdet mellem et moderselskab og dets datterselskab.

I den forbindelse præciseres det, at Fonden ikke er moderfond for Banken, og analogien er derfor ikke dækkende.

3.1.3 Side 21

Reserverne hidrørende fra omdannelsen må ikke komme de fremtidige aktionærer til gode.

Det fremgår af forhandlingerne om lovforslaget til bank- og sparekasselovens § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1), at de opsamlede reserver fortsat

skal være til rådighed for sparekasseaktieselskabets drift. Jeg har i det foranstående afsnit 2.2 igen forklaret, hvordan dette er sket.

Det fremgår også af forhandlingerne om lovforslaget, at de opsamlede reserver ikke måtte komme de fremtidige aktionærer til gode, og jeg har ligeledes i det foranstående afsnit 2.3 præciseret min forståelse heraf gennem anvendelse af Midt Factoring A/S eksemplet.

Eksemplet dokumenterer, at bestyrelsen rent faktisk indirekte har uddelt de opsamlede reserver til aktionærerne og dermed har overtrådt EFL § 41. Bestyrelsen har tilsidesat de hensyn, som fremgik af forarbejderne til lovforslaget til bank- og sparekasselovens § 52 c, stk. 1 (nu lov om finansiel virksomhed § 207, stk. 1).

3.1.4 Side 21

Jeg har noteret mig, at prof. dr. jur. Erik Werlauff er enig i, at det af begrebsbestemmelsen "erhvervsdrivende fond" fremgår, at formålet skal være af erhvervsdrivende art.

Jeg har også noteret mig, at prof. dr. jur. Erik Werlauff på høringssvarets side 4 er enig i, at Fonden har et primært formål om videreførelse af Banken.

Når der således er et primært formål, ligger der heri, at de øvrige aktiviteter skal være underordnet det primære formål om videreførelse af Banken. Når det primære formål skal respekteres ligger der heri en naturlig begrænsning af andre aktiviteter.

3.1.5 Side 24

Ved afgrænsningen af området for EFL § 21, stk. 3, citerer jeg to lærebøger.

Ud over Lennart Lyng Andersen citerer jeg på granskningsberetningen side 23 en lærebog, som er forfattet af Jytte Heje Mikkelsen og prof. dr. jur. Erik Werlauff, hvoraf fremgår følgende:

"Omplacering af fondens formue kan endvidere forøge tabsrisikoen for den fremtidige drift eller i det hele taget gøre den mere risikobetonet eller have en meget stor økonomisk betydning for fonden og dermed bringe formålsopfyldelsen i fare. Også i disse tilfælde skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som fondsmyndighed have sagen forudgående forelagt."

I løbet af ganske få år fra 2005 til 2008 ændrede bestyrelsen strategi for Fonden, hvilket medførte en meget betydelig omplacering af Fondens formue samt en låneoptagelse i størrelsesordenen 2 mia. kr.

En sådan omplacering af Fondens formue falder klart inden for den citerede bestemmelse og skulle have været forelagt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til godkendelse.

Med hensyn til formålsbestemmelsen bemærkes det igen, at Fondens primære formål var at videreføre sparekassens virksomhed i bankaktieselskabet. Formålet var således ikke et generelt altomfattende erhvervsmæssigt formål, og Fondens formål falder derfor ikke ind under den beskrivelse, som fremgår af det medtagne citat fra Lennart Lyngge Andersen.

3.1.6 Side 26

Som det fremgår af granskningsberetningen side 26, skal vedtægten for en erhvervsdrivende fond ifølge EFL § 7, stk. 1, bl.a. indeholde en angivelse af:

- Fondens formål (jf. EFL § 7, stk. 1, nr. 4)
- Anvendelse af overskud (jf. EFL § 7, stk. 1, nr. 10)

Det er denne sondring, jeg anvender i granskningsberetningen. Hvorvidt de to bestemmelser anføres i samme paragraf i Fondens vedtægter, er uden betydning.

Jeg anvender i granskningsberetningen formuleringen "erhvervsmæssige aktiviteter" og "uddelingsmæssige interesser".

For at undgå misforståelser har jeg bevidst valgt ikke at benytte betegnelserne "aktivitetsmæssige formål" og "uddelingsmæssige formål". Uanset benævnelsen er sondringen nødvendig, idet EFL § 41 lægger begrænsninger på bestyrelsens kompetence til at foretage uddelinger jf. tidligere afsnit 2.2 og 2.3.

Jeg tilføjer, at den citerede bestemmelse fra vedtægterne som påvist i høringssvaret fra advokat Søren Halling-Overgaard (Høringssvar B) ikke har været registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fra tidspunktet for Fondens stiftelse.

3.1.7 Side 42

Jeg har intet sted i granskningsberetningen kritiseret personsammenfaldet mellem Fondens og Bankens bestyrelse. Tværtimod har jeg påpeget, at dette var i overensstemmelse med lovens forudsætninger.

Jeg påpeger imidlertid på side 42 i granskningsberetningen det yderligere personsammenfald, der var mellem personer, som har været aktive i Fondens ledelse, herunder især Bankens direktion, og de omtalte prokurister. Jeg bemærker at dette personsammenfald ikke har været lovbestemt.

Jeg udtrykker imidlertid ikke kritik, idet jeg ikke finder personsammenfaldet i strid med loven. Jeg påpeger i stedet, at personsammenfaldet kan begrunde et behov for, at bestyrelsen er opmærksom på, at der ikke sker sammenblanding af Fondens og Bankens interesser.

Jeg påpeger også, at der rent faktisk sker en sammenblanding, hvilket bl.a. kan henføres til, at bestyrelsen ikke har sikret sig de nødvendige forretningsgange og kontroller.

3.1.8 Side 43

På side 43 i granskningsberetningen har jeg anført, at personsammenfaldet mellem Fondens bestyrelse, Bankens bestyrelse og direktion samt Fondens prokurister ikke er i strid med erhvervsfondsloven, men stiller krav om præcise regler vedrørende habilitet og krav til klar beskrivelse af forretningsgangene for at sikre og opretholde fuld uafhængighed.

Det fremgår udtrykkeligt af granskningstemaet, at granskningsmanden skal undersøge, hvilke forretningsgange der er etableret i forhold til at sikre Fonden tilstrækkelig uafhængighed af Bankens interesser ved forretningsmæssige dispositioner med Banken. Som det er konkluderet i granskningsberetningen, har bestyrelsen svigtet ved ikke at etablere tilfredsstillende forretningsgange til sikring af en sådan uafhængighed.

Jeg kan bl.a. henvise til granskningsberetningens beskrivelse vedrørende bl.a. Midt Factoring A/S (afsnit III) og ISI 6 (afsnit IV).

Jeg kan også henvise til, at Fondens bestyrelse besluttede at Fonden skulle betale bankdirektørens årsbonus.

Det er min vurdering, at den uretmæssige sammenblanding kunne have været undgået, såfremt bestyrelsen havde opstillet forretningsgange til sikring af at Fonden ikke tilgodeså uvedkommende hensyn.

Det er indholdet af mine bemærkninger, hvor jeg henviser til princippet i EFL § 20.

Formålet med habilitetsregler er netop at sikre, at der ikke varetages uvedkommende hensyn.

3.1.9 Side 44

Jeg noterer på granskningsberetningens side 44, at erhvervsfondsloven ikke stiller krav om en forretningsorden, men prof. dr. jur. Erik Werlauff overser tilsyneladende, at Fondens vedtægter § 4, stk. 4, lyder som følger:

"Bestyrelsen træffer i en forretningsorden nærmere bestemmelse om udførelse af sit hverv."

Forretningsordenens formål er således at beskrive den struktur og de forretningsgange, som er nødvendige for at sikre at bestyrelsen overholder de forpligtelser, som påhviler dem. Der tænkes især på EFL § 25, stk. 1, hvoraf det fremgår, at bestyrelsen forestår ledelsen og organisationen af den erhvervsdrivende fonds virksomhed.

Den forretningsorden, som var gældende i Fonden var så kortfattet, at den ikke gav bestyrelsen tilstrækkelig sikkerhed for, at man overholdt sine forpligtelser efter EFL § 25.

Havde bestyrelsen taget vedtægtskravet alvorligt og udarbejdet en tilfredsstillende forretningsorden, bl.a. indeholdende de punkter, der nævnes i granskningsberetningen side 44, pkt. 8.3.3, ville bestyrelsens risiko for at overtræde sine forpligtelser efter § 25 have været betydeligt reduceret.

Set i forhold til hvad der må anses for at være *sædvanligt* for en virksomhed med erhvervmæssige aktiviteter i det omfang og af den karakter, som Fonden havde, anser jeg det – som anført i granskningsberetningen side 44 – for *sædvanligt og hensigtsmæssigt* såfremt forretningsordenen havde indeholdt en mere adækvat regulering.

Jeg stiller mig uforstående overfor høringssvarets kritik, der efterlader det indtryk at man i henseende til hvilke aktiviteter man mener Fonden lovligt kan udføre ønsker at sammenligne sig med en større erhvervsdrivende virksomhed (se f.eks. Høringssvar A, side 16), mens denne sammenligning ikke ønskes i relation til forhold, der skal sikre en forsvarlig og hensigtsmæssig formueforvaltning.

3.1.10 Side 46

I granskningsberetningen kritiserer jeg ikke brugen af en administrator. Jeg konkluderer side 46 nederst, at administrationsaftalen ikke fritager bestyrelsen ansvaret for den daglige drift.

Høringssvaret kommenterer således et forhold, der slet ikke kritiseres i granskningsberetningen.

Det afgørende er at forstå principperne i EFL § 25.

§ 25 sonderer mellem de tilfælde, hvor en erhvervsdrivende fond har en ledelse, der består af en bestyrelse alene og de tilfælde, hvor der også findes en direktion.

Findes der en direktion, forestås ledelsen af bestyrelsen og direktionen, således at direktionen varetager den daglige ledelse af fonden, herunder sørger for, at fondens bog-

føring sker under iagttagelse af lovgivningens regler, og at formueforvaltningen foregår på betryggende måde.

I det tilfælde, hvor der ikke er en direktion, er det bestyrelsen alene, der forestår ledelsen og organisationen af den erhvervsdrivende fonds virksomhed, og det er således også bestyrelsen, der alene har ansvaret for alle forhold, herunder bogføring og betryggende formueforvaltning.

Som det fremgår af granskningsberetningen side 46, havde [REDACTED] den opfattelse, at Banken ifølge administrationsaftalen fungerede som Fondens direktion og dermed var eneansvarlig for den daglige drift, mens kun ekstraordinære beslutninger var bestyrelsens anliggende.

[REDACTED] har således ikke forstået EFL § 25.

Når der ikke er en direktion, er bestyrelsen ansvarlig for samtlige forhold, herunder bogføring og betryggende formueforvaltning.

Hermed er ikke sagt, at bestyrelsen personligt skal udføre disse ledelsesmæssige opgaver, men det er bestyrelsen, der er ansvarlig for, at de gennemføres korrekt, og dette er årsagen til, at jeg fremhæver, at bestyrelsen burde have givet tilfredsstillende instrukser, herunder etableret tilfredsstillende forretningsgange og kontroller, således at bestyrelsen kunne sikre sig, at Banken som administrator udfyldte de funktioner, den var blevet pålagt, på en tilfredsstillende måde.

Bestyrelsens manglende etablering af sådanne instrukser og forretningsgange har bl.a. medvirket til, at bogføring og formueforvaltning ikke har været betryggende.

Dette er bestyrelsens ansvar, og bestyrelsen kan ikke frigøre sig fra dette ansvar ved at kritisere administrator. En administrator har ikke et selvstændigt ansvar, som begrænser bestyrelsens ansvar.

Det forhold, at bestyrelsen føler sig svigtet af administrator, fritager ikke bestyrelsen for dens ansvar. Havde bestyrelsen etableret de nødvendige forretningsgange og kontroller, kunne et sådant svigt have været undgået.

3.1.11 Side 52

Ansættelsesaftalen med [REDACTED] er en sammenblanding af Fondens og Bankens interesser.

Incitamentsaftalen medførte, at [REDACTED] vederlag ville øges, hvis Bankens indtjening blev større.

Et principielt eksempel herpå er Fondens betaling af årsbonus til Bankens direktører, herunder ■■■■■, hvilken betaling forbedrede Bankens resultater og dermed det vederlag, som ■■■■■ ville få efter sin ansættelsesaftale.

Selv om disse beløb var relativt små, viser det klart den indbyggede inhabilitet.

Hertil kommer fortsat, at det er en sammenblanding af Fonden og Bankens interesser, at Fonden betalte en af Bankens medarbejdere for arbejdsopgaver, som denne udførte for Banken.

3.1.12 Side 57

Granskningsberetningen kritiserer ikke, at man anvendte en soliditetsgrad på 40 %, men kun, at dette var det eneste styringsredskab, der skulle danne grundlag for en forsvarelig og hensigtsmæssig styring af risikoprofilen.

I høringsvaret peger ■■■■■ på, at Fondens bestyrelse naturligvis var opmærksom på nøgletal som overskud, egenkapital og reserver etc. I min gennemgang af det forelagte materiale har jeg ikke kunnet identificere, at man har anvendt andre nøgletal end den nævnte soliditetsgrad. Jeg henviser i den forbindelse også til granskningsberetningen side 66, hvor jeg beskriver mødet afholdt den 15. april 2008.

3.1.13 Side 53 og 61 vedrørende ansættelsen af ■■■■■

Der er ikke tale om ordkløveri, når jeg i granskningsberetningen finder, at udpegningen af ■■■■■ som overordnet ansvarlig for den daglige drift af Fonden var i strid med EFL § 25.

Udpegningen falder i tråd med den ansvarsfraskrivelse, som ■■■■■ også giver udtryk for i forhold til administrationsaftalen med Banken. Bestyrelsens overordnede ansvar kan ikke delegeres, men ligger ufravigeligt hos bestyrelsen.

Den 26. maj 2008 udpegede man Bankens forholdsvist nyansatte koncernjurist som overordnet ansvarlig for den daglige drift, uden at man på nogen måde havde sikret sig, at ■■■■■ havde den fornødne viden eller kapacitet til at overtage arbejdet og uden at yde den nødvendige vejledning. Der var tale om en virksomhed med en balance på over 2 mia. kr., og hvor bestyrelsen burde vide, at der ikke var overblik over Fondens situation, jf. igen referatet fra mødet den 15. april 2008, granskningsberetningen side 66 f.

3.1.14 Side 68

Antallet af bestyrelsesmøder er ikke dokumentation for, at bestyrelsen har fulgt op på de nødvendige forhold. Som det fremgår af granskningsberetningen finder jeg det ikke dokumenteret, at der har været den nødvendige afrapportering til bestyrelsen, eller at bestyrelsen har fastholdt et krav herom.

Til trods for det meget hyppige antal møder er det igen dokumenteret i referatet fra mødet den 15. april 2008, at der ikke var overblik over Fondens forhold.

Jeg understreger igen, at ansvaret for dette manglende overblik hviler på bestyrelsens skuldre.

3.1.15 Side 72

Det anføres i høringssvaret, at jeg i granskningsberetningen påviser enkelte fejl i referaterne.

Jeg er ikke enig i høringssvarets karakteristik af de påviste fejl. Der er efter min opfattelse tale om meget grove og misvisende fejl.

Det er, som nævnt i granskningsberetningen side 72, pkt. 9.1.7, min opfattelse at bestyrelsesmødereferaterne ikke er udtryk for forhandlingsreferater, som forudsat i EFL § 21, stk. 4, men derimod udtryk for beslutningsreferater.

Høringssvaret anfører på side 20, at kravet om et forhandlingsreferat ikke er ensbetydende med at *detaljer* i diskussioner skal refereres (med mindre der er dissens). Dette er jeg enig i. Referaterne indeholder imidlertid slet ikke et referat af de diskussioner som flere bestyrelsesmedlemmer har oplyst har fundet sted.

3.1.16 Side 73

Det billede af en rapportering og en "yderst aktiv medleven fra fondsbestyrelsens side", som beskrives i høringssvaret, kan jeg ikke genkende fra de gennemgåede dokumenter og de gennemførte interviews.

Som det fremgår af granskningsberetningen, har der ikke været nogen systematisk rapportering til bestyrelsen, der har ikke været budgetopfølgning og bestyrelsen har tilsidesat, at Fondens revisor igennem 4 år i træk anførte, at der manglede forretningsgange.

Min anvisning af etablering af forretningsgange, retningslinjer og instrukser er udtryk for den sædvanlige måde, hvorpå en bestyrelse sikrer sig opfølgning. Undlader man at

etablere sådanne kontrolforanstaltninger, må ansvaret herfor nødvendigvis falde tilbage på den bestyrelse, som har valgt ikke at oprette sådanne forretningsgange.

3.2 **Fondens uddelinger og køb af ejendomme (side 76-92)**

3.2.1 Side 77-78

Der er i granskningsberetningen udtrykkeligt opregnet en række eksempler, hvor beslutningsgrundlaget ikke har været tilfredsstillende.

3.2.2 Side 85

Høringssvaret anfører, at det simpelthen ikke er korrekt, at Fondens bestyrelse ikke fulgte op på beslutningen om udarbejdelse af en oversigt over kapitalbindingen i Fondens ejendomme.

Jeg kan hertil bemærke, at høringssvarets udsagn ikke stemmer overens med bestyrelsens referater eller de gennemførte interviews.

Jeg kan også som et enkelt eksempel henvise til, at Fondens investering i ISI 6, som var af en meget betydelig størrelse, ikke blev forelagt Fondens bestyrelse på et bestyrelsesmøde.

3.2.3 Side 89

Det er fortsat min opfattelse, at Fonden ikke har haft hjemmel til at udbetale løn og bonus til ■■■■■, ■■■■■ og ■■■■■.

Der er ikke tale om en forretningsmæssig begrundet bestyrelsesbeslutning, idet det fremgik af administrationsaftalen, at disse omkostninger skulle afholdes af Banken og ikke af Fonden.

Bestyrelsens "forretningsmæssige skøn" berettiger ikke Fondens bestyrelse til at favorisere Banken ved at yde betalinger, som Fonden ikke er forpligtet til i henhold til den indgående administrationsaftale.

Hertil kommer yderligere som anført i granskningsberetningen side 88 f.:

- At det på bestyrelsesmødet den 25. juni 2007 blev besluttet, at årets eventuelle bonus til Bankens direktion skulle udbetales via Fonden
- At Fondens aflønning af ■■■■■ var i strid med forretningsgangene for koncerninterne transaktioner

- At [REDACTED] har forklaret, at begrundelsen for udbetalingerne til ham, var, at hans løn som direktør i Banken, var genstand for lokalsamfundets bevågenhed, hvilket man undgik ved at lade Fonden foretage betalingerne.

Det ligger ikke inden for et forretningsmæssigt skøn at udbetale lønninger og bonus i disse tilfælde.

3.3 **Midt Factoring A/S (side 95-111)**

3.3.1 Generel bemærkning

Jeg henviser i det hele til min beskrivelse indledningsvist afsnit 2.3, hvor jeg i forlængelse af min uddybning af lovfortolkningen illustrerer, hvordan Fonden i Midt Factoring-sagen har overtrådt EFL § 41.

3.3.2 Side 102-109

Det er fortsat min opfattelse, at de omhandlede dispositioner er uberettigede, idet der foreligger en ikke retmæssig sammenblanding af Fondens og Bankens interesser.

3.4 **ISI 6 (side 114-130)**

Høringssvaret giver ikke nogen tilfredsstillende afklaring af de faktiske forhold, specielt ikke når svaret sammenholdes med det høringssvar, som er modtaget fra [REDACTED] (Høringssvar D), og som er behandlet nedenfor i afsnit 6.

I øvrigt bemærkes, at det dokument betegnet "Beskrivelse af ISI 6", som der i høringssvaret refereres til, og som bærer en blyantspåtegning, der lyder "[REDACTED] 04-10-07" formentlig er det samme som det minipropekt, jeg omtaler i granskningsberetningen side 120, hvilket også er udateret.

Hvis det er rigtigt, har det været min forståelse, at Fonden allerede på daværende tidspunkt ejede ISI 6.

Jeg er imidlertid ikke i besiddelse af et eksemplar, der bærer den omtalte blyantspåtegning.

Høringssvaret henviser til forhold, der skulle være beskrevet i dokumentet "Beskrivelse af ISI 6", men som jeg ikke kan konstatere er beskrevet i dokumentet. Fonden ses således slet ikke nævnt i "Beskrivelse af ISI 6", der heller ikke indeholder en beskrivelse af at Fonden maksimalt ville komme op på en ejerbrøk på mellem 40 % og 60 % af ISI 6 og at der skulle optages en ekstern medinvestor.

Høringssvaret giver ikke nogen forklaring på de tilbagedaterede overdragelsesaftaler eller den misvisende bogføring.

Der er således ikke fremkommet så afklarende bemærkninger, at det ændrer min anbefaling om at iværksætte yderligere efterforskning.

3.5 **Baltic Development (side 133-148)**

3.5.1 Side 144

Det erkendes, at Fondens bestyrelse ikke selv havde den fornødne sagkundskab, men at Fonden netop i forbindelse med projektet samarbejdede med personer, der havde denne sagkundskab.

Dette er ikke korrekt.

Som det fremgår af granskningsberetningen side 137, var der ingen af de parter, der var involveret på beslutningstidspunktet, som havde nogen relevant sagkundskab.

På beslutningstidspunktet havde man kontakt med [REDACTED] og dennes samarbejdspartner, som ikke havde erfaring med developmentvirksomhed, jf. bemærkningen i præsentationen af projektet "ingen af parterne kan udvikle".

Den ansvarspådragende handling blev realiseret ved, at Fonden købte et meget betydeligt development-projekt uden på forhånd at have foretaget en forsvarlig undersøgelse af forholdene.

Da Fonden efterfølgende kom i kontakt med professionelle samarbejdspartnere, var skaden sket.

3.6 **Fondens køb af pantebreve (side 151-174)**

3.6.1 Side 159-160

Med hensyn til behovet for at uarbejde "forretningsgange, retningslinjer eller egentlige procedurer" for Fondens køb af pantebreve, henviser jeg til mine bemærkninger ovenfor i nærværende afsnit 3.

Jeg påpeger dog, at høringssvarets bemærkning på side 33 om, at "fonden har end ikke pligt til at udarbejde forretningsorden, men har desuagtet gjort det", er forkert, idet Fondens bestyrelse efter vedtægternes § 4, stk. 4 havde pligt til at udarbejde en forretningsorden.

Til høringssvarets bemærkning på side 33 om "*at fondens bestyrelse generelt havde krævet investering i 1.-klasses pantebreve*", er at bemærke at det intetsteds er beskrevet eller forklaret hvad der skal forstås ved "1.-klasses pantebreve".

4. **BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR B**

4.1.1 Vedtægtsændring godkendt af fondsmyndigheden i 1996

4.1.1.1 Som beskrevet i høringssvaret blev Fondens vedtægter ændret den 15. april 1996. Vedtægtsændringen blev godkendt af fondsmyndigheden den 29. maj 1996.

Granskningsberetningens konklusioner bygger på de modtagne oplysninger, jf. granskningsberetningen side 6, pkt. 4.1.

Som beskrevet i granskningsberetningen side 68, pkt. 9.1.1 har jeg som led i granskningen gennemgået bestyrelsesmødereferater omfattende perioden fra 15. marts 2004 til 4. december 2008. Det i høringssvaret omtalte referat af Fondens bestyrelsesmøde den 15. april 1996 har således ikke været omfattet af granskningen.

I min skrivelse af 26. maj 2009 til revisor, hvormed jeg indkaldte revisor til et interview, gjorde jeg opmærksom på følgende:

"Min undersøgelse har indtil nu udelukkende været baseret på skriftlige kilder. Hvis De mener at være i besiddelse af skriftligt materiale, som bør indgå i min undersøgelse, og som jeg ikke allerede er i besiddelse af, opfordres De til at medbringe dette til mødet og meget gerne fremsende det til mig på forhånd.

Til din orientering vedlægges indeksliste over det materiale jeg allerede er i besiddelse af."

Af vedlagte indeksliste kunne det konstateres at materialet vedrørende 1996-vedtægtsændringen ikke var nævnt og derfor ikke indgik i min undersøgelse.

Jeg har efterfølgende fået udleveret materialet vedrørende 1996-vedtægtsændringen.

Nedenfor redegøres der for min forståelse af 1996-vedtægtsændringen set i forhold til den fortolkning af vedtægternes formålsbestemmelse, som er udtrykt i granskningsberetningen.

4.1.1.2 Den vedtagne og godkendte ændring af vedtægterne i 1996 giver mig anledning til at kommentere på to forhold, som er gjort til genstand for advokat Søren Halling-Overgaard's redegørelse i høringssvaret:

- i) Vedtægternes § 2, stk. 2 (begrebet "investering")
- ii) Vedtægternes § 2, stk. 3 (udlodningsbestemmelse)

4.1.1.3 Ad. i) Vedtægternes § 2, stk. 2 ("investering")

Granskningsberetningens analyse af Fondens formål er baseret på en fortolkning af Fondens gældende vedtægter, som de har været gældende i den for granskningen relevante periode.

Dette er det korrekte fundament for fortolkningen.

Som beskrevet i høringssvaret indebar ændringen af vedtægternes § 2, stk. 2 i 1996, at det i bestemmelsen blev anført hvilke aktiver Fonden kunne investere i. Vedtægternes § 2, stk. 2 blev således tilføjet "*pantebreve, fast ejendom og andre investeringsaktiver, samt indgåelse af andre finansielle aftaler*", som en del af de erhvervsmæssige aktiviteter Fonden kunne udøve.

Om baggrunden for ændringen af vedtægternes § 2, stk. 2, har Fondens advokat i sin skrivelse af 31. januar 1996 til fondsmyndigheden oplyst at der var tale om en *præcisering* af,

"at investering (anlæg og erhvervsaktivitet) af fondens formue kan ske i aktiver, der for fondens bestyrelse må anses for attraktive i henseende til afkast og risiko. Endvidere bør det præciseres, at fonden kan indgå finansielle aftaler, herunder bl.a. med henblik på afdækning af risiko af forskellig art."

Fondens advokats skrivelse af 14. februar 1996 til fondsmyndigheden bekræfter, at ændringen af vedtægternes § 2 var

"begrundet i fondsbestyrelsens ønsker om en nøjere præcisering af området for fondens virke."

Også fondsmyndigheden havde opfattelsen af, at den ønskede ændring af vedtægternes § 2 alene var en "*omformulering og præcisering*". Dette fremgår af fondsmyndighedens skrivelse af 21. februar 1996 til Civilretsdirektoratet.

Referatet af bestyrelsesmødet af 15. april 1996, hvis indhold i det væsentlige er gengivet i høringssvaret side 4 f., bekræfter at der var tale om en "*justering*" af vedtægterne, der ville gøre det muligt for Fondens bestyrelse "*på forsvarligt grundlag*" at varetage Fondens samlede interesser.

På baggrund af ovenstående og indholdet af 1996-vedtægtsændringen afvises det at granskningsberetningen er udarbejdet på et forkert grundlag.

Uanset om der med henvisning til baggrunden for 1996-vedtægtsændringen måtte kunne argumenteres for et "*investeringsbegreb*", der er bredere end det som er fastlagt i

granskningsberetningen side 27, pkt. 6.1.4, indebærer dette ikke at granskningsberetningens konklusioner er forkerte.

Hvor det i granskningsberetningen findes at en disposition falder udenfor Fondens formål, begrundes kritikken med at beslutningen også blev truffet på et uforsvarligt grundlag. Således blev Fondens bestyrelses beslutning om at stille en tabsgaranti overfor Midt Factoring A/S og beslutningen om at deltage i Baltic Development, jf. granskningsberetningen side 102, pkt. 3.2.3.3 og side 147, ikke truffet på et forsvarligt grundlag.

At Fondens bestyrelses beslutninger skal træffes på et forsvarligt grundlag understreges i øvrigt af referatet af bestyrelsesmødet af 15. april 1996, der indeholder følgende pas-sus:

"[...] at de foreslåede justeringer af fondsvedtægternes § 2 vil gøre det bedre muligt for fondsbestyrelsen på forsvarligt grundlag at varetage fondens samlede interesser."

4.1.1.4 Ad. ii) Vedtægternes § 2, stk. 3 (uddelingsbestemmelse)

Bestemmelsen i vedtægternes § 2, stk. 3 er en uddelingsbestemmelse, jf. granskningsberetningen side 25 f. pkt. 5.3.

Forinden ændringen af Fondens vedtægter i 1996 havde vedtægternes § 2, stk. 3 følgende formulering:

"Fonden skal tillige virke til gavn for almennyttige og velgørende formål efter bestyrelsens frie skøn."

Som nævnt i granskningsberetningen side 21, pkt. 4.1.4.4, vil Fondens tegning af ny aktiekapital i Banken være den eneste måde hvorpå Fonden vil kunne overføre midler til Banken, såfremt Fonden ikke har noget eksternt uddelingsformål, der tilgodeså Banken.

Vedtægtsændringen i 1996 indebar, at vedtægternes § 2, stk. 3 blev suppleret med et eksternt uddelingsformål til fordel for Banken, således at Fonden efter bestyrelsens frie skøn ville kunne

"[...] yde støtte til og på enhver anden måde virke til gavne for Egnsbank Han Herred, samt virke til gavn for almen nytte og velgørende formål."

Vedtægtsændringen i 1996 indebar således at Fonden kunne foretage uddelinger til fordel for Banken.

Fondens årsrapporter for regnskabsårene 1991-1996 forud for vedtægtsændringen viser at Fondens resultat i disse år ikke blev disponeret som uddelinger til fordel for Banken.

Den omhandlede vedtægtsændring har ingen betydning for granskningsberetningens konklusioner.

I høringssvaret side 6 fremhæver advokat Søren Halling-Overgaard betydningen af ordet "og" i sætningen "yde støtte til **og** på enhver anden måde [...]". Jeg er uforstående overfor denne argumentation idet Fonden selv ved vedtægtsændringen i 2006 – uden at nævne det i korrespondancen med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen – ændrede ordet "og" til ordet "eller".

4.2 **Fondens revisor**

Som nævnt i granskningsberetningen på side 179, pkt. 3.3, er den fortolkning af loven som revisor har givet udtryk for – og som der på ny gives udtryk for i høringssvaret – en væsentlig årsag til adskillige af de punkter – men ikke samtlige punkter - hvor der i granskningsberetningen udtrykkes kritik af revisors arbejde.

Jeg henviser i den forbindelse til min uddybning i foranstående afsnit 2.2.

4.2.1 Revisors kendskab til Fondens administrationsforhold

I høringssvarets side 9 ff. anføres det at det findes vanskeligt at følge konklusionen i granskningsberetningen side 182, pkt. 5.1.

Jeg er uforstående overfor høringssvarets kritik.

Der gives således ikke i granskningsberetningen udtryk for at revisor skulle være af den opfattelse, at ■■■■■ var *ansat* i Fonden. I granskningsberetningen side 182, pkt. 5.1 er det, i overensstemmelse med det i høringssvaret omtalte referat af mødet den 22. juni 2009 og advokat Søren Halling-Overgaards supplerende bemærkninger i skrivelse af den 14. august 2009, anført at revisor havde den opfattelse at ■■■■■ var Fondens bogholder og kasserer og at revisor var bekendt med at der var en administrationsaftale mellem Banken og Fonden.

■■■■■ har som beskrevet i granskningsberetningen side 182, pkt. 5.1 oplyst at der ingen bogholder eller kasserer var i Fonden. Kritikken går således på at revisor var af den opfattelse at ■■■■■ havde *funktionen* som bogholder og kasserer i Fonden, hvilket var forkert.

4.2.2 Option kr. 155 mio.

Som der er redegjort for i granskningsberetningen side 183, pkt. 6.1.1, er det min opfattelse at salgsoptionen ikke kan karakteriseres som en eventualforpligtelse, men derimod skulle have været behandlet som en indirekte uddeling til Banken, jf. granskningsberetningen side 99, pkt. 3.1.2.3.2. Som sådan er salgsoptionen ulovlig, jf. EFL § 41.

Det er fortsat min opfattelse at revisor burde have identificeret overtrædelsen af EFL § 41, og taget et forbehold i revisionspåtegningen, jf. granskningsberetningen side 183, pkt. 6.1.1.

Jeg er enig i, at det ikke er revisor, der aflægger årsregnskabet, men det ændrer ikke det forhold at revisor burde have identificeret overtrædelsen af EFL § 41 og taget forbehold i revisionspåtegningen. Det forhold at revisor ikke har været uenig med Fondens ledelse legitimerer ikke revisors manglende forbehold. Revisor burde have været uenig.

4.2.3 Udbetaling af vederlag fra Fonden

Det er uændret min opfattelse at revisor burde have identificeret at Fondens udbetaling af vederlag til de nævnte personer var en overtrædelse af EFL, og at dette skulle have været anført som en supplerende oplysning i revisionspåtegningen, jf. erklæringsbekendtgørelsen § 7 og EFL § 34, stk. 2.

Særligt for udbetalingerne i 2007 skal det nævnes at det af referatet af bestyrelsesmødet den 25. juni 2007 fremgår, at det blev besluttet at årets eventuelle bonus til Bankens direktion skulle udbetales via Fonden. Det har således været klart at der ikke var tale om betaling for en arbejdsydelse præsteret over for Fonden.

I øvrigt kan der for den manglende "hjemmel" til at Fonden kan foretage udbetalingerne henvises til bemærkningerne til Høringssvar A, jf. afsnit 3.2.3.

Det tilføjes at revisor i henhold til EFL § 34 har en selvstændig pligt til at foretage en kritisk gennemgang af Fondens forhold. Heri ligger også en kritisk gennemgang af de beslutninger, som bestyrelsen måtte have taget. Revisors henvisning til at bestyrelsen havde godkendt de omhandlede udbetalinger fritager derfor ikke revisor for en selvstændig vurdering af forholdet set i forhold til EFL's regler.

4.2.4 Midt Factoring A/S – huslejereduktionen

Som beskrevet i granskningsberetningen side 186, pkt. 6.4.3 er det i granskningsberetningens afsnit III om Midt Factoring A/S redegjort for revisors medvirken i drøftelserne om konstruktionen med lejenedsættelse modsvarende risikoen for den i Midt Factoring A/S verserende skattesag, jf. granskningsberetningen side 107, pkt. 3.4.2.2.

I øvrigt henvises der til Høringssvar A, side 34, hvor det nævnes,

"at både fondens revisor og advokat [...], som tilsvarende kendte fondens forhold, medvirkede aktivt i forbindelse med dispositionerne omkring Midt Factoring."

5. **BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR C**

Finansforbundet har på vegne af fire tidligere medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer afgivet et høringssvar. I høringssvaret har Finansforbundet undladt at kommentere på granskningsberetningens indhold, idet Finansforbundet efter det oplyste,

"ikke har tiltro til at vores [Finansforbundets] kommentarer vil blive medtaget."

Jeg finder ikke at Finansforbundet har grundlag for en sådan antagelse.

I forbindelse med de afholdte interviews blev der givet den interviewede og Finansforbundet mulighed for at kommentere mit udkast til referat af interviewet. De modtagne kommentarer blev loyalt medtaget i granskningsberetningen, jf. granskningsberetningen side 5 f., pkt. 2.3.

6. **BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR D**

- 6.1 I høringssvaret udtrykkes der forundring over anvendelsen af strateginotatet af 10. juni 2005, hvoraf en del er citeret i granskningsberetningen side 28, pkt. 6.1.7.

Høringssvaret karakteriserer bemærkningen,

"Vedtægterne giver reelt fondens bestyrelse frie hænder til at anvende fondens midler, hvor man vil. Billedlig talt kan bestyrelsen beslutte at investere i en gummi- eller kaffeplantage i Brasilien.", som værende en spøgefuldst bemærkning.

Jeg finder anledning til at henvise til at det i Høringssvar A, side 10 anføres, at det citerede strateginotat havde stor betydning for Fondens bestyrelses beslutning i 2005 om at ændre Fondens strategi, og var udtryk for den vejledning Fondens bestyrelse rent faktisk fik.

Endvidere bemærkes det i Høringssvar A, side 10, at den citerede opfattelse af Fondens formålsbestemmelse ifølge [REDACTED] må anses for at være korrekt.

Som nævnt i granskningsberetningen side 28, pkt. 6.1.7, kan jeg ikke tilslutte mig den i strateginotatet af 10. juni 2005 anførte fortolkning af Fondens formål, men finder at medtagelsen af citatet fra strateginotatet er af væsentlig betydning.

- 6.2 Høringssvarets redegørelse for granskningstemaets pkt. 5, ISI 6 understreger behovet for yderligere efterforskning af Fondens involvering i ISI 6.
- 6.2.1 Høringssvaret gengiver korrekt at det i granskningsberetningen side 116, pkt. 4, skrives at *"f.eks. er køb af andelene ikke set dokumenteret"*.

Som nævnt samme sted i granskningsberetningen var dette en oplysning granskningsmanden modtog fra Bankens interne revisor i forbindelse med udleveringen af det tilgængelige bogføringsmateriale.

- 6.2.2 Høringssvaret nævner også at *"Granskningsmanden er velkommen til at rette henvendelse til administrator i Wiesbaden."*

Hertil er at sige at den rapport der blev udarbejdet i forlængelse af et gennemført review i Secur GmbH i Wiesbaden den 22.-25. juni 2009, afslutningsvist bemærker følgende:

"Der blev ikke fremlagt fyldestgørende og verificerbar dokumentation for købet af andelene i ISI 6."

Rapporten er dateret den 3. september 2009 og er udarbejdet af en person ansat i ebh ejendomme a/s.

- 6.2.3 Høringssvaret oplyser følgende om formidlingsaftalen, som er omtalt i granskningsberetningen side 119, pkt. 4.4.

"Der blev udarbejdet en formidlingsaftale (omtalt i granskningsrapporten side 119 afsnit 4.4) mellem ebh koncernen og ebh fonden om formidling af investeringen til ebh fonden og/eller andre eksterne investorer."

Jeg læser dette sådan at den uunderskrevne og ufuldstændigt daterede formidlingsaftale ifølge Høringssvar D blev indgået og effektueret, hvilket medfører at Fonden fremstod som den oprindelige køber af ISI 6.

Som der er redegjort for i granskningsberetningen viser bogføringen at ISI 6 oprindeligt blev købt af Bankens datterselskab ebh Zweitmarkt GmbH, hvorfor det i granskningsberetningen side 119, pkt. 4.4 antages at formidlingsaftalen ikke blev indgået.

Dette synes også forudsat i Høringssvar A, side 30, hvor det anføres:

"Banken havde besluttet at ville investere i såkaldt "brugte anparter" (dvs. ideelle andele af veldrevne, udlejede ejendomme i Tyskland), og i ISI 6-projektet ville banken gennem sit datterselskab ebh Zweitmarkt GmbH kunne komme op på en ejerandel på 94 pct. af dette projekt, idet de sidste 6 pct. af projektet af tyske skattemæssige årsager ikke skulle erhverves af én og samme ejer."

Høringssvarets forklaring vedrørende formidlingsaftalen bidrager således til yderligere klarhed omkring Fondens erhvervelse af ISI 6.

7. **BEMÆRKNINGER TIL HØRINGSSVAR E**

- 7.1 Høringssvaret gengiver korrekt, at granskningsberetningen ikke indeholder en stillingtagen til, hvem af Fondens bestyrelsesmedlemmer, der er ansvarlige for de konkrete erstatningsansvarspådragende handlinger.

Dette fremgår af granskningsberetningens side 7, pkt. 5.2, som også citeres i Høringssvar E.

Desuden præciseres det samme sted i granskningsberetningen, at der er tale om et individuelt ansvar, der kun påhviler de bestyrelsesmedlemmer "som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet fonden skade", jf. EFL § 44, stk. 1.

Af disse grunde finder jeg kritikken for uberettiget.

Som det også fremgår af granskningsberetningen side 6 f., pkt. 5, forudsættes det, at samtlige erstatningsansvarsbetingelser er opfyldt. Udover kravet om et ansvarsgrundlag for Fondens bestyrelse, hvilket er genstand for analyse i granskningsberetningen, skal den erstatningsansvarspådragende handling have forårsaget et økonomisk tab, der anses for en påregnelig følge af den erstatningsansvarspådragende handling.

Granskningsberetningen tager desuden ikke stilling til det enkelte tabs størrelse, muligheden for lempelse af erstatningsansvaret og om et erstatningsansvar måtte være forældet, jf. granskningsberetningen side 6 f., pkt. 5.

- 7.2 I høringssvaret anføres det desuden, at advokat Michael Clemmensens klient ved sin tiltræden i Fondens bestyrelse den 1. april 2007, kunne konstatere,

"at revisorpåtegninger og revisionsprotokoller for 2006-regnskabet ikke omtalte nogen særlige forhold, advarsler eller lignende, som et nytiltrådt bestyrelsesmedlem skulle være opmærksom på,"

Dette er efter min mening ikke korrekt.

Som forklaret i granskningsberetningen på side 59 f., pkt. 8.8.4.2 og 8.8.4.3, blev det i revisionsprotokollen vedrørende Fondens årsrapporter for 2005 og 2006 af Fondens revisor påpeget, at der var en mangel vedrørende Fondens forretningsgange i relation til funktionsadskillelse.

- 7.3 I høringssvaret anføres det at Fondens tabsgaranti overfor Midt Factoring A/S blev besluttet som en forretningsmæssig disposition mod vederlag.

Af de grunde som er anført i granskningsberetningen på side 102, 3.2.3.3, er det min opfattelse, at tabsgarantien faldt udenfor Fondens formål, og at det forretningsmæssige grundlag for at påtage sig tabsgarantien var tvivlsomt.

- 7.4 I høringssvaret bemærkes det desuden, at forpligtelsen til at overtage Coface Holding AG's forpligtelser i henhold til et ansvarligt lån på 110 mio. kr. aldrig blev aktualiseret og derfor findes at være irrelevant.

Det er korrekt at forpligtelsen aldrig blev aktualiseret. Dette er bemærket i granskningsberetningen på side 106, pkt. 3.4.1.1.3.

Jeg er imidlertid uenig i at det for Fondens forhold er irrelevant at der uden Fondens bestyrelses godkendelse påtages en forpligtelse til at overtage et ansvarligt lån på 110 mio. kr.

-oOo-

På baggrund af ovenstående findes der ikke at være anledning til at ændre granskningsberetningens konklusioner, hvorfor granskningsberetningens redegørelse, analyse og konklusioner i det hele fastholdes.

Århus, den 30. november 2009

Med venlig hilsen
Kromann Reumert

Carsten Fode