

INDHOLD

*Hvornår skal en ledelse frifindes,
og hvornår skal den dømmes
efter Capinordic?*

 Af Erik Werlauff

s. 2

*Dansk skatterets syn på fonde i
udlandet er restriktivt – alt for restriktivt*

 Af Erik Werlauff

s. 4

*Har fede medarbejdere
en særlig beskyttelse ved afskedigelse?*

 Af Lone L. Hansen

s. 6

Werlauff Publishing

- forlaget med bøger om jura, økonomi og revision
se alle bogtitlerne på

www.werlauff-publishing.com

Hvornår skal en ledelse frifindes, og hvornår skal den dømmes efter Capinordic?

Hvis Capinordic-dommen fra Østre Landsret bliver det endelige ord i sagen, kan vi fastslå følgende om erstatningsansvar:

Ansvar for hele konkursen er op ad bakke og kræver meget stærke beviser. Det er ikke nok, at den valgte forretningsmodel er risikobetonet. I Capinordic slog landsretten fast, at forretningsmodellen i sig selv ikke var nok, uanset at den gjorde banken sårbar for konjunkturerne, herunder finanskrisen. Modellen kunne jo også have givet en betydelig indtjening, siger landsretten.

Bankens organisation var heller ikke nok til at gøre ledelsen ansvarlig for hele konkursen. Det samme gjaldt de engagementer på i alt 90 mio. kr., som ledelsen blev fundet erstatningsansvarlig for, jf. nedenfor. Ansvar for disse trak altså ikke et ansvar for hele sammenbruddet med sig.

Derfor måtte ansvaret afgøres udlån for udlån. En tidligere statsminister i Danmark ville sige: Det lange, seje træk.

Landsretten giver nogle generelle principper med på forkant, når et eventuelt ansvar for hvert enkelt engagement skal bedømmes. Vigtigst er, at landsretten anerkender ledelsens forretningsmæssige skøn: Der må udvises tilbageholdenhed med at tilsidesætte ledelsens forretningsmæssige skøn over forsvarligheden af det enkelte udlån, siger landsretten. Litteraturen kalder dette for ”business judgment rule”.

Dette udgangspunkt skal dog fraviges, hvis udlånet er sket til et ledelsesmedlem, til et selskab ejet af et ledelsesmedlem eller til et selskab inden for koncernen. I disse nærstående-tilfælde gælder der ingen formodning om, at udlånet er forretningsmæssigt forsvarligt.

Hvilken betydning har det, hvis regler i loven om finansiel virksomhed og/eller bankens kreditpolitik og andre forskrifter er overtrådt? Svaret er: Ingen betydning. Det helt afgørende er, om udlånet på tidspunktet for beslutningen var forsvarligt, og udgangspunktet er ledelsens forretningsmæssige skøn.

Vi skal ved bedømmelsen tage hensyn til, hvornår lånet blev bevilget. Er det før eller efter finanskrisens indtræden? Jo længere det er før, desto mindre kan man anfægte forsvarligheden.

Har lånet været bedømt af Finanstilsynet og af bankens egen revision? Hvis ja, skal også dette indgå i bedømmelsen. Hvis lånet har været bedømt af tilsynet, og tilsynet har fået korrekte oplysninger, taler dette klart for, at ledelsen skal gå fri.

Der kan aldrig ske en kollektiv bedømmelse af ledelsens medlemmer, understreger Østre Landsret i Capinordic. Hvert medlem af ledelsen skal bedømmes individuelt. Én kan blive dømt, mens en anden kan blive frifundet.

Hvis flere er sagsøgt, pådømmes spørgsmålet om indbyrdes regres mellem dem kun, hvis...

de kræver dette under sagen, dvs. ”nedlægger påstand” om dette.

Lempelse af erstatningsansvaret kan ske ud fra mange forskellige hensyn, men indgangsvinklen til dem er, at retten får et solidt kendskab til økonomien hos den, der kræver lempelse af

sit ansvar. Ellers vil retten ikke beskæftige sig med spørgsmålet om lempelse.

Det er en dom, som vi kan lære en masse af, uanset om den bliver anket til Højesteret eller ej.

// Erik Werlauff

VALG AF VIRKSOMHEDSFORM - ny bog ude nu!



VALG AF VIRKSOMHEDSFORM er et nyttigt redskab for rådgivere, virksomhedsejere, studerende og undervisere, der har behov for viden om fordele og ulemper ved den enkelte virksomhedsform.

Bogen gennemgår 17 forskellige virksomhedsformer og efterprøver for hver af dem 11 forskellige hensyn (indskud, hæftelse, regnskab, skat, medejere, skift af form etc. etc.), hvorved at det gøres nemmere at vælge den bedst egnede virksomhedsform i den enkelte situation.

Køb den hos Werlauff Publishing på nedenstående link
<http://werlauff-publishing.com/valg-af-virksomhedsform.html>

Dansk skatterets syn på fonde i udlandet er restriktivt – alt for restriktivt

Hvis du eller din klient har lyst til at oprette klientens fond (selvejende institution) i et andet EU- eller EØS-land i stedet for i Danmark, er dette en rettighed, som din klient har i henhold til EU-rettens regler om etableringsret og kapitalbevægelser.

Alligevel har Danmark gennem årtier udviklet og forfinet en lang række krav til den udenlandske fond, som ofte vil føre til, at fonden bliver underkendt som et selvstændigt skattesubjekt, og at Danmark beskatter fondens stifter eller andre indskydere af fondens indtægter.

Hvordan kan det gå så galt, når det kan være helt legitimt at bruge en udenlandsk fond, fx fordi stifteren påtænker at emigrere, eller fordi stifteren finder, at de danske fondslove er blevet alt for firkantede?

Svaret er, at den faste danske praksis kræver af en dansk fond, at stifteren og andre vigtige bidragydere definitivt har givet afkald på det, som de har indskudt i fonden. De må ikke kunne få det indskudte tilbage, og deres ægtefælle og hjemmeboende umyndige børn må heller ikke kunne få det.

Hvorfor dog ikke, kan man spørge? Fordi vi er bange for, at der skal foreligge "selvbåndlæggelse" hvor en person har bragt formuen i sikkerhed for sine kreditorer, herunder SKAT, men alligevel selv har

adgang til formuen. Dette vil vi ikke acceptere, og denne holdning er helt forståelig.

Men kan denne acceptable holdning med rette føre til, at fonde i hele verden skal bedømmes ud fra danske normer? Det mener de danske myndigheder, men jeg vil hermed vove den påstand, at dette ikke er korrekt. Og nu får vi inden for et par år et svar på spørgsmålet, fordi Landsskatteretten har afsagt en vigtig kendelse i SKM 2015.456 LSK, som nu bliver indbragt for domstolene, måske helt til Højesteret.

Mange af de sager, vi har haft, drejer sig om fonde i eksotiske lande. Flere sager drejer sig om fonde i Liechtenstein, som jo dog er et EØS-land, og dermed underkastet reglerne om etableringsret og kapitalbevægelser. Men SKM 2015.456 LSK handler om en fond i Holland, nærmere bestemt i Rotterdam. Den blev oprettet for en år-række siden af en dansker, og han og hans familie sidder i fondens bestyrelse. Han har aldrig modtaget en krone fra fonden, og efter hollandsk fondslovgivning er han da også fuldstændig afskåret fra dette, ligesom stifteren af en dansk fond er.

Alligevel har SKAT, nu med Landsskatterettens tilslutning, truffet bestemmelse om, at et udbytte på 63,0 mio. kr., som fonden modtog fra den danske koncern, der ejes af den hollandske fond, skal men dens stifter som rette indkomstmottager af...

Dansk skatterets syn på fonde i udlandet er restriktivt – alt for restriktivt

...det udbytte, som fonden modtog fra den danske selskabskoncern.

Man kan paragraf for paragraf sammenligne de hollandske fondsregler med de danske og påvise, at de hollandske regler er lige så betryggende som de danske, når det drejer sig om at værne mod selvbåndlæggelse, dvs. om kreditorbeskyttelse:

Fonden skal både efter hollandsk og dansk ret oprettes for en offentlig myndighed, der efterprøver, at lovgivningens krav er opfyldt. Fonden bliver både efter hollandsk og dansk ret først en selvstændig juridisk person, når disse krav er opfyldt. Fonden står både efter hollandsk og dansk ret under tilsyn af en offentlig myndighed, der kan skride ind,

afskedige bestyrelsen etc., såfremt loven overtrædes. Stifteren og dennes nærmeste er både efter hollandsk og dansk ret afskåret fra at modtage noget som helst fra fonden.

Alligevel vil de danske myndigheder, og altså også Landsskatteretten, jf. SKM 2015.456 LSK, kun stole på danske myndigheder, men ikke på hollandske myndigheder i en ganske tilsvarende situation. Det stemmer ganske enkelt meget dårligt med EU-retten.

Følg med i denne sag – og opgiv ikke at bruge en udenlandsk fond i stedet for en dansk, hvis det er det, du ønsker. Der er en betydningsfuld udvikling på vej.

// Erik Werlauff

www.dinjura.com

Her finder du en voksende database af artikler samt andet juridisk indhold

Har fede medarbejdere en særlig beskyttelse ved afskedigelse?

I de direktivstyrede regler om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet begrundet i en lang række forhold som fx køn, race, religion, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder og handicap, er fedme ikke nævnt.

Det har imidlertid været omdiskuteret, om der også gælder et forbud mod forskelsbehandling pga. fedme – selvom det ikke udtrykkeligt fremgår af direktivet om forskelsbehandling eller andre EU-regler – og i en dansk forelæggelsessag har EU-Domstolen nu taget stilling til spørgsmålet (dom af 18. december 2014, sag C-354/13).

Svaret er, at der ikke gælder et generelt princip om forbud mod forskelsbehandling pga. fedme i sig selv, men at en lønmodtagers fedme under visse omstændigheder kan betragtes som et handicap og dermed medføre en beskyttelse efter reglerne i forskelsbehandlingsloven.

Hvornår dette er tilfældet, vil det kunne være svært for en arbejdsgiver at afgøre, idet det blandt andet beror på en konkret vurdering af, om lønmodtagerens fedme medfører ”be-grænset bevægelighed eller sygdomme hos lønmodtageren, som forhindrer den pågældende i at udføre sit arbejde, eller som indebærer gener ved udøvelsen af den pågældendes erhvervs-mæssige aktivitet” (Domstolens formulering).

Hvis en lønmodtager pga. sin fedme omfattes af forskelsbehandlingsloven, idet den pågældende er at betragte som handicappet, vil dette indebære, at en arbejdsgiver ikke uden videre må afskedige lønmodtageren, hvis denne pga. sin fedme ikke kan varetage sit arbejde tilfredsstillende.

Arbejdsgiveren er i denne situation forpligtet til at undersøge, om der kan iværksættes hensigtsmæssige foranstaltninger, fx særlige hjælpemidler eller arbejdspladsindretning, der vil kunne muliggøre, at lønmodtageren fortsat kan bestride sit job. Er det tilfældet, er arbejdsgiveren forpligtet til at iværksætte sådanne foranstaltninger, medmindre arbejdsgiveren herved vil blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, jf. forskelsbehandlingslovens § 2 a.

Først når spørgsmålet om eventuelle foranstaltninger er undersøgt (og prøvet), vil arbejdsgiveren kunne opsig lønmodtageren, hvis denne fortsat ikke kan udføre arbejdet tilfredsstillende. Får arbejdsgiveren ikke spørgsmålet om eventuelle foranstaltninger efter § 2 a inddraget og afklaret, men vælger umiddelbart at skride til afskedigelse, vil dette udløse en godtgørelse til den opsagte lønmodtager, der vil svare til mindst 6 måneders løn.

Niveauet for godtgørelse ved afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven skal nu svare til niveauet for godtgørelse ved afskedigelse i strid med (...)

Har fede medarbejdere en særlig beskyttelse ved afskedigelse?

med ligestillingslovens § 9 (om forbud mod afskedigelse på grund af graviditet, barsel eller adoption), og dette betyder, at godtgørelsen vil svare til 9 måneders løn, hvis lønmodtageren har blot få års anciennitet.

At en fed medarbejder måske omfattes af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven, indebærer, at arbejdsgiveren bør inddrage disse regler og de krav om ”hensigtsmæssige foranstaltninger”, der stilles til arbejdsgiveren, hvis der overvejes afskedigelse eller væsentlige stillingsændringer for en stærkt overvægtig medarbejder, når opsigelsen eller stillingsændringen har sammenhæng med overvægten.

Hvis arbejdsgiveren ønsker at opsiges en fed medarbejder, uden at dette skyldes utilfredshed med lønmodtagerens arbejdsindsats eller i øvrigt har sammenhæng med overvægten, fx hvis virksomheden skal foretage indskrænkninger pga. ordrenedgang, er det ikke relevant at overveje eventuelle foranstaltninger efter § 2 a.

Da en arbejdsgiver ikke ved udvælgelsen af den eller de lønmodtagere, der skal afskediges, må tage hensyn til handicap, er det imidlertid vigtigt, at arbejdsgiveren foretager en grundig og saglig udvælgelsesproces, hvor det efterfølgende vil kunne dokumenteres, hvilke saglige kriterier der indgæet ved bedømmelsen

og udvælgelsen af den eller dem, der skal opsiges.

Det er endvidere vigtigt, at arbejdsgiveren helt afholder sig fra kommentarer og bemærkninger om lønmodtageres vægt, medmindre det er vægten, der er årsagen til afskedigelsen.

Ved sager om påståede afskedigelser i strid med forskelsbehandlingsloven gælder der en ”delt bevisbyrde”, og blot en enkelt bemærkning om overvægten fra arbejdsgiverens side vil kunne være tilstrækkeligt til, at lønmodtageren har ”påvist” faktiske omstændigheder, der tyder på, at fedmen er indgået i beslutningsgrundlaget hos arbejdsgiveren, således at bevisbyrden for, at dette ikke er tilfældet, herefter påhviler arbejdsgiveren. En sådan bevisbyrde kan være næsten umulig at løfte.

// Lone L. Hansen

din§jura udgives af:

Werlauff Publishing

CVR-nr: 28699123

Hjemmeside: www.dinjura.com

E-mail: kontakt@dinjura.com