

Retten i Odense

DOM

Afsagt den 23. marts 2016 i sag nr. BS 8-807/2015:

Miljø-Bo A/S
Svanevej 10-12
5690 Tommerup
mod
Focus Advokater P/S
Englandsgade 25
5000 Odense C

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt ved Retten i Odense den 28. maj 2015, drejer sig om, hvorvidt sagsøger, Miljø-Bo A/S (Miljø-Bo), har krav på erstatning fra sagsøgte, Focus Advokater P/S (Focus Advokater), som følge af, at Focus Advokater i en retssag, der var anlagt af Ejendoms-selskabet af 19.05.2010 A/S under konkurs (konkursboet) mod Miljø-Bo, og hvor Focus Advokater repræsenterede Miljø-Bo, undlod at rådgive Miljø-Bo om muligheden for at gøre gældende, at konkursboets krav var forældet, ligesom Focus Advokater følgelig undlod at gøre dette anbringende gældende under retssagen, som Miljø-Bo siden tabte ved byretten og delvist i landsretten.

Sagen drejer sig i anden række om, hvorvidt Focus Advokater har krav på betaling for det arbejde, Focus Advokater har udført for Miljø-Bo i forbindelse med den pågældende sag.

Miljø-Bo har nedlagt påstand om, at Focus Advokater tilpligtes at anerkende at være erstatningsansvarlig for det tab Miljø-Bo A/S lider ved, at en indsigelse om forældelse ikke blev fremført over for det af konkursboet fremsatte krav i retssag ved Retten i Odense, 5. afdeling, BS 5-2700/2011.

Miljø-Bo har endvidere nedlagt påstand om, at Focus Advokater tilpligtes at betale 4.925.371,20 kr. med tillæg af renter i henhold til renteloven af 4.000.000 kr. fra den 2. december 2011, af 296.300 kr. fra den 28. januar 2015 og af 629.071,20 kr. fra sagens anlæg.

Focus Advokater har heroverfor påstået frifindelse og har nedlagt selvstændig påstand om, at Miljø-Bo tilpligtes at betale 554.700,77 kr. med tillæg af procesrente fra den 27. februar 2015.

Miljø-Bo har overfor Focus Advokaters selvstændige påstand påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb fastsat efter rettens skøn.

Sagsfremstilling

Baggrund

Miljø-Bo er ejet 100% af NP Holding A/S, der ejes af A, der tillige er bestyrelsesmedlem i NP Holding A/S.

Miljø-Bos direktør er A og bestyrelsen består af blandt andre A, B og C. I perioden fra den 16. juni 1997 til den 29. november 2010 var også blandt andre D medlem af bestyrelsen. I perioden fra den 25. marts 2008 til den 28. maj 2010 var advokat E, Focus Advokater, blandt andre medlem af bestyrelsen.

Miljø-Bo var eneaktionær i Ejendomsselskabet af 19.05.2010 A/S (ejendomsselskabet), der tidligere havde drevet virksomhed under navnet Ejendomsselskabet Estershus 2900 Hellerup A/S. Ejendomsselskabets direktør var A og i bestyrelsen sad A, B og D.

Ejendomsselskabets formål var at sælge en beboelsesejendom med 32 lejligheder og 4 garager under opførelse. Ejendomsselskabet havde erhvervet projektet fra IBI Danmark A/S, der var hovedentreprenør på byggeriet og havde udstedt entreprenørgaranti på 2.927.955 kr. til ejendomsselskabet.

Byggeriet blev afleveret til køberne den 1. juli 2004. Der blev imidlertid konstateret en lang række omfattende mangler ved byggeriet, hvilket resulterede i et langstrakt forløb med for-

gæves afhjælpningsforsøg, syn- og skønsforretninger, voldgifts- og retssager. Ejerforeningen og to ejerlejlighedsejere lagde således sag an mod selskabet.

Den 10. oktober 2005 blev der på generalforsamlingen i ejendomsselskabet truffet beslutning om nedsættelse af selskabskapitalen med 4.000.000 kr., og denne kapitalnedsættelse blev gennemført den 2. marts 2006.

Ejendomsselskabet gik konkurs den 2. december 2010.

Retsafgørelserne i sagen mellem konkursboet og Miljø-Bo

Konkursboet anlagde den 2. december 2011 sag ved Retten i Odense med påstand om, at Miljø-Bo - bl.a. på baggrund af kapitalnedsættelsen af 2. marts 2006 - skulle tilpligtes at betale i alt 7.800.000 kr. til konkursboet. Retten i Odense afsagde dom i sagen den 20. juni 2013 og af præmisserne fremgår bl.a.:

"Beretningen fra bestyrelsen skal efter § 29, stk. 2, nr. 2, oplyse om begivenheder af væsentlig betydning for selskabets stilling, som er indtruffet efter årsrapportens afgivelse.

Uanset at bestyrelsen og dermed også sagsøgte på dispositionstidspunktet var vidende om, at der var gjort væsentlige og omfattende mangler gældende mod selskabet, og at afhjælpningen af disse som drøftet på mødet den 26. september 2005 ikke skete som forventet, er mangelsindsigelseerne ikke omtalt i bestyrelsens beretning, der blev udfærdiget til brug for beslutningen om at gennemføre kapitalnedskrivningen på 4.000.000 kr.

Ved at have modtaget udbetalingen uanset at sagsøgte var vidende om selskabets forhold, og uanset at bestyrelsens beretning ikke indeholdt fyldestgørende oplysninger om forholdene, har sagsøgte handlet ansvarspådragende. Sagsøgte er derfor erstatningsansvarlig overfor sagsøgeren for det tab, som sagsøgeren herved er blevet påført, jf. den dagældende aktieselskabslov § 142. Idet der er oplyst om anmeldte krav i konkursboet på 6.600.000 kr., og da der derudover er forbundet udgifter med behandlingen af et konkursbo, fastsættes tabet til 4.000.000 kr. At selskabet ved Københavns Byrets dom af 26. april 2011 alene blev dømt til at betale 500.000 kr., kan ikke føre til et andet resultat, når dommen blev afsagt på et foreløbigt grundlag, fordi konkursboet ikke ønskede at indtræde i sagen."

Den 16. januar 2014 tog Østre Landsret stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det kunne tillades Miljø-Bo under anken at gøre forældelse gældende. Af landsrettens kendelse fremgår:

"Appelantens anbringende om, at kravet er forældet er et anbringende, som ikke har været gjort gældende i foregående instans, og som vil gøre det nødvendigt at tage stilling til forhold, som ikke har foreligget for den foregående instans.

Det fremgår endvidere af retsbogen fra hovedforhandlingen i byretten, at spørgsmålet om anbringendet blev drøftet. Af retsbogen fremgår:

" ...

Sagen blev procederet. Advokat...præciserede på rettens forespørgsel, at sagsøgte ikke gør gældende, at sagsøgerens krav er forældet.

..."

På den baggrund, og da der ikke i øvrigt foreligger omstændigheder, der kan begrunde, at det mod indstævntes protest skal tillades appelanten at fremsætte det nye anbringende, tages indstævntes påstand til følge.

Thi bestemmes:

Appelantens anbringende om forældelse nægtes fremsat."

Østre Landsret afsagde dom i ankesagen den 14. januar 2015. Af dommens præmisser fremgår bl.a.:

"På tidspunktet for ejendomsselskabets udlodning af 3,8 mio. kr. i udbytte den 5. oktober 2015, jf. den dagældende aktieselskabslov § 110, stk. 1, og beslutningen om kapitalnedsættelse på 4,0 mio. kr. den 10. oktober 2015, jf. den dagældende aktieselskabslov § 44 a, stk. 1, nr. 2, var der ifølge ejendomsselskabets egen rådgiver Bent K. Hansen ved afleveringen den 1. juli 2014 konstateret "en urimelig stor mængde mangler", og der forelå flere reklamationer, et sagsanlæg fra en ejerlejlighedsejer og omfattende lister med mangler. Der forelå på dette tidspunkt ingen kapitalisering af disse mangler, og i forbindelse med de to transaktioner tog ejendomsselskabet heller ikke skridt til at få foretaget en kapitalisering. ...

Der blev i forbindelse med den efterfølgende voldgiftssag mellem ejendomsselskabet og entreprenøren og de to retssager mellem ejendomsselskabet og en ejer henholdsvis ejerforeningen udarbejdet flere skønserklæringer, hvoraf det fremgår, at manglerne økonomisk set har et betydeligt omfang og i værste fald muligvis helt op mod 5,34 mio. kr. ...

Under de ovenfor anførte omstændigheder og af de grunde, der i øvrigt er anført af byretten, tiltræder landsretten, at bestyrelsen og dermed Miljø-Bo ved kapitalnedsættelsen har handlet groft uagtsomt og derfor er erstatningsansvarlig over for konkursboet for det tab, som boet derved er påført, jf. dagældende aktieselskabslov § 142.

På baggrund af skønserklæringerne fastsættes tabet til mindst 4.000.000 kr."

Drøftelser m.v. mellem Focus Advokater og Miljø-Bo

Advokat F orienterede ved e-mail af 27. juni 2013 A om, at han havde udarbejdet udkast til ankestævning. Advokat F anførte i tilknytning hertil to hovedårsager til, at han i ankestævningen ikke havde medtaget et anbringende om forældelse. Disse årsager var dels knyttet til forældelseslovens § 3, stk. 2, og § 10 sammenholdt med § 22.

A svarede ved e-mail af 28. juni 2013 bl.a.:

"Du skal tage forældelse med. Glem ikke at dommeren 2 gange direkte spurgte, for at være sikker på om du ikke havde forældelse med. Hun kiggede direkte flere gange på dig, hvor du benægte det.

Vi skal vel ikke selv forsøge at finde nogle regler for ikke at gøre det."

Advokat E sendte den 12. februar 2014 en e-mail til A, hvoraf bl.a. fremgår, at advokat F var blevet bedt om at lave en redegørelse for hans overvejelser vedrørende forældelsesproblematikken i sagen.

A svarede i en e-mail af samme dato bl.a.:

"Sidst vi var ved dig, var F jo helt ærlig, og klart fortalte, at det var en klar fejl fra hans side, at forældelse ikke var kommet med, den skulle have været med. Det kan vist ikke siges mere klart fra Fs side. Han havde set fejl, heller selv jeg tiggede og bad om den ikke kunne komme med.

...

E det stå, så klart for mig, at F flere gange fra dommeren direkte blev spurgt om forældelse ikke skulle med i sagen. Men nej, blev der fra F svaret."

Advokat E svarede den 13. februar 2014 bl.a.:

"Jeg mener at jeg kender dig så godt, at jeg kan sige til dig, at du ikke behøver at procedere sagen over for mig:-). Jeg vurderer, hvorvidt der muligvis er begået en fejl, og herefter vil jeg i givet fald lade andre vurdere sagen for mig. Din udlægning af Fs og ... tilgang til sagen har jeg taget ad notam, men kan ikke forholde mig til indholdet, før jeg har fået og gennemgået den redegørelse, jeg har i vente."

I sin redegørelse af redegørelse af 24. februar 2014 konkluderede advokat F under henvisning til forældelseslovens § 3, stk. 2, at konkursboets krav mod Miljø-Bo ikke var forældet, og at

der derfor ikke var begået en fejl ved ikke at gøre anbringendet gældende. Om forældelseslovens § 3, stk. 2, er følgende anført i redegørelsen:

"Efter denne suspensionsregel regnes forældelsesfristen først fra den dag, da fordringshaveren (dvs. selskabet/kurator) fik eller burde have fået kendskab hertil.

Efter min vurdering kan dette tidspunkt tidligst anses for at være ved afsigelsen af konkursdekretet 2.12.2010, og reelt set nok først senere under bobehandlingen. ..."

Forklaringer

A har forklaret at han ejer en lang række selskaber i ejendomsbranchen. Han er oprindeligt mekaniker. Han har samarbejdet i 20-25 år med Focus Advokater i forbindelse med køb og salg af fast ejendom.

B, som har boet hos ham, siden hun var 2, sidder i en række af selskabsbestyrelserne for at blive oplært, så hun evt. kan overtage efter ham.

Den 28. februar 2008 var han udsat for en alvorlig skiulykke i Østrig. Han røg 15 meter ned. Han lå i 7-8 uger i respirator, inden han kunne komme retur til Danmark. Uheldet har haft kraftig indvirkning på hans psyke. Han kan komme i situationer, hvor han har svært ved at styre sine følelsesmæssige reaktioner og udtalelser. Han bliver også hurtigt træt og hidsig. Han har på det professionelle plan ikke haft problemer med at huske det væsentlige. Han har også vænnet sig til at skrive ting ned. Hjerneskadecentret har aldrig oplevet en, der er kommet sig så hurtigt som ham.

Han blev undersøgt af en kvindelig psykolog i maj 2013. Psykologen konkluderede, at han fortsat havde gode regnefærdigheder. Den sproglige hukommelse, herunder især vanskelige ord, havde han det sværere med. Han havde ikke så svært ved at forstå dem, men derimod ved at udtrykke dem. Konklusionen var, at han fik problemer, når han blev træt. Han var klar igen, når han fik hvilet sig.

Han husker sine møder med Focus Advokater om sagen. F blev valgt til at føre sagen, fordi E, som han helst ville have tog sig af den, havde mange sager. F var vist ny, og sagen blev altså lagt til ham.

Han har aldrig drøftet forældelsesspørgsmålet med F. Han garanterede blot, at han selv ville holde bestyrelsesmedlemmerne skadesløse, hvis der kom en sag mod dem. Det er også det, han lægger i sin mail af om at køre sagen med advokat på ”vores regning.”

Det anførte i sagsørgtes duplik, s. 4, 1. afsnit, om drøftelser mellem ham og F om at følge en strategi med henblik på at undgå, at der blev lagt sag an mod bestyrelsesmedlemmerne, er ikke rigtigt. Der blev ikke drøftet og lagt en sådan strategi. D ville i givet fald også have kommenteret herpå. Han selv havde aldrig hørt om forældelse i relation til sagen, før dommeren bragte det op i byretten.

Dommeren kiggede på F, da hun rejste spørgsmålet om forældelse. F svarede hurtigt nej. Hun gentog sit spørgsmål. F fastholdt. Hun sagde, at hun blev nødt til at føre det til retsbogen. Han hev Fi ærmet. Han spurgte også bagefter, hvad der skete. F sagde, at sagen ikke var god.

Dommen skulle ankes under alle omstændigheder.

Hans e-mail af 28. juni 2013 til F var foranlediget af, at F undlod at tage forældelse med i sit første udkast til ankestævning.

Det passer meget godt, at det var den 2. juli 2013, at de holdt møde, jf. sidste linje i Fs e-mail til ham af 27. juni 2013. Mødet foregik hos Focus Advokater. E og C var med. F blev vist kaldt ind senere af E. Det var muligvis på det tidspunkt, F blev pålagt at lave en redegørelse. Det kan dog også have været på et senere møde.

Det blev ikke på mødet foreholdt ham, at de jo havde aftalt at følge en strategi om ikke at gøre forældelsessynspunktet gældende. Han rykkede gentagne gange for redegørelsen.

Når han i sin e-mail af 12. februar 2014 skriver om ”Sidst vi var ved dig”, refererer det til et møde i efteråret 2013. Heller ikke på det tidspunkt blev der henvist til, at der jo havde været en aftalt strategi.

Når F i sin e-mail af 21. maj 2014 anfører, at det er rigtigt, at han ”på mødet” indrømmede at have begået en fejl med hensyn til spørgsmålet om forældelse af bestyrelsesmedlemmernes ansvar, er det er mødet i efteråret 2013, han henviser til.

Inden ankestævningen blev indgivet, var der drøftelser hos Focus Advokater den 2. juli 2013 samt den 12. og 22. november 2013, hvor der var møder med F. Der har desuden været telefoniske samtaler med enten E eller F.

Procestilvarslingen reagerede han ikke så voldsomt på. Han indestod bare for bestyrelsen. Det sagde han til B og D. D reagerede kraftigt, men blev beroliget af ham. B reagerede ikke voldsomt.

Han gjorde sig selv tanker om, at kravet og mangelslister kom så mange år efter.

Hvis processtrategien var blevet bragt i forslag eller drøftet som mulighed ved han ikke, hvad han ville have ment om det.

G har forklaret, at det var ham, der i sin egenskab af kurator udtog stævningen mod Miljø-Bo. Konkursdekretet blev vist afsagt i december 2010. Han begyndte så at indhente oplysninger fra revisor og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. De svarede i løbet af marts 2011. Den 27. april 2011 skrev han til kreditorerne og bad om økonomisk hjælp til at rejse kravet. Ejerforeningen havde et krav på 6 millioner kr., og der var også to ejere, der havde mindre krav.

Kreditorerne kan ikke have vist noget om et muligt krav som følge af kapitalnedsættelsen, før han skrev til dem.

Han overvejede selv forældelsessynspunkter og spørgsmålet om, fra hvornår forældelsesfristen begyndte at løbe.

Den 10. oktober 2005 skrev formanden for ejerforeningen til Miljø-Bo om manglerne og gav dem frist til november ud til at rette for sig. Fejlene og manglernes størrelse var imidlertid ikke kendt for kreditorerne. Ejerforeningen stævnedes med en foreløbig påstand på 500.000 kr.

Miljø-Bo hævdede, at der var et kapitalberedskab på 2 millioner kr.

Skønserklæringen forelå i maj 2010 og først på det tidspunkt kunne ejerforeningen så finde ud af, hvor stort et krav, de havde, og at selskabet ikke kunne betale. Men derfra og til at udlede, at en kapitalnedsættelse 4,5 år tidligere var årsag til problemerne, er der et stykke vej. Det kunne de ikke være klar over, før han havde behandlet oplysningerne og skrev ud til dem. Da han skrev til kreditorerne, var han heller ikke i besiddelse af selskabets bestyrelsesmødereferater fra 2005 om de trufne beslutninger om kapitalnedsættelse m.v.

Han kendte godt til Højesterets 2006-dom. Det er selvfølgelig en rigtig dom, men den handlede om nogen, der vidste, hvor meget de havde til gode og havde stævnet. Så det er ikke efter hans opfattelse en sammenlignelig sag, og dommen bekymrede ham derfor ikke.

Procestilvarslingen var for en sikkerheds skyld. Han mente, at det var klart, at bestyrelsen ville hæfte, hvis Miljø-Bo også gjorde. Men han valgte at gå efter modtageren af pengene. Han ville ikke stævne bestyrelsesmedlemmer, hvis han kunne få pengene ved at vinde sagen mod Miljø-Bo. Han ville ikke risikere at løbe ind i erstatningskrav. Men under forudsætning af, at han kunne opnå kreditorernes opbakning, ville han selvfølgelig have stævnet bestyrelsesmedlemmerne, hvis han havde tabt sagen mod Miljø-Bo.

Dommeren spurgte til forældelse én gang. Det er han sikker på. Det var tidligt i processen. F svarede bare, at forældelse ikke gjordes gældende. Han kan ikke huske, om dommeren sagde: ”Så noterer jeg det”, eller lignende.

Han anså det selv for helt naturligt, at forældelse ikke blev gjort gældende.

E har forklaret, at han kom til Focus Advokater i Odense den 1. august 1989. Han har kendt A omtrent fra dag 1. De har arbejdet rigtig meget sammen. Det har været et fast klientforhold, så de har været på en stor rejse sammen.

Han indtog bestyrelsesposterne som følge af As uheld i Østrig. Han blev underrettet om uheldet af et andet bestyrelsesmedlem. Han gik sammen med D i gang med at sikre, at virksomhederne havde en ledelse, og at han kunne tegne selskaberne sammen med D. B sad også i

bestyrelserne, men bidrog ikke med noget, uanset As intentioner. Han sagde til hende, at hun burde overveje sin stilling. Det sagde han også til A, efter at han kom tilbage. A ville ikke have det godt med, hvis B blev bragt i en ansvarssituation. Bestyrelsesmedlemmerne modtog honorar.

A kom tilbage med pålæg fra sin læge om ikke arbejde. Men A kunne ikke holde sig i ro.

Efter ulykken ændrede deres samarbejde sig. A var påvirket. Han sagde til ham, at de ikke skulle fortsætte med at samarbejde om byggearbejder, da A var begyndt at kæmpe forkerte kampe, som han burde lade fare. Det var markant efter skaden. A havde problemer med hukkommelsen og prioriteringen.

Mødet den 2. juli 2013 blev holdt på hans kontor på As opfordring. Han husker ikke detaljerne godt. C var med. Det har A før benyttet sig af. Ankestævningen lå vist i udkast. F deltog i mødet. F bekræftede ikke, at han havde begået en fejl. I givet fald ville han, også som følge af hans forhold til A, være gået direkte til forsikringsselskabet med en sådan sag.

Han erindrer ikke noget om møder i november.

Han har nok hørt om retssagen mod Miljø-Bo som den første. F var en erfaren advokat, så han bad ham om at overtage den.

Man kan mene, at As e-mail af 28. juni 2013 er udtryk for en kritik fra As side, og konsekvensen var i hvert fald, at de søgte at få anbringendet med for landsretten. F havde en klar holdning til forældelsesspørgsmålet, men da A fastholdt, forsøgte de at få det med. Han husker ikke noget om, hvorvidt en aftale om en processtrategi blev nævnt på mødet.

Hans e-mailsvar af 13. februar 2014 til A, bl.a. med anvendelse af smiley, er en indforstået afstandtagen til As udlægning af, at F havde indrømmet, at der var tale om en fejl. Denne indforståede måde at kommunikere på skyldes, at han jo har kommunikeret uformelt med A gennem mange år.

Han var ikke selv inde i det materielle med hensyn til forældelsesspørgsmålet, men stolede på sin medarbejder. Man skal huske på, at advokat ... også var inde over sagen, så det var ikke Fs vurdering alene.

Han husker ikke, at F sagde noget om forældelse af ansvaret mod ledelsen.

De må have haft en intern drøftelse hos Focus Advokater om, hvorvidt de havde et problem, men han husker ikke hvornår.

C har forklaret, at han oprindeligt er civiløkonom. Han har 16-17 års erfaring fra bankverdenen. Han er nu direktør. Han har kendt A siden 2011. De er i dialog dagligt og ses ugentligt. A fungerer langt hen ad vejen som en almindelig forretningsmand med mange bolde i luften og stort engagement i sagerne.

A har efter uheldet et problem med høje lyde, og han bliver hurtigt træt. A kan have behov for at hvile sig midt på dagen. Han har ikke registreret noget, der tyder på, at A skulle have hukkommelsesproblemer. Han er snarere tværtimod imponeret over de mange bolde, A kan holde i luften.

Den 2. december 2011 havde han ikke været i bestyrelsen længe. Man brugte megen tid på retssagen i bestyrelsen. Han deltog i drøftelserne med Focus Advokater om håndteringen af sagen. A refererede i øvrigt alt til ham. Han har ikke været til møder med Focus Advokater uden A. I møderne deltog E og F og nogen gange F alene.

Det startede med to møder, der blev holdt hos Focus Advokater i maj 2013 med henblik på forberedelse af byretssagen. Forældelse blev ikke drøftet. Forberedelsen gik mere på det indholdsmæssige om byggeriet. Det var omdrejningspunktet på de møder, han deltog i.

Han var ikke til stede under hovedforhandlingen i byretten.

På et tidspunkt efter hovedforhandlingen, og før dommen var afsagt, ringede A forfærdet til ham og sagde, at det var gået op for ham i byretten, at man kunne have gjort forældelse gæl-

dende. Det førte til, at de udbad sig et møde med Focus Advokater med henblik på at sikre, at dette anbringende kom med for landsretten.

De mødtes på Es kontor den 2. juli 2013, hvor både E og F var til stede. De talte om, hvorfor anbringendet ikke var taget med. Focus Advokater mente ikke, at man kunne have gjort forældelse gældende og redegjorde herfor. Det var primært E, der førte ordet, som han husker det. F kom vist først til senere, da han var den, der var bedst inde i sagen. Han mindes ikke, at F sagde, at han havde begået en fejl.

Spørgsmålet om bestyrelsesansvar og mulig forældelse heraf blev ikke drøftet på mødet. Focus Advokater mente, at man indholdsmæssigt havde en god sag og skulle koncentrere sig om dette.

Han har ikke på nogen møder, eller fra A, hørt noget om nogen processtrategi.

F har forklaret, at kurator varslede kravet i efteråret 2011. Det var første gang, han hørte om sagen, og her hans kendskab til A startede.

Han gjorde sig både materielle overvejelser og overvejelser om forældelse. Han nåede frem til, at kravet ikke var forældet ud fra oplysningerne fra kurator og sammenholdt med de relevante retskilder.

Han drøftede sagen kort med A efter stævningens udtagelse. A ringede, fordi kravet også var varslet overfor bestyrelsesmedlemmerne. A spurgte, om kurator kunne det. Han svarede, at det kunne han efter omstændighederne godt, hvis kravet ikke kunne gennemføres mod Miljø-Bo.

Da risikoen således efter hans opfattelse var til stede, insisterede A på, at B blev holdt udenfor. Det var i den forbindelse, at han nævnte spørgsmålet om processtrategi. Han ville ønske, at han havde skrevet dette ned, men han havde ikke forestillet sig, at han skulle sidde her i dag.

De konkluderede, at de kunne koncentrere sig om at få frifundet selskabet i hovedsagen under henvisning til, at der havde været penge nok i selskabet.

Efter nedlæggelsen af påstandene i byretten rejste dommeren spørgsmålet om forældelse. Han bekræftede, at det var korrekt forstået, at forældelse ikke blev gjort gældende. Han overvejede kun sit svar et splitsekund.

Efter at have haft møde med A vurderede han, at A havde svært ved at forstå sammenhænge, så han bad ikke om en kort pause som følge af dommerens spørgsmål for at drøfte det med A. Det gjorde han heller ikke af den årsag, at han jo heller ikke mente, at kravet var forældet.

På vej ud af retsbygningen forklarede han A, at han ikke mente, at kravet var forældet, men at et krav mod bestyrelsesmedlemmerne til gengæld ville være det. A spurgte ind til dette, og derfor svarede han under henvisning til, at de tre år nu var gået.

De to hovedårsager, han anførte i sin e-mail af 27. juni 2013 til A, som begrundelse for, at han ikke har taget et anbringende om forældelse med i ankestævningen, afspejler de samme tanker om spørgsmålet, som han hele tiden har haft.

Det er rigtigt, at han og E samt A og C deltog i mødet den 2. juli 2013. Ankestævningen og spørgsmålet om forældelse i særdeleshed blev drøftet. A havde insisteret på, at det skulle med.

Han måtte på grund af procestilvarslingen revurdere sin opfattelse af spørgsmålet om forældelse af bestyrelsesmedlemmernes ansvar. Han delagtiggjorde A i sin revurdering, men fastholdt i øvrigt sine synspunkter om forældelse.

Den eneste fejl, han har indrømmet at have begået over for A, er fejlen i forhold til spørgsmålet om forældelse af bestyrelsesmedlemmernes ansvar.

Han husker ikke, om han har modtaget noget på skrift om, at A ville indestå for de andre bestyrelsesmedlemmer. Han mener dog godt at kunne erindre at have set Ds e-mail af 6. december 2011.

Han har set processkrifterne i denne sag, og de har også haft dialog om dem internt.

Hans redegørelse af 24. februar 2014 blev udarbejdet efter formalitetsproceduren for landsretten. Redegørelsen skulle kun omfatte hans juridiske overvejelser, ikke hvad han havde drøftet med klienten.

Efter landsrettens kendelse har de naturligvis hos Focus Advokater drøftet, om de havde begået en fejl. Selv mener han fortsat, at det ikke var en fejl, og han har heller ikke hørt E eller ... give udtryk for dette.

Parternes synspunkter

Miljø-Bo har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit sammenfattende processkrift af 5. februar 2016, hvoraf fremgår bl.a.:

"3. Anbringender

3.1 Mangelfuld rådgivning

Det gøres gældende, at Focus Advokater har handlet ansvarspådragende ved ikke korrekt og i tide at rådgive Miljø-Bo om forældelse.

Advokaters ansvar bedømmes efter en professionsansvarsnorm, der tager sit udgangspunkt i advokaterhvervet og de faglige normer, der kan opstilles for dets udøvelse.

Henset til, at beslutningen om kapitalnedsættelse blev truffet den 10. oktober 2005 og kurator i Ejendomsselskabet først anlagde retssag den 2. december 2011, gøres det gældende, at spørgsmålet om forældelse helt åbenbart burde have været adresseret under retssagen.

Der påhviler som minimum advokaten en pligt til at rådgive og informere klienten om mulig forældelse af det påstævnte beløb og forelægge klienten potentielle reaktionsmuligheder. På denne baggrund kan klienten på et oplyst grundlag, i samråd med advokaten, træffe beslutning om, hvorledes sagen skal håndteres.

Det blev over for Miljø-Bo på intet tidspunkt under byretssagens forberedelse og frem til hovedforhandlingen påpeget af Focus Advokater, at påberåbelse af forældelse var en mulighed. Skulle Retten mod forventning finde, at der, i overensstemmelse med det af Focus Advokater påståede, har været forudgående drøftelser vedrørende påberåbelsen af forældelsesfristens udløb, gøres det gældende, at denne rådgivning tillige har været fejlagtig og mangelfuld.

Som anført ovenfor, blev forældelse første gang berørt på rettens foranledning under hovedforhandlingen i byretten. Den procesførende advokats umiddelbare afvisning af at gøre forældelse gældende, på trods af dommerens tilskyndelse, viser blot, at forældelsesspørgsmålet ikke forudgående var identificeret af Focus Advokater.

Der blev derfor begået en klar advokatfejl i forbindelse med rådgivningen til Miljø-Bo og førelsen af retssagen mod Ejendomsselskabet.

Focus Advokaters efterfølgende forsøg på at ”reparere” forholdet for Østre Landsret lykkedes ikke.

3.2 Forældelse af erstatningskrav, der støttes på udlodning af udbytte

I Højesterets dom af 22. august 2006 (U.2006.3050H) tager Højesteret stilling til, hvornår forældelsesfristen for erstatningskrav for udlodning og kapitalnedsættelse begynder at løbe.

Dommen fra 2006 omhandler et erstatningskrav fra et selskabs konkursbo mod bl.a. selskabets tidligere bestyrelse og selskabets moderselskab som følge af en beslutning og gennemførelse af en kapitalnedsættelse samt en række efterfølgende udlodninger trods kendskab til det krav mod selskabet, som senere førte til konkursen.

Kapitalnedsættelsen fandt sted i 1989, og der blev i de efterfølgende år udloddet overskud fra selskabet, der senere gik konkurs, til dettes moderselskab.

Af Højesterets begrundelse og resultat fremgår det, at

”Gennemførelsen af kapitalnedsættelse mv. blev offentliggjort i forbindelse med indlevering af årsregnskabet for 1989 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 1. juni 1990, og forældelsesfristen for krav, der støtter sig på udlodning i forbindelse hermed, må regnes fra dette tidspunkt.”

Det fremgår her, at forældelsesfristen for den del af erstatningskravet, der støttede sig på udlodning, løber fra det tidspunkt, hvor udlodningen i forbindelse med indlevering af årsrapport til (i dag) Erhvervsstyrelsen bliver offentliggjort.

I forlængelse af ovenstående fastslår Højesteret, at

”Tilsvarende må forældelse af erstatningskrav, der støtter sig på dette og efterfølgende års udlodning af udbytte, **regnes fra indleveringen af de enkelte års regnskaber til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.**” (fremhæv. i citatet)

Det bemærkes, at en række af de sagsøgte var tidligere bestyrelsesmedlemmer i det konkursramte selskab.

Resultatet fastslået i U.2006.3050H finder tilsvarende anvendelse for kapitalnedsættelser. Det bemærkes desuden, at det af ledelseserklæringen af 2. marts 2006, som blev udarbejdet i forbindelse med kapitalnedsættelsen i Ejendomsselskabet, (bilagssamlingens side 59) fremgår, at proklama var indrykket i Statstidende den 14. oktober 2005,

og at der ikke i forbindelse med kapitalnedsættelsen og proklamaet var anmeldt krav over for Ejendomsselskabet. Kapitalnedsættelsen blev ligeledes oplyst over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2. marts 2006, jf. bl.a. bilagssamlingens side 179.

Miljø-Bo gør gældende, at det principalt er tidspunktet for indlevering af oplysning herom til (i dag) Erhvervsstyrelsen, der er afgørende for forældelsesfristens begyndelse.

Ejendomsselskabets årsrapport 2005/2006 fremgår af bilagssamlingens side 62. Af årsrapporten fremgår det nærmere (bilagssamlingen side 74), at aktiekapitalen blev nedsat fra DKK 5.000.000 til DKK 1.000.000. Regnskabs note 4 (bilagssamlingen side 76) oplyser direkte, at Ejendomsselskabet havde nedsat kapitalen med DKK 4.000.000 pr. 10. oktober 2005. Ejendomsselskabets årsrapport er stemplet som modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. november 2006.

Subsidiært gøres det derfor gældende, at forældelsesfristen for kravet mod Miljø-Bo og ledelsen i Ejendomsselskabet begyndte at løbe senest fra den 30. november 2006, i forbindelse med indleveringen af årsrapporten til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Ovenstående er i overensstemmelse med det af lektor Camilla Hørby Jensen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet udarbejdede responsum, hvor det bekræftes, at Ejendomsselskabets krav mod Miljø-Bo var forældet på tidspunktet for sagens anlæg ved byretten (Bilagssamlingens side 155-161).

Dette betyder, at da forældelsesfristen begyndte at løbe, var 1908-forældelsesloven og dermed den 5-årige forældelsesregel gældende. Den nye forældelseslov med en 3-årig forældelsesfrist trådte i kraft den 1. januar 2008. Dette indebærer, at såvel kravet mod Miljø-Bo som kravet mod den tidligere bestyrelse i Ejendomsselskabet under alle omstændigheder blev forældet pr. 1. januar 2011.

På baggrund heraf gøres det gældende, at kravet mod såvel Miljø-Bo som den tidligere bestyrelse med sikkerhed var forældet, da kurator i Ejendomsselskabet den 2. december 2011 stævtede Miljø-Bo ved Retten i Odense.

Det som Ejendomsselskabets kreditorer kunne have reageret på, var foruden det udstedte proklama, netop oplysningen om kapitalnedsættelsen meddelt den 2. marts 2006 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt det indleverede regnskab, jf. U.2006.3050H. Konkursboet opnår ikke en bedre retsstilling end Ejendomsselskabets oprindelige kreditorer.

3.2.1 U.2006.3050H og forældelseslovens § 10

Focus Advokater argumenterer i processkrift A af 14. januar 2016 (side 2 (bilagssamlingens side 49)) for, at U.2006.3050H ikke kan overføres direkte til nærværende sag. Dette begrundes blandt andet med, at dommen er afsagt før forældelseslovens § 10 blev vedtaget og trådte i kraft i forbindelse med forældelsesloven af 2007.

Argumentationen må imidlertid bestrides, da forældelseslovens § 10, ligesom § 3, stk. 2, bygger på et princip om burde viden, hvilket præcis er essensen af Højesterets afgørelse og tilsvarende fandt anvendelse før forældelsesloven af 2007.

Forældelseslovens § 10 har følgende ordlyd:

”For fordringer, som tilkommer en fuldmagtsgiver mod fuldmægtigen, eller som tilkommer et selskab, en forening, en fond eller lignende mod et bestyrelsesmedlem eller en direktør i selskabet m.v., og som udspringer af den pågældendes tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse, indtræder forældelse tidligst, når der er forløbet 3 år efter hvervets ophør eller efter det tidligere tidspunkt, da fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.” (mine fremhævninger)

Som det direkte fremgår af § 10, så løber 3-års fristen altså ikke i alle tilfælde fra hvervets ophør. I visse situationer løber 3-års fristen i stedet fra det tidligere tidspunkt, hvor suspensionen af forældelsesfristen – bedømt efter den almindelige regel i § 3, stk. 2 – måtte være ophørt. Dette er udtrykt som det tidspunkt, hvor kreditor er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes. Hvis suspensionen som følge heraf ophørte, inden hvervet ophørte, løber forældelsesfristen derfor fra dette tidligere tidspunkt.

Det er *netop* dette (burde) kendskab, som U.2006.3050H omhandler og fastslår.

Som anført ovenfor, så fastslog Højesteret i U.2006.3050H, at kreditor er eller i hvert fald burde være bekendt med et selskabs forhold, herunder foretagelsen af en kapitalnedsættelse, fra det tidspunkt, hvor dette offentliggøres i forbindelse med indleveringen af oplysningerne herom til Erhvervsstyrelsen.

Miljø-Bo gør derfor gældende, at resultatet i U.2006.3050H er bindende for retspraksis samt, at den særlige frist, der løber efter hvervets ophør i forældelseslovens § 10, ikke finder anvendelse og ikke er relevant i relation til Miljø-Bo.

Betydningen af tillægsfristen i § 10 er derfor kun, at den kan forlænge den absolutte 10-årsfrist i § 3, stk. 3, nr. 3, når denne allerede var udløbet inden hvervets ophør eller ville være udløbet inden for 3 år efter hvervets ophør – forudsat, at kreditor ikke på et tidligere tidspunkt fik eller burde have fået kendskab til de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.

3.2.1.1 U.2006.3050H, personsammenfald og suspension

Focus Advokater gør i processkrift A (side 2 (bilagssamlingens side 49)) gældende, at der i U.2006.3050H ikke blev gjort et anbringende gældende om, at forældelsesfristen var suspenderet på grund af personsammenfald, og dommen af denne grund ikke er afgørende i nærværende sag.

Indledningsvist må det bemærkes, at der, ligesom tilfældet var i sagen med Ejendoms-selskabet og Miljø-Bo, var et markant personsammenfald mellem ledelsesmedlemmerne i de involverede selskaber i U.2006.3050H.

Om U.2006.3050H anfører Focus Advokater selv på side 2 i processkrift A (bilagssamlingens side 49), at

”Højesterets afgørelse kan derfor nok tages til indtægt for, hvornår forældelsesfristen begynder at løbe i situationer, hvor der er sket ulovligt udbytteudlodning og kapitalned-

sættelse, men indeholder i øvrigt intet om suspension af denne frist, hvilket netop er den afgørende begrundelse for, at kravet i nærværende sag ikke er forældet.”

Under henvisning til det netop anførte i pkt. 3.2 og pkt. 3.2.1 vedrørende kreditor/fordringshavers viden/burde viden til kapitalnedsættelsen samt forældelseslovens §§ 3, stk. 2 og 10, må Focus Advokaters anbringende afvises.

Suspensionen efter § 10 vil nemlig ikke komme på tale i dette tilfælde, da forældelsesfristen begynder at løbe fra tidspunktet for viden/burde viden, jf. U.2006.3050H. Idet kendskab til omstændighederne, hvorpå kravet støttes, opstod eller burde være opnået i forbindelse med indleveringen af årsrapporten for Ejendomsselskabet, træder den i § 10 omtalte tillægsfrist aldrig i kraft, og det vil derfor være forkert at tale om en suspension af forældelsesfristen med henvisning til personsammenfald.

3.2.1.2 Suspension efter forældelseslovens § 10

Focus Advokater har i svarskriftet gjort gældende, at forældelseslovens § 10 og en analogi heraf medfører, at forældelsesfristen først løber fra As – og den øvrige ledelse – udtræden af ledelsen i Ejendomsselskabet.

Forældelseslovens § 10 omfatter dog alene krav, der tilkommer *et selskab* mod dette selskabs ledelsesmedlemmer. Krav mod ledelsesmedlemmer fra *andre* end selskabet er ikke omfattet af forældelseslovens § 10.

Retssagen anlagt af kurator i Ejendomsselskabet den 2. december 2011 er imidlertid anlagt mod Miljø-Bo som selskab og netop ikke mod den daværende ledelse i Ejendomsselskabet.

At diskutere anvendelsen af forældelseslovens § 10 i det konkrete tilfælde, hvor kurator i Ejendomsselskabet har sagsøgt en juridisk person, falder derfor klart uden for bestemmelsens anvendelsesområde.

Focus Advokaters gisninger (svarskriftet side 8 (bilagssamlingens side 15)) om, hvilke bevæggrunde kurator i Ejendomsselskabet havde for alene at sagsøge Miljø-Bo og ikke selskabets ledelse, er uden betydning for forældelsen af Ejendomsselskabets krav. Focus Advokaters bemærkninger om den dagældende aktieselskabslovs §§ 140 og 142 samt hvad der kan udledes af henholdsvis byrettens og landsrettens dom er derfor nærværende sag uvedkommende.

Faktum er, at kurator i Ejendomsselskabet sagsøgte den juridiske person, Miljø-Bo, og ikke medlemmerne af ledelsen i det konkursramte selskab. Konsekvensen heraf er bl.a., at forældelseslovens § 10 ikke kan påberåbes, og Focus Advokater derfor handlede ansvars pådragende ved ikke at rådgive Miljø-Bo om forældelse, jf. Camilla Hørby Jensens responsum(bilagssamlingen side 160).

Det er vigtigt at holde sig for øje, at Focus Advokater i retssagen mellem Ejendomsselskabet og Miljø-Bo havde én klient, nemlig Miljø-Bo. Focus Advokaters eneste opdrag var at repræsentere Miljø-Bo og varetage Miljø-Bos interesser bedst muligt. Det er Focus Advokaters svigt i denne forbindelse som har påført Miljø-Bo et tab svarende til det påståvnte beløb.

3.2.2 Forældelseslovens § 3, stk. 2

Focus Advokater har ligeledes i de tidligere processkrifter (svarskriftet side 4 og duplikken side 2 (hhv. bilagssamlingens side 11 og 30)) gjort gældende, at forældelsesfristen suspenderes i medfør af forældelseslovens § 3, stk. 2.

Af forældelseslovens § 3, stk. 2 fremgår det, at

”Var fordringshaveren ubekendt med fordringen eller skyldneren, regnes forældelsesfristen i stk. 1 først fra den dag, da fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab hertil.”

Bestemmelsen omhandler altså tilfælde, hvor fordringshaver er ubekendt med fordringen, herunder de omstændigheder der danner grundlag for fordringen. Uvidenhed skal foreligge hos fordringshaveren, og viden eller burde viden om kravet hos andre end denne, er uden betydning.

Det forhold, at der er personsammenfald mellem ledelsesmedlemmerne i henholdsvis Ejendomsselskabet og Miljø-Bo, medfører ikke suspension i henhold til forældelseslovens § 3, stk. 2. Forældelseslovens regel angår tværtimod den modsatte situation, hvor en fordringshaver er ubekendt med en eventuel fordring. Som anført i pkt. 3.2 regnes forældelsesfristen (og dermed indtræden af kreditors viden/burde viden til fordringen) fra indleveringen af Ejendomsselskabets årsrapport for 2005/2006. Bemærkningerne i svarskriftet side 4-5 (bilagssamlingens side 11-12) i relation til forældelseslovens § 3, stk. 2 forekommer derfor at være af mere retspolitisk karakter. Det forhold at visse personer besidder ledelsesposter i flere selskaber indenfor en koncern er meget almindeligt.

Ledelsen i Ejendomsselskabets viden om de konkrete forhold bevirker ikke, som Focus Advokater påpeger, at et eventuelt krav mod et ledelsesmedlem i Ejendomsselskabet afskæres, hvis blot ”tiden trækkes”. Forældelseslovens § 10 skaber nemlig en mulighed for at sagsøge ledelsesmedlemmer for eventuelle ansvarspådragende forhold senere end tre år fra en given beslutning/undladelse, idet forældelsesfristen i visse tilfælde først begynder at løbe, når ledelsesmedlemmerne fratræder deres erhverv. Som anført ovenfor, så forudsætter dette imidlertid, at fordringshaverne (Ejendomsselskabets kreditorer) forinden ikke var eller burde være bekendt med kravet.

3.2.2.1 Kurators viden

Focus Advokaters argument om, at konkursboet, repræsenteret af kurator, skal betragtes som fordringshaver i henhold til forældelseslovens § 3, stk. 2, med den virkning, at forældelsesfristen først løber fra konkursens indtræden, bestrides af Miljø-Bo.

I overensstemmelse med princippet i gældslovens § 27 gælder det tilsvarende for forældelseslovens § 3, stk. 2, at erhverver ikke opnår en bedre retsstilling end overdrageren. I det tilfælde, hvor den oprindelige fordringshaver kendte eller burde kende kravet, indtræder der således ikke suspension i forholdet til den nye fordringshaver, alene med den begrundelse, at denne ikke kendte eller burde kende kravet.

En sådan anvendelse af princippet i gældsbrevslovens § 27 finder anvendelse, hvor kravet støttes på erhververens indtræden i overdragerens ret. En suspension, i overensstemmelse med den af Focus Advokater påståede, forudsætter derfor, at hverken overdrageren eller erhververen kendte eller burde kende kravet. Dette var, som påpeget ovenfor og under henvisning til U.2006.3050H, ikke tilfældet i nærværende tilfælde.

Dette illustrerer blot, at suspensionsreglen i forældelseslovens § 3, stk. 2 ikke finder anvendelse i den konkrete situation. Anvendelsen af bestemmelsen eller analogien heraf er et udtryk for en overfortolkning af anvendelsesområdet for suspensionsreglen, og har ingen betydning for Focus Advokaters ansvar for den ansvarspådragende rådgivning af Miljø-Bo om forældelse.

3.2.3 Forældelseslovens § 14

Focus Advokater henviser i svarskriftet (side 5-6 (bilagssamlingens side 12-13)) til forældelseslovens § 14.

I henhold til forældelseslovens § 14 kan der i visse tilfælde, hvor fordringshaveren har været afskåret fra at afbryde forældelsen, ske udskydelse af forældelsesfristens indtræden.

Der har på intet tidspunkt været uklarheder med hensyn til, hvem skyldneren var, eller hvor denne befandt sig. Det delvise personsammenfald der ses mellem ledelsen i Ejendomsselskabet og i Miljø-Bo medfører ikke, at der kan statuere forhold der udgør en § 14-hindring, idet denne ikke omfatter hindringer, der beror på fordringshaverens forhold, jf. Camilla Hørby Jensens responsum (bilagssamlingen side 160-161).

Miljø-Bo gør derfor gældende, at der på denne baggrund ikke er grundlag for at anvende forældelseslovens § 14, stk. 1 i nærværende situation og Focus Advokater, på dette grundlag, ikke er ansvarsfri for den mangelfulde rådgivning af Miljø-Bo om forældelse i retssagen anlagt mod Miljø-Bo.

3.3 Hævdet tidligere rådgivning om forældelse

Med henvisning til telefoniske drøftelser mellem advokat F og A oplyser Focus Advokater i duplikken (side 4 (bilagssamlingens side 32)), at det blev besluttet ikke at gøre forældelse gældende for at beskytte bestyrelsesmedlemmerne mod et efterfølgende potentielt sagsanlæg.

A bestrider kraftigt, at der har fundet en sådan drøftelse sted og bestrider følgelig ligeledes, at det skulle være aftalt, at forældelse ikke skulle gøres gældende.

Det virker påfaldende, at Focus Advokater først i duplikken fremsætter anbringender, der støtter sig på, at Miljø-Bo inden hovedforhandlingen i byretten aktivt havde truffet beslutning om, at forældelse ikke skulle gøres gældende. Focus Advokaters svarskrift af 13. juli 2015 indeholder ingen henvisninger til de omtalte drøftelser mellem advokat F og A. Tilsvarende gør sig gældende for det af Focus Advokater udarbejdede notat af 24. februar 2014 (bilagssamlingens side 131). Det fremgår af notatets side 3 øverst, at

”Forældelse blev ikke gjort gældende under byretssagen, da det var og er min opfattelse, at forholdet ikke er forældet.”

Under henvisning personsammenfald i ledelsen i Ejendomsselskabet og Miljø-Bo samt forældelseslovens § 3, stk. 2 konkluderer advokat F (bilagssamlingen side 134), at:

”Jeg mener derfor ikke, at kravet mod Miljø-Bo var forældet, og jeg mener derfor ikke, at der er begået en fejl ved ikke at gøre anbringendet gældende.”

Det nævnes på intet tidspunkt, at forældelse ikke blev gjort gældende på grund af en aftale herom mellem advokat F og A.

Focus Advokater anfører i processkrift A (side 7 (bilagssamlingens side 54)), at notatet blev udarbejdet af advokat F, da han blev bedt om at redegøre for sine overvejelser vedrørende forældesspørgsmålet. Konklusionen i notatet stemmer imidlertid ikke overens med begrundelsen for den af Focus Advokater påståede processtrategi.

Focus Advokater henviser til mailkorrespondance (bilagssamlingen side 123) mellem A og advokat F og argumenterer for, at den valgte strategi var at sikre bestyrelsesmedlemmerne mod sagsanlæg.

Dette bestrides af flere årsager.

For det første var det ved modtagelsen af advokat Fs mail af 27. juni 2013, (bilagssamlingens side 123), ikke As forståelse, at mailen var udtryk for en mellem parterne drøftet risiko for den efterfølgende inddragelse af bestyrelsesmedlemmerne.

For det andet er mailen fra advokat F dateret *efter* domsafsigelsen i byretten og omhandler Focus Advokaters udkast til ankestævning. Korrespondancen er altså ikke udtryk for, hvilken strategi parterne tidligere havde valgt eller hvorfor forældelse ikke var blevet gjort gældende i byretten. Korrespondancen fremstår nærmere som en forklaring i kølvandet på byrettens domsafsigelse og dommerens spørgsmål vedrørende Focus Advokaters manglende behandling af forældelsesproblematikken.

For det tredje indeholder mailen en forklaring af aktieselskabslovens § 113, stk. 2 og ledelsens subsidiære hæftelse. Var risikoen for ledelsens potentielle ansvar tidligere blevet drøftet og var den på baggrund heraf truffet beslutning om ikke at gøre forældelse gældende, så fremstår det besynderligt efterfølgende at fremsende en sådan forklarende mail, hvor aktieselskabslovens § 113, stk. 2 præsenteres, og det oplyses, at ledelsens ansvar er personligt og subsidiært.

For det fjerde gav A, som svar på advokat Fs mail, klart udtryk for, at han ikke delte Focus Advokaters holdning til forældesspørgsmålet. Af As mail af 28. juni 2013 (bilagssamlingen side 123) fremgår det, at

”Du skal tage forældelse med. Glem ikke at dommeren 2 gange direkte spurgte, for at være sikker om du ikke havde forældelse med. Hun kiggede direkte flere gange på dig, hvor du benægtede.

Vi skal vel ikke selv forsøge at finde nogle regler for ikke at gøre det.”

Dette viser klart, at Miljø-Bos og As holdning var, at hensynet til ledelsens potentielle ansvar ikke skulle tillægges prioritet forud for spørgsmålet om, hvorvidt kravet mod Miljø-Bo var forældet.

For det femte fremgår det af Focus Advokaters processkrift A (side 7 (bilagssamlingens side 54)), at den fejl der omtales og anerkendes i bilag 17 og bilag M (hhv. bilagssamlingens side 128 og 140), blev korrigeret på et møde *efter* byretten havde afsagt dom. Ifølge Focus Advokater bestod fejlen i, at advokat F tidligere havde oplyst, at bestyrelsesmedlemmerne ikke risikerede at hæfte for kravet, da et krav mod disse ville være forældet. En sådan opfattelse, der i følge Focus Advokaters forklaring (i processkrift A), må antages at have været grundlaget for rådgivningen til Miljø-Bo i tiden *før* domsafsigelsen, hvorefter bestyrelsesmedlemmerne ikke var udsat for risiko, stemmer ikke overens med den af Focus Advokater påståede processtrategi, jf. Focus Advokaters duplik (bilagssamlingen side 32). Strategien gik jo netop ud på, at forældelse overfor Miljø-Bo ikke blev gjort gældende for at beskytte ledelsesmedlemmerne.

3.4 Bevisbyrde

Det bemærkes, at det er advokaten, der skal løfte bevisbyrden ikke blot for, at rådgivningen har fundet sted, men tillige for hvilket indhold denne rådgivning har. Det gøres gældende, at Focus Advokater langt fra har løftet denne bevisbyrde.

Endelig bemærkes, at selv såfremt Focus Advokater måtte have rådgivet i overensstemmelse med det (først) i duplikken oplyste, så var dette i givet fald fejlagtig rådgivning, da såvel kravet mod Miljø-Bo som mod den tidligere bestyrelse i Ejendomsselskabet var forældet, da retssagen blev anlagt mod Miljø-Bo (2. december 2011), jf. det under pkt. 3.2 anførte.

En processtrategi, hvorefter man i sagen mod Miljø-Bo skulle undlade at gøre forældelse gældende med det formål at "frede" den tidligere bestyrelse i Ejendomsselskabet for erstatningsansvar, hviler derfor på en grundlæggende forkert præmis, hvorefter krav mod ledelsesmedlemmerne ikke allerede var forældet pr. 2. december 2011. Selv hvis Focus Advokater måtte have rådgivet, som det påstås i duplikken, så ville dette også have været ansvarspådragende.

3.5 Eventuelt krav mod bestyrelsesmedlemmerne i medfør af aktieselskabslovens § 113, stk. 2

I forlængelse af ovenstående og til støtte for, at den påståede processtrategi er fejlagtig og ansvarspådragende, bemærkes det, at aktieselskabslovens § 113, stk. 2 angiver, at

"Viser beløb sig at være uerholdeligt, eller kan søgsmål mod en aktionær om tilbagebetaling ikke gennemføres, er de, som har medvirket til beslutningen om udbetaling eller gennemførelsen af denne eller til opstilling eller godkendelse af urigtige regnskabsopgørelse, ansvarlige efter reglerne i §§ 140-143."

Bestemmelsen sigter på tilfælde, hvor beløbet blandt andet er uerholdeligt på grund af insolvens, aktionærerne har modtaget et beløb i god tro eller hvor der er tale om bevisvanskeligheder.

Bestemmelsen kan imidlertid ikke udstrækkes til at omfatte tilfælde, hvor beløbet ikke kan kræves tilbage fra modtageren på grund af, at kravet mod modtageren er forældet. En subsidiær hæftelse hos ledelsen kan ikke gøres gældende, hvis det oprindelige krav er forældet.

3.6 Årsagsforbindelse

Focus Advokater påpeger i svarskriftet side 11 (bilagssamlingens side 18), at der ikke foreligger den fornødne årsagsforbindelse mellem Focus Advokaters manglende påberåbelse af forældelse og det af Miljø-Bo lidte tab.

Som argumentation for den manglende årsagsforbindelse opstilles et hypotetisk hændelsesforløb, der bygges på en række antagelser om, hvilke konsekvenser det ville have medført, hvis Focus Advokater havde valgt at gøre forældelse gældende i retssagen mellem Ejendomsselskabet og Miljø-Bo.

Anvendelsen af det tænkte hændelsesforløb må imidlertid bestrides. Der må være en grænse for, hvor mange antagelser og forudsætninger man kan statuere manglende årsagssammenhæng på.

Ved ikke at rådgive Miljø-Bo om forældelsen foreligger der desuden allerede fra Focus Advokaters side et ansvarspådragende forhold. Som anført i pkt. 3.1, påhviler der som minimum advokaten en pligt til at rådgive og informere klienten om sagens karakter og relevante forhold. Det blev overfor Miljø-Bo på intet tidspunkt under sagens behandling påpeget af Focus Advokater, at påberåbelse af forældelse var en mulighed.

Skulle Retten mod forventning lægge til grund, at Focus Advokater forud for byretssagen har rådgivet Miljø-Bo om forældelsesproblematikken, og parterne på denne baggrund har truffet beslutning om ikke at gøre forældelse gældende, så udgør denne rådgivning selvstændigt et ansvarspådragende forhold. En sådan rådgivning vil være direkte forkert, særligt under henvisning til bemærkningerne om begyndelsestidspunktet for forældelsesfristen i medfør af U.2006.3050H, jf. pkt. 3.2.

Focus Advokaters anbringende om, at der i nærværende sag ikke foreligger den fornødne årsagsforbindelse må derfor bestrides. Det bemærkes, at der på grund af den betydelige advokatfejl begået af Focus Advokater, gælder væsentligt lempede bevisbyrder.

3.7 Tab

Focus Advokater gør i duplikken (side 5 (bilagssamlingens side 33)) gældende, at Miljø-Bo vil opnå en uberettiget berigelse, hvis Retten i Odense giver Miljø-Bo medhold i nærværende sag. Dette støttes med en henvisning til U.2012.2465V og et argument om, at domstolene ikke bør forholde sig til krav, der støtter sig på retsstridighed i medfør af DL 5-1-2.

De bestrides imidlertid, at ovenstående bevirker, at Miljø-Bo ikke er erstatningsberettiget.

Nærværende sag angår et civilretligt erstatningskrav mod Focus Advokater på baggrund af mangelfuld repræsentation og varetagelse af Miljø-Bos interesser. Hvis forældelse var gjort gældende (jf. byretsdommerens forespørgsel) ville Miljø-Bo være blevet frifundet. Tilsvarende gør sig gældende for et eventuelt krav mod bestyrelsen.

Erstatningskravet mod Focus Advokater kan derfor ikke være stridende mod lov og ærbarhed, jf. DL 5-1-2, uanset hvorvidt der måtte være handlet ansvarspådragende af Miljø-Bo og/eller ledelsens medlemmer. Afvisning kommer ikke på tale i sådanne situationer.

Den påberåbte dom U.2012.2465V er imidlertid illustrativ på anden måde. I Vestre Landsrets dom blev spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens krav enten helt eller delvist stred mod lov og ærbarhed først bragt op på landsrettens ex officio forespørgsel i ankeinstansen. På baggrund af de herefter af parterne fremsatte bemærkninger afviste landsretten delvist sagsøgerens krav som værende af *"en sådan karakter, at det ikke kan tages under påkendelse af domstolene"*.

I nærværende sag er forholdet grundlæggende anderledes. Det altovervejende udgangspunkt er, at dispositionsmaksimen medfører, at parterne selv er rådige over, hvilke påstande og anbringender, der fremføres. Når en procesfuldmægtig – navnlig på direkte forespørgsel fra retten - bekræfter, at et bestemt anbringende over hvilket parterne kan disponere (modsat forhold, som domstolene påser ex officio) ikke gøres gældende, så danner dette definitivt rammen for sagens afgørelse.

Den retspraksis som Focus Advokater påberåber sig i duplikken (side 5 (bilagssamlingens side 33)) angår helt andre situationer, eksempelvis hvor en part har forsøgt at holde penge skjult for myndighederne, krav der støtter sig på aftaler om sort arbejde og lignende.

3.8 Angående Focus Advokaters selvstændige påstand

Focus Advokater burde som tidligere anført helt åbenbart have bragt spørgsmålet om forældelse ind i retssagen mod Ejendomsselskabet allerede under byretssagens forberedelse med anmodning om, at forældelsesspørgsmålet blev påkendt særskilt, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1. Såfremt dette var sket og by- og landsret havde givet Miljø-Bo medhold i, at forældelse var indtrådt før kurators udtagelse af stævning, ville de samlede sagsomkostninger være blevet betydeligt mindre.

Selv såfremt forældelsesspørgsmålet var blevet behandlet sammen med sagens øvrige spørgsmål under såvel byrets- som landsretssagen, ville dette have medført færre omkostninger for Miljø-Bo. Miljø-Bo ville dermed forventeligt være blevet frifundet, og Miljø-Bo ville have fået tilkendt sagsomkostninger under sagen. Focus Advokaters fakturakrav er derfor ikke rimeligt, jf. retsplejelovens § 126, stk. 2.

Miljø-Bo gør derfor principalt gældende, at Focus Advokater har fortabt retten til at oppebære det fakturerede salær, subsidiært at salæret bør nedsættes til et mindre beløb efter rettens skøn."

Focus Advokater har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 5. februar 2016, hvoraf fremgår bl.a.:

"1. Til støtte for Sagsøgtes frifindelsespåstande

Til støtte for Sagsøgtes frifindelsespåstande gøres det overordnet gældende, at de erstatningsretlige betingelser ikke er opfyldt.

Det gøres overordnet gældende, at Sagsøgte ikke har handlet ansvarspådragende ved ikke at gøre forældelse gældende under retssagen mellem Miljø-Bo A/S og Ejendomsselskabet under konkurs ("Konkursboet"), *da* kravet ikke var forældet, jf. forældelseslovens § 3, stk. 2, *og da* det var en ønsket processtrategi fra As side, at kravet ikke blev rejst mod Ejendomsselskabets tidligere bestyrelse.

Det gøres videre gældende, at Sagsøger ikke har lidt et tab, og at der ikke er den fornødne årsagsforbindelse mellem det påståede ansvarsgrundlag og tab.

Anbringenderne uddybes nedenfor.

1.1. Bevisbyrde

Det skal indledningsvis bemærkes, at det er Sagsøger, der bærer bevisbyrden for, at samtlige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. Det er således Sagsøger, der skal dokumentere, at der foreligger et ansvarsgrundlag, et tab og årsagsforbindelse herimellem. Det bestrides, dels at bevisbyrden skulle være omvendt, dels at bevisbyrden skulle være løftet fra Sagsøgers side.

1.2. Ansvarsgrundlag

1.2.1. Forældelseslovens § 3, stk. 2

Sagsøger gør gældende, at Ejendomsselskabets krav mod Miljø-Bo A/S var forældet, da kravet blev rejst, hvorfor Sagsøgte burde have gjort dette anbringende gældende under retssagen. Det bestrides, at kravet var forældet.

Det fremgår af forældelseslovens § 3, stk. 2, at

"Var fordringshaveren ubekendt med fordringen eller skyldneren, regnes forældelsesfristen efter stk. 1 først fra den dag, fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab hertil."

Det siger sig selv, at en fordringshaver ikke kan gøre et krav gældende, som han ikke kender til. Derfor suspenderes forældelsesfristen, så den først begynder at løbe, når fordringshaver får eller burde få kendskab til kravet.

Det er ifølge bestemmelsens ordlyd fordringshaveren, der har ukendskab til kravet. I den foreliggende sag var fordringshaveren Ejendomsselskabet (og efterfølgende Konkursboet), og da Ejendomsselskabet som juridisk person ikke kan have kendskab, er det

selskabets repræsentants kendskab, der bliver afgørende for, hvornår fristen begynder at løbe. Ejendomsselskabets repræsentant var selskabets ejer, A, der også var direktør og bestyrelsesmedlem samt de to øvrige bestyrelsesmedlemmer, D og B.

Da både A og D samtidig var ledelsesmedlemmer i og dermed repræsentant for skyldner (Sagsøger), og da selvsamme repræsentanter foranstaltede kapitalnedsættelsen og dermed stiftelsen af fordringen, kan fordringshaveren ikke siges at være ”ubekendt med fordringen eller skyldneren”. Hvis det imidlertid i en sådan situation accepteres, at der indtræder forældelse, fordi fordringshaveren ikke kan siges at være ”ubekendt med fordringen eller skyldneren”, indebærer det, at der i situationer, hvor der er personsammenfald mellem fordringshaver og skyldner, kan foretages dispositioner til skade for fordringshaver og dennes kreditorer, som netop qua person-sammenfaldet ikke bliver påberåbt. I en sådan situation har den person, der repræsenterer begge parter, en interesse i at trække tiden, så dispositionen forældes. Dette vil imidlertid ske på fordringshaverens og dennes kreditorens bekostning. Der må derfor ses bort fra den viden, som A og D havde som repræsentant for begge parter.

Fordringshavers krav mod Sagsøger på tilbagebetaling af kapitalnedsættelsesbeløbet afhang af, om kapitalnedsættelsen var berettiget eller ej. Om kapitalnedsættelsen var berettiget eller ej afhang videre af Ejendomsselskabets økonomiske situation, og den økonomiske situation afhang videre af, hvordan de anlagte retssager mod Ejendomsselskabet ville falde ud. Disse sager var uafsluttede, da Ejendomsselskabet gik konkurs. Først ved Ejendomsselskabets konkurs opstod der derfor anledning til og mulighed for at undersøge, om der kunne rejses et krav mod Sagsøger. Forældelsesfristen kan derfor notorisk først løbe fra konkursens indtræden den 2. december 2010, hvorfor kravet ikke var forældet, da stævning blev udtaget den 2. december 2011.

Grundsynspunktet i forældelseslovens § 3, stk. 2, fremgår også af forældelseslovens § 14, hvorefter forældelsesfristen forlænges i de situationer, hvor fordringshaver har været afskåret fra at afbryde forældelsen på grund af en hindring, som ikke beror på fordringshavers forhold. Meningen med bestemmelsen er, at en fordringshaver ikke mister sit krav, når han afskæres fra at forfølge det på grund af forhold, som ikke kan bebrejdes ham selv. Fordringshaver i nærværende sag var retteligt Ejendomsselskabet, som var en juridisk person og dermed en skal, der ikke kunne handle egenhændigt. Da der helt konkret var en interessekonflikt mellem fordringshaver og dennes repræsentant, kan der nødvendigvis ikke ske identifikation herimellem. Hindringen (personsammenfaldet) ophørte først ved Ejendomsselskabets konkurs den 2. december 2010, hvorfor kravet heller ikke efter forældelseslovens § 14 var forældet, da stævning blev udtaget den 2. december 2011.

— o —

Sagsøger henviser til Højesterets afgørelse gengivet i U 2006.3050 til støtte for, at forældelsesfristen begyndte at løbe principalt den 2. marts 2006, subsidiært den 30. november 2006, hvorfor kravet var forældet, da kurator anlagde sag den 2. december 2011. Det bestrides, at afgørelsen kan tages til indtægt herfor, allerede fordi det i sagen for Højesteret ikke blev gjort gældende, at forældelsesfristen var suspenderet på grund af personsammenfald. Højesteret kunne derfor nødvendigvis ikke forholde sig hertil, jf. forhandlingsmaksimen, selvom det også på daværende tidspunkt (før indførelsen af forældelseslovens § 10) både i teori og retspraksis var anerkendt, at forældelsesfristen

suspenderes indtil det tidspunkt, hvor skyldner ikke længere forhindrer, at fordringshaver får kendskab til og kan rejse sit krav, jf. eksempelvis Højesterets afgørelse gengivet i U 1985.529 og Østre Landsrets afgørelse gengivet i FED 2002.1131. Jeg henviser til processkrift A af 14. januar 2016 (BS 49 ff.) for en uddybning heraf.

Højesteret afsagde dommen den 22. august 2006, hvilket var før vedtagelsen og ikrafttrædelsen af forældelsesloven af 2007 og dennes § 10, hvorfor parterne ikke kunne påberåbe sig den bestemmelse, ligesom Højesteret ikke kunne anvende den. Grundlaget for Højesterets afgørelse var derfor et andet end grundlaget for, hvad der gælder i nærværende sag.

1.2.2. Processtrategi

Det gøres videre gældende, at anbringendet om forældelse ikke blev gjort gældende som følge af den af A valgte processtrategi.

Kurator havde i tilknytning til stævningen mod Sagsøger procestilvarslet de tidligere bestyrelsesmedlemmer, jf. bilag I – K (BS 97 ff.). De potentielle krav mod bestyrelsesmedlemmerne blev herefter drøftet telefonisk mellem Sagsøgte F og A. Initiativet til denne drøftelse blev taget af A på baggrund af de af kurator varslede sagsanlæg mod bestyrelsesmedlemmerne. Under denne drøftelse tilkendegav A meget klart og utvetydigt, at B – som er hans steddatter – under alle omstændigheder skulle holdes ude af sagen. F oplyste om de forskellige muligheder, herunder muligheden for at gøre et forældelsessynspunkt gældende og retsvirkningerne af, hvis man fik medhold heri (hvilket F tilkendegav, at han ikke mente, at man ville få).

Da A ville undgå, at der blev anlagt retssag mod bestyrelsesmedlemmerne, traf han beslutningen om at forfølge den strategi, som indebar, at bestyrelsesmedlemmerne gik fri. Heri havde A også en egeninteresse, idet en domfældelse over Sagsøger ville indebære selskabets tilbagebetaling med ubeskattede midler, mens en domfældelse over bestyrelsesmedlemmerne ville indebære de fysiske personers tilbagebetaling med personbeskattede midler. Også af den grund blev forældelse ikke gjort gældende over for konkursboets påstand om tilbagebetaling, da medhold heri ville aktualisere et sagsanlæg mod bestyrelsesmedlemmerne, hvilket A netop havde modsat sig.

At den valgte strategi var at sikre bestyrelsesmedlemmerne mod sagsanlæg bekræftes også af bilag 9 (BS 123 f.), hvor Sagsøgte begrundede fravalget af forældelsesanbringendet med blandt andet, at bestyrelsesmedlemmerne i stedet ville ifalde ansvar. Da byrettens dom gik Sagsøger imod, insisterede A imidlertid efterfølgende på, at forældelse skulle gøres gældende under anken.

— o —

Det skal i øvrigt bestrides, at byretsdommeren *gentagne* gange spurgte F til, om Sagsøgte ville gøre forældelse gældende, at Sagsøgte skulle have erkendt at have begået en fejl ved ikke at gøre forældelse gældende, jf. bilag 17 (BS 128) og bilag M (BS 140), og at Sagsøgte ikke skulle have imødegået As mail til Sagsøgte, jf. bilag 17 (BS 128) og bilag N (BS 130).

1.2.3. Forældelseslovens § 10

Kurators trussel om et sagsanlæg mod de tidligere bestyrelsesmedlemmer personligt var reel, da et sådant krav ikke var forældet, jf. forældelseslovens § 10, der lyder:

”For fordringer, som ... tilkommer et selskab ... mod et bestyrelsesmedlem eller en direktør i selskabet m.v., og som udspringer af den pågældendes tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse, indtræder forældelse tidligst, når der er forløbet 3 år efter hvervets ophør eller efter det tidligere tidspunkt, da fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.”

Forældelse indtræder ifølge forældelseslovens § 10 *tidligst*, når der *enten* er forløbet 3 år efter hvervets ophør *eller* 3 år efter det tidligere tidspunkt, hvor fordringshaveren eller dennes repræsentant er eller burde være blevet bekendt med kravet. A, D og B udtrådte af bestyrelsen for Ejendomsselskabet den 20. maj 2010, hvorfor forældelse efter 1. led om hvervets ophør indtrådte den 20. maj 2013. Da der i Ejendomsselskabet ikke var andre ledelsesmedlemmer end A, D og B, og da disse ved deres udtræden ikke blev afløst af nye ledelsesmedlemmer, fik Ejendomsselskabet som fordringshaver først kendskab til kravet tidligst ved selskabets konkurs den 2. december 2010, hvor kurator blev indsat som selskabets ledelse. Forældelse efter 2. led om fordringshavers kendskab indtrådte derfor den 2. december 2013.

Forældelse efter forældelseslovens § 10 indtrådte dermed den 20. maj 2013, hvorfor erstatningskravet mod Ejendomsselskabets tidligere bestyrelsesmedlemmer ikke var forældet på tidspunktet for kurators sagsanlæg den 2. december 2011. Overgangsreglen i forældelseslovens § 30, stk. 1, ændrer ikke herpå, da forældelse efter § 30, stk. 1, 2. pkt., indtræder ”*tidligst* den 1. januar 2011” og derfor ikke hindrer et senere forældelsestidspunkt.

— o —

Også materielt var der grundlag for et erstatningskrav mod de tidligere bestyrelsesmedlemmer. Det dokumenteres af både byretten og landsrettens præmisser i sagen anlagt af Ejendomsselskabet under konkurs mod Miljø-Bo A/S, hvor begge instanser fandt, at Sagsøger ved kapitalnedsættelsen i Ejendomsselskabet havde handlet culpøst og dermed erstatningspådragende. Således anførte landsretten (BS 146 f.), at

”... bestyrelsen og dermed Miljø-Bo A/S ved kapitalnedsættelsen har handlet groft uagtsomt og derfor er erstatningsansvarlig over for konkursboet...”

Da Sagsøger er en juridisk person, og da culpa kun kan udvises af fysiske personer, hvilede Sagsøgers erstatningsansvar på culpa udvist af den tidligere bestyrelse.

Forældelseslovens § 10 blev indsat i forældelsesloven af 2007 med det formål at forhindre forældelse af krav, hvor skyldner optræder på fordringshavers vegne, og hvor kravet udspringer af skyldners tilsidesættelse af sine forpligtelser over for fordringshaveren. I disse situationer har fordringshaver ikke anledning til eller mulighed for at gøre kravet gældende, ligesom skyldner kan vægre sig ved at gøre fordringshavers krav gældende, da kravet er rettet mod skyldner selv. Det var netop situationen i nærværende sag.

Det fremgår direkte af bemærkningerne til forældelseslovens § 10, jf. Betænkning om revision af forældelseslovgivningen, nr. 1460/2005, side 460, at der med ”tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse”, eksempelvis forstås, at bestyrelsen har foretaget ulovlige udlodninger til sig selv.

Når det samme sted videre anføres, at der med formuleringen ”den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på fordringshaverens vegne” navnlig sigtes til andre *ikke medansvarlige* bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet, er pointen netop, at forældelsesfristen først begynder at løbe, når en person uden egeninteresser får eller burde få kendskab til kravet. Det giver naturligvis ingen mening, at et ledelsesmedlem på selskabets vegne skal rejse et erstatningskrav mod sig selv for de handlinger eller undladelser, som ledelsesmedlemmet har foretaget.

Da samtlige ledelsesmedlemmer – A, D og B – var (med-)ansvarlige, bevirkede deres kendskab til kravet, at tillæggsfristen på 3 år endnu ikke var begyndt at løbe.

1.2.4. Sammenfattende om ansvarsgrundlaget

Det gøres sammenfattende gældende, at Sagsøgte ikke handlede ansvarspådragende ved ikke at gøre anbringendet om forældelse gældende i sagen anlagt af Ejendomsselskabet under konkurs mod Miljø-Bo A/S (Sagsøger), *da* kravet materielt ikke var forældet, jf. forældelseslovens § 3, stk. 2, og § 14 analogt, *og da* kravet ellers ville være blevet rejst og imødekommet mod den tidligere bestyrelse, jf. forældelseslovens § 10, hvilket A ikke ønskede.

1.3. Tab

Det gøres gældende, at Sagsøger ikke har lidt et erstatningsberettiget tab.

Sagsøger modtog ved kapitalnedsættelsen kr. 4 mio., som Sagsøger både ved byretten og landsrettens dom blev dømt til at tilbagebetale til Konkursboet, jf. bilag 1 og 3 (BS 121 og 147). Begge instanser konkluderede, at der fra Sagsøgers side var handlet uagtsomt og dermed ansvarspådragende. Landsretten anførte i sine præmisser, at der var handlet *groft* uagtsomt.

Hvis Sagsøger får medhold i nærværende sag, indebærer det, at Sagsøger får lov at beholde et beløb, der er modtaget uberettiget som følge af en ikke bare uagtsom handling, men en groft uagtsom handling. Det beløb, som Sagsøger påstår sig erstattet, havde Sagsøger opnået i strid med gældende selskabslovgivning, og Sagsøger har dermed ikke på noget tidspunkt været i retmæssig besiddelse af beløbet. Medhold i Sagsøgers påstand vil derfor være ensbetydende med, at domstolene beskytter et krav, som Sagsøger har opnået på retsstridig vis og dermed, at Sagsøger opnår en helt uberettiget berigelse.

Retspraksis indeholder utallige eksempler på, at domstolene ikke vil forholde sig til krav, der grunder sig på retsstridighed, og at en part ikke kan få retssystemets hjælp til at inddrive et krav, som parten slet ikke bør være i besiddelse af eller alene har opnået på retsstridigt grundlag, jf. eksempelvis Vestre Landsrets afgørelse gengivet i U 2012.2465. Hvis Sagsøger skulle få medhold i sin påstand, vil det således indebære en reel tilsidesættelse af Østre Landsrets dom, jf. bilag 3 (BS 141 ff.), da Sagsøger vil kunne beholde 4 mio. kr., som Sagsøger er kommet til på groft uagtsom vis.

Det gøres derfor gældende, at det af Sagsøger påståede tab ikke er erstatningsberettiget, da Sagsøger materielt slet ikke var berettiget hertil.

1.4. Årsagsforbindelse

Det er foruden et ansvarsgrundlag og et tab en yderligere erstatningsretlig betingelse, at der er årsagsforbindelse herimellem.

Hvis Sagsøgte havde gjort forældelse gældende i den af Konkursboet mod Sagsøger anlagte sag, havde kurator adciteret Ejendomsselskabets tidligere bestyrelsesmedlemmer, jf. bilag I – K (BS 97 ff.). Dette kunne kurator have gjort inden udløb af forældelsesfristen, jf. forældelseslovens § 10. Bestyrelsesmedlemmerne kunne herefter have rejst et regreskrav mod Sagsøger med påstand om, at Sagsøger skulle fralægge sig sin berigelse, hvilket krav heller ikke ville have været forældet, jf. forældelseslovens § 12, stk. 2.

Det må på grundlag af præmisserne i dommen mod Sagsøger lægges til grund, at Konkursboet ville have fået medhold i sagen mod bestyrelsesmedlemmerne. Det må ligeledes lægges til grund, at bestyrelsesmedlemmerne ville have fået medhold i sit krav mod Sagsøger. Der er således ikke den fornødne årsagsforbindelse mellem Sagsøgtes manglende påberåbelse af forældelse og det for Sagsøger indtrådte tab, da tabet ville være lidt under alle omstændigheder.

2. Til støtte for Sagsøgtes betalingspåstand

Til støtte for den af Sagsøgte nedlagte påstand gøres det gældende, at Sagsøgte har udført arbejde for Sagsøger, jf. bilag 7 (BS 149 ff.). Det bestrides, at honoraret herfor er urimeligt.

Det fritager ikke Sagsøger for betaling af honorar for udført arbejde, at Sagsøger gør et erstatningskrav gældende, jf. også Søren Halling-Overgaard, der i Revisors erstatnings- og disciplinæransvar, 4. udg., side 403, anfører, at

”Det honorar, som klienten skal erlægge, skal som udgangspunkt betales, uanset om det af revisor udførte arbejde er udført korrekt eller medfører erstatningsansvar. Dette beror på, at klienten ved udbetaling af erstatning bliver stillet, som havde revisor ikke handlet erstatningspådragende, og i den situation ville [...] klienten [altid] skulle erlægge honorar for revisors ydelse.”

Opfattelsen støttes af retspraksis, jf. eksempelvis U 2003.2505 H og landsrettens præmisser i U 2000.521 H. Uanset om Sagsøger måtte få medhold i sin påstand, har Sagsøgte således krav på at modtage betaling af sit honorarkrav.”

Rettens begrundelse og resultat

Miljø-Bo har gjort gældende, at Focus Advokater har begået en klar advokatfejl ved ikke i den af konkursboet mod Miljø-Bo anlagte sag at have gjort gældende, at konkursboets krav var forældet.

Miljø-Bo har, trods fejlens påståede klarhed, fundet det nødvendigt at indhente et juridisk responsum fra lektor Camilla Hørby Jensen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet, med henblik på en vurdering af, hvorvidt kravet var forældet.

Miljø-Bo har gjort gældende, at det på baggrund af de principper, der kan udledes af Højesterets dom af 22. august 2006 i sag 400/2004, gengivet i U 2006.3050, kan fastslås, at konkursboets krav mod Miljø-Bo var forældet på det tidspunkt, hvor konkursboet udtog stævning mod Miljø-Bo. Det af Miljø-Bo indhentede juridiske responsum omtaler imidlertid ikke denne dom.

I responsummet, der er kortfattet, anføres det med hensyn til spørgsmålet om, hvornår forældelsesfristen i sagen mellem konkursboet og Miljø-Bo begyndte at løbe, at der både kan argumenteres for, at forældelsesfristen først begynder at løbe ved konkursdekretets afsigelse den 2. december 2010 (med den virkning, at kravet ved sagens anlæg ikke var forældet), og for, at fristen allerede begyndte at løbe på tidspunktet for kapitalnedsættelsen den 2. marts 2006 (med den virkning, at kravet ved sagens anlæg *var* forældet).

Responsummet konstaterer herefter, at der i resten af responsummet vil blive taget udgangspunkt i, at forældelsesfristen skal regnes fra tidspunktet for kapitalnedsættelsen. Responsummet anfører dog ikke anden begrundelse herfor, end at byret og landsret har fastslået, at kapitalnedsættelsen, på det tidspunkt, hvor den fandt sted, som følge af de potentielle erstatningskrav mod selskabet, var erstatningspådragende.

Responsummet ses imidlertid ikke herved at have foretaget nogen nærmere analyse af, hvorvidt skadens indtræden, og dermed begyndelsestidspunktet for forældelsesfristens beregning, jf. forældelseslovens § 2, stk. 4, var sammenfaldende med tidspunktet for kapitalnedsættelsen.

Responsummet påpeger ganske vist korrekt, at en forældelsesfrist godt kan begynde at løbe selvom det ikke er muligt, at opgøre erstatningskravet præcist, men indeholder ingen nærmere

argumentation for, hvorfor de ”latente erstatningskrav”, der sammenholdt med kapitalnedsættelsen ville medføre ”et formuetaab, som det dog først på et senere tidspunkt ville være muligt at opgøre præcist”, allerede den 2. marts 2006 med den fornødne grad af sikkerhed viste ejendomselskabets kreditorer, at de var blevet udsat for en erstatningspådragende handling og et tab, som de havde mulighed for – og pligt til, hvis de ville undgå, at kravet blev forældet – at rejse et foreløbigt krav om.

Responsummet indeholder heller ingen nærmere analyse af spørgsmålet om suspension af forældelsesfristen. Responsummet redegør således ikke for om de reelt skadelidte – ejendomselskabets kreditorer – var eller burde være bekendt med kapitalnedsættelsen, og at denne indebar, at de blev påført en skade.

Allerede af disse grunde kan en besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt kravet var forældet, ikke anses for så oplagt, at det under alle omstændigheder har været en klar advokatfejl, såfremt Miljø-Bo ikke modtog vejledning fra Focus Advokater om muligheden for at gøre et sådant anbringende gældende.

Miljø-Bo har herefter bevisbyrden for, at Focus Advokater, uanset at der ikke var tale om en klar advokatfejl, har handlet culpøst ved ikke at gøre anbringendet om forældelse gældende for byretten, og at Miljø-Bo har lidt et tab som følge heraf.

Miljø-Bo skal således godtgøre, at domstolene ville være kommet frem til, at konkursboets krav mod Miljø-Bo var forældet, hvis et sådant anbringende blot var blevet gjort gældende.

Retten bemærker herved, at omstændighederne vedrørende forældelsesspørgsmålet i denne sag adskiller sig fra omstændighederne i den ovennævnte højesteretsdom, jf. U 2006.3050 H.

I Højesterets sag var der således tale om et konkursbo med kun én kreditor. Konkursboets krav, der til dels blev fundet forældet, udsprang af denne kreditors krav på betaling af køb af en aktiepost, hvor der var aftalt betaling i 10 rater, men hvoraf kun én blev betalt.

Der var endvidere tale om, at kurator, med afbrydelse af forældelsesfristen til følge, sagsøgte de involverede selskaber – men ikke de relevante bestyrelsesmedlemmer – på et tidspunkt,

hvor kurator havde de relevante oplysninger om kapitalnedsættelse og udlodninger. Kravet, som Højesteret fandt var forældet, var kravet mod bestyrelsesmedlemmerne, der først blev rejst mere end 2 år senere, uagtet, at kurator altså havde de fornødne oplysninger allerede på tidspunktet for det oprindelige sagsanlæg mod selskaberne.

Nærværende sag udspringer derimod af, at konkursboet anlagde sag mod Miljø-Bo på baggrund af krav, der udsprang af en lang række mangelsindsigelser vedrørende opførelse af fast ejendom. Kravene var rejst af tre ikke-erhvervsdrivende kreditorer i form af en ejerforening og to ejerlejlighedsindehavere. Der havde i den forbindelse været et langstrakt forløb med forsøg på udbedring af manglerne, flere syn- og skønsforretninger og spørgsmål om dækning af mangelsudbedringerne via en af hovedentreprenøren stillet garanti.

Det kan derfor ikke blot under henvisning til U 2006.3050 H antages, at domstolene også i konkursboets sag mod Miljø-Bo ville være kommet frem til, at kravet var forældet.

Konkursboets kreditorer vidste således ikke - og burde heller ikke på tidspunktet for kapitalnedsættelsen have vidst, at denne disposition var en erstatningspådragende handling, der ville føre til, at de ikke fik deres tilgodehavender hos selskabet.

Retten bemærker, at såvel forældelseslovens § 2, stk. 4, og § 3, stk. 2, må fortolkes og anvendes i lyset af forældelseslovens generelle formål, jf. betænkning nr. 1460/2005 om revision af forældelses-lovgivningen, hvor det allerede af kommissoriet gengivet på s. 2 i betænkningen fremgår, at:

”Det generelle formål med forældelsesreglerne er at skabe en vis sikkerhed og klarhed. Reglerne bygger således bl.a. på hensynet til så vidt muligt at undgå procesførelse om meget gamle forhold, dels af procesøkonomiske grunde, dels fordi bevisførelsen ofte ville blive mangelfuld med deraf følgende risiko for forkerte afgørelser. Endvidere tilsigter reglerne at give en rimelig beskyttelse til den, der har indrettet sig på, at krav ikke vil blive gjort gældende, og som måske slet ikke har haft kendskab til kravet.”

Ingen af disse hensyn gjorde sig gældende i forhold til Miljø-Bo i den af konkursboet anlagte sag, og det er ikke hensigten med forældelsesloven at skabe en retstilstand, hvor potentielle kreditorer har en forpligtelse til løbende at følge med i (før 2006) Statstidende eller (nu) Er-

hvervsstyrelsens informationssystemer med henblik på at sikre sig mod en mulig debtors eventuelle groft uagtsomme kapitalnedsættelser.

Bestemmelsen i den dagældende aktieselskabslovs § 46, stk. 1 (nu selskabslovens § 192, stk. 1) er ikke en bestemmelse om præklusivt proklama, og der er ikke grundlag for at tillægge bestemmelsen retsvirkninger ud over dem, der i øvrigt følger af loven. Der er således ikke grundlag for at tillægge bestemmelsen selvstændig forældelsesretlig betydning, således at offentliggørelse af proklamaet i henhold til bestemmelsen i sig selv indebærer viden eller burde viden hos kreditorerne i forældelseslovens § 3, stk. 2's forstand.

Miljø-Bo har af disse grunde ikke godtgjort, at domstolene ville være kommet frem til, at konkursboets krav mod Miljø-Bo var forældet.

Uanset i hvilket omfang, om overhovedet noget, Focus Advokater som led i forberedelsen af byretssagen drøftede spørgsmålet om forældelse med Miljø-Bo, er der derfor ikke grundlag for at fastslå, at Focus Advokater har handlet erstatningspådragende, hvorfor Focus Advokaters påstand om frifindelse tages til følge.

Herefter, og idet det af Miljø-Bo til støtte for frifindelse for Focus Advokaters selvstændige påstand, subsidiært betaling af et mindre beløb, i det hele støttes på, at anbringendet om forældelse burde være gjort gældende, vil Focus Advokaters selvstændige påstand ligeledes være at tage til følge.

Miljø-Bo skal i sagsomkostninger betale 217.187,50 kr. til Focus Advokater. Heraf dækker de 17.187,50 kr. udgifter til vidneførelse og de 200.000 kr. udgifter til advokatbistand. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens karakter, omfang og varighed.

Thi kendes for ret:

Focus Advokater P/S frifindes.

Miljø-Bo A/S skal betale 554.700,77 kr. med tillæg af procesrente fra den 27. februar 2015 til Focus Advokater P/S.

I sagsomkostninger skal Miljø-Bo A/S betale 217.187,50 kr. til Focus Advokater P/S.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.