

BA ØKONOMI HA(jur.)

Vintereksamen 2012-2013

Ordinær eksamen

Skriftlig prøve i: 4621010065 Selskabsret

Varighed: 3 timer

Hjælpe midler: Alle

NB! Det bemærkes, at rettevejledningen ikke er udarbejdet som en vejledende løsning, men som retningsgivende i forhold til retning af opgaverne!!

IT-virksomheden "JP Hosting ApS" var stiftet af brødrene Jens og Peter i 2005. De første par år var det gået rigtig godt som følge af det generelle opsving i økonomien, men selv efter afmatningen i 2008 havde de formået at fastholde en positiv økonomisk udvikling i selskabet. Selskabet var stiftet med en anparts kapital på kr. 500.000, som ved en kapitalforhøjelse i 2008 var forhøjet til kr. 3.000.000. Forhøjelsen var primært sket for at kunne finansiere en større investering i nyt hardware. Ved regnskabsårets afslutning d. 30. juni 2010 var egenkapitalen vokset til kr. 4.500.000, mens gælden (eksklusive tilgodehavender) var på kr. 300.000. Formålet med selskabet var at hoste og supportere hjemmesider for særligt mindre virksomheder samt at udvikle og designe hjemmesider for den samme målgruppe. Brødrene havde dog hurtigt fundet ud af, at pengene især lå i hosting, og de havde derfor ikke satset noget videre på at tilbyde design og udvikling af hjemmesider.

Bestyrelsen bestod oprindeligt alene af de to brødre og deres storesøster, Marie, men i 2008 havde de besluttet at udvide bestyrelsen med to professionelle bestyrelsesmedlemmer, fordi de mente, at det kunne ruste dem til at klare sig igennem den finansielle krise. Samtidig havde Jens og Peter besluttet at ansætte en direktør til at stå for den daglige drift, fordi de ikke selv interesserede sig særlig meget for den del, men i stedet meget hellere ville bruge deres tid på den tekniske del af virksomhedens aktiviteter. De havde ansat en af deres projektledere, Kristian, som direktør, og en af hans opgaver var at udbygge deres position på markedet for design og udvikling af hjemmesider. Baggrunden herfor var primært, at de mente, at det også kunne være med til at styrke dem økonomisk, såfremt de i højere grad kunne tilbyde deres kunder en helhedsløsning.

På et bestyrelsesmøde i juni 2010 diskuterede bestyrelsen regnskabstallene, og Jens, der for nylig havde været på et kursus i corporate governance, foreslog, at man i forbindelse med generalforsamlingen i august måned skulle nedsætte kapitalen til kr. 1.000.000. I stedet mente han, at man fremadrettet skulle satse på at finansiere investeringer mv. ved fremmedkapital.

1. Med udgangspunkt i corporate governance-teorien skal du gøre rede for, hvilken forskel det gør, om selskabet primært finansieres med egenkapital eller fremmedkapital.

Corporate governance skal styre selskabets ledelse ved sammensætning af en optimal kombination af styrings- og kontrolmekanismer, som vil påvirke målsætning, adfærd og performance.

Der lægges vægt på, at de studerende kan identificere kapitalstrukturen som et instrument til styring af ledelsen, da en højere gældsandel alt andet lige vil sætte mere fokus på indtjeningen, da fremmedkapital skal forrentes, mens det samme som udgangspunkt ikke gør sig gældende for egenkapitalen.

Bl.a. Paul Krüger Andersen, s. 73-75

Bestyrelsen var skeptisk, men var dog ikke fuldstændigt afvisende over for en nedsættelse af kapitalen, da man forventede, at overskuddet i de kommende år ville kunne finansiere behovet for såvel investeringer som driften. JP Hosting ApS forhandlede på det tidspunkt om en forlængelse af kontrakten med selskabets hidtil største kunde, og faldt dette på plads, ville det sandsynligvis også medføre mulighed for en udvidelse af kontrakten i andet halvår af 2010. Bestyrelsen ville derfor gerne vente med at træffe den endelige beslutning, til det var afklaret, om kontrakten ville blive ikke bare forlænget, men også udvidet. De diskuterede derfor muligheden for, at bestyrelsen på generalforsamlingen fik en bemyndigelse til at gennemføre en kapitalnedsættelse på et senere tidspunkt. Såfremt det var muligt, ønskede bestyrelsen, at bemyndigelsen var så åben som mulig, sådan at bestyrelsen selv kunne beslutte, hvornår kapitalnedsættelsen skulle gennemføres og med hvilket beløb.

2. Kan generalforsamlingen give bestyrelsen bemyndigelse til at nedsætte kapitalen på det tidspunkt, som bestyrelsen ønsker og med det beløb, som bestyrelsen på det givne tidspunkt finder passende? Hvilket flertal skal beslutningen i givet fald træffes med?

Som hovedregel skal en beslutning om nedsættelse af kapitalen træffes af generalforsamlingen, jf. SL § 186. Generalforsamlingen kan dog bemyndige bestyrelsen i et anpartsselskab til at foretage en nedsættelse af kapitalen, jf. SL § 187.

Det fremgår ikke af § 187, med hvilket flertal generalforsamlingen skal vedtage bemyndigelsen. § 186 vedrører alene generalforsamlingens beslutning om at nedsætte kapitalen, men det ændrer ikke på vedtagelseskravet, om generalforsamlingen selv træffer beslutning om nedsættelse af kapitalen, eller bemyndiger bestyrelsen hertil. Beslutningen om bemyndigelse træffes derfor med det flertal, der kræves til vedtægtsændringer, hvilket vil sige et § 106 flertal.

Det er et krav, jf. § 187, stk. 1, at beslutningen på GF indeholder en begrænsning på det beløb, som kapitalen højst kan nedsættes med, mens der ikke er tidsmæssige begrænsninger mht. hvornår bestyrelsen senest skal have udnyttet bemyndigelsen. Bestyrelsen kan derfor træffe beslutning om nedsættelse af kapitalen inden for bemyndigelsens beløbsmæssige rammer på det tidspunkt, de finder passende.

I oktober faldt udvidelsen af kontrakten på plads. (Du skal i det følgende forudsætte, at nedsættelsen er besluttet i overensstemmelse med reglerne). Umiddelbart efter at beslutningen var truffet, offentliggjorde bestyrelsen i Erhvervsstyrelsens IT-system en opfordring til kreditorerne om at anmelde deres krav til selskabet, da der var truffet beslutning om at nedsætte kapitalen med kr. 2.000.000. Lige inden udløbet af den offentliggjorte frist anmeldte en større kunde, Tag og Byg A/S, et erstatningskrav på kr. 650.000, fordi den løsning, JP Hosting ApS havde leveret i august måned, fortsat havde en række mangler, som ikke var afhjulpet. JP Hosting ApS var klar over problemet og tilbød derfor at stille sikkerhed for kravet i form af en post aktier, som selskabet havde i en anden mindre IT-virksomhed, Digitale Medier A/S. Direktøren i Tag og Byg A/S, Chris Carlsen, mente at vide, at Digitale Medier A/S havde store likviditetsproblemer, og han orienterede derfor Kristian om, at man ikke var tilfreds med den tilbudte sikkerhed. Kristian ringede tilbage til Chris og sagde, at Digitale Medier A/S efter hans opfattelse var et sundt og veldrevet selskab, og at der efter hans mening ikke var problemer med værdien af den tilbudte sikkerhed.

Kristian orienterede bestyrelsen om sin samtale med Tag og Byg A/S, og bestyrelsen diskuterede på et møde umiddelbart herefter, om det var forsvarligt at gennemføre nedsættelsen, når Tag og Byg A/S stillede

spørgsmål ved den tilbudte sikkerhed, og der var en risiko for, at de blev mødt med et erstatningskrav fra Tag og Byg A/S, som følge af de problemer der var med den leverede hjemmeside. Kristian uddybede baggrunden for problemerne med den leverede hjemmeside på foranledning af Marie, hvorefter han konkluderende, at det efter hans opfattelse alene var et mindre problem, som burde havde været udbedret for længst. Bestyrelsen besluttede derefter at gennemføre kapitalnedsættelsen. Marie bad om at få ført til protokols, at hun havde spurgt ind til problemets omfang, og at hun modsatte sig, at man gennemførte nedsættelsen, før problemerne var udbedret. Selskabets sekretær, der fungerede som referent for bestyrelsen, blev netop på det tidspunkt kaldt ud af mødet, fordi hun blev ringet op fra sin datters skole med besked om, at datteren havde slået hovedet og skulle hentes. Jens fungerede herefter som referent for resten af mødet, men fik som følge af forstyrrelsen ikke ført Maries bemærkninger til protokols. På det næste bestyrelsesmøde blev protokollen underskrevet af alle medlemmer af bestyrelsen. Chris Carlsen hørte ved en tilfældighed gennem en af sin og Kristians fælles bekendte, at bestyrelsen i JP Hosting ApS havde besluttet at gennemføre nedsættelsen. Han ringede derfor igen til Kristian og påstod, at de ikke kunne gå videre med nedsættelsen, fordi han ikke havde godkendt den tilbudte sikkerhed. Hertil svarede Kristian, at JP Hosting ApS anerkendte Tag og Byg A/S' krav, og at der var stillet sikkerhed, hvorfor bestyrelsen havde besluttet at gennemføre nedsættelsen.

3. Kan nedsættelsen gennemføres, uanset Chris Carlsens protester, såfremt bestyrelsen vurderer, at det er forsvarligt at gennemføre nedsættelsen?

Jf. SL § 192, stk. 1 skal en beslutning om en kapitalnedsættelse ledsages af en opfordring til selskabets kreditorer om at anmelde deres krav til selskabet inden for en frist på fire uger. Opfordringen offentliggøres i Erhvervsstyrelsens it-system.

Inden for fristen anmelder Tag og Byg A/S et krav på kr. 650.000. JP Hosting ApS anerkender kravet, men der er uenighed mellem parterne om, hvorvidt den tilbudte sikkerhed kan anses for at være betryggende.

Det følger af § 193, stk. 2, at kapitalnedsættelsen ikke må gennemføres, såfremt der ikke er stillet betryggende sikkerhed for uforfaldne eller omtvistede krav. Her har JP Hosting ApS stillet sikkerhed i en post aktier for et uforfaldent krav, men der er strid om, hvorvidt den tilbudte sikkerhed kan anses for at være betryggende.

Er der uenighed om den tilbudte sikkerhed, følger det af § 193, stk. 2, sidste pkt. at Erhvervsstyrelsen på anmodning af en af parterne afgør om den tilbudte sikkerhed kan anses for at være betrykkende. Der er ikke oplysninger i teksten, der tyder på, at en af de to parter har anmodet Erhvervsstyrelsen om en afgørelse. Det skal derfor lægges til grund, at der består en uafklaret strid om den tilbudte sikkerhed.

Det må følge af bestemmelsens formål, at det ikke kan være afgørende, at bestyrelsen selv vurderer, at den tilbudte sikkerhed er betrykkende, da formålet er at sikre, at sandsynligheden for fyldestgørelse ikke bliver forringet som følge af kapitalnedsættelsen. Kapitalnedsættelsen kan derfor ikke gennemføres, når der er strid om sikkerheden, og det er uden betydning, at bestyrelsen selv vurderer, at nedsættelsen er forsvarlig.

Umiddelbart efter at nedsættelsen var gennemført, og midlerne udbetalt til aktionærene, stod det klart, at JP Hosting ApS ikke kunne afhjælpe de problemer, der var med den løsning, der var leveret til Tag og Byg A/S, og at JP Hosting ApS derfor med stor sandsynlighed ville modtage et større erstatningskrav fra Tag og Byg A/S. Kristian var nervøs for, om selskabet ville kunne dække erstatningsbeløbet, nu hvor kapitalen var nedsat. Han bad derfor om at få bestyrelsen indkaldt sammen med selskabets advokat med henblik på at få diskuteret, om det var muligt at kræve det i forbindelse med kapitalnedsættelsen udbetalte beløb tilbagebetalt.

4. Kan det udbetalte beløb kræves tilbagebetalt til selskabet?

Det følger af SL § 194, stk. 1, at hvis der er sket udbetaling til kapitalejerne i strid med bestemmelserne i denne lov, skal kapitalejerne tilbagebetale beløbet tillige med renter. Da bestyrelsen har besluttet at nedsætte kapitalen på trods af Tag og Byg A/S' forbehold vedr. den tilbudte sikkerhed, er der tale om en nedsættelse i strid med SL's bestemmelser.

Her er der tale om en udbetaling til kapitalejerne som følge af en kapitalnedsættelse (i modsætning til udbytte, jf. SL § 194, stk. 1, sidste pkt.), hvorfor kapitalejernes eventuelle gode tro er uden betydning.

Bestyrelsen kan dermed kræve det udbetalte beløb tilbagebetalt til selskabet.

Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 294-296

På mødet fortalte Peter, at han netop samme morgen havde læst i avisen, at en af JP Hosting ApS' større aktionærer var gået personligt konkurs, så uanset et evt. berettiget krav, ville de i hvert fald ikke kunne få noget derfra. Bestyrelsen diskuterede derfor også, hvad der ville ske, hvis det viste sig, at selskabet ikke havde tilstrækkelig kapital til kunne betale kravet fra Tag og Byg A/S. Peter var nervøs for, om selskabets ledelse risikerede at ifalde et personligt ansvar. Marie påstod, at hun i hvert fald ikke kunne blive erstatningsansvarlig, fordi hun oprindeligt havde modsat sig beslutningen.

5. Såfremt det viser sig, at selskabet ikke har tilstrækkelig kapital til at kunne betale kravet fra Tag og Byg A/S, skal du tage begrundet stilling til, om bestyrelsen og/eller Kristian risikerer at ifalde et erstatningsansvar, herunder om det kan tillægges betydning, at Marie har modsat sig beslutningen om gennemførelse af nedsættelsen.

Såfremt det uberettigede udbetalte beløb ikke kan inddrives fra aktionærene, er de, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførelsen af denne, ansvarlige efter de alm. erstatningsregler, jf. SL § 194, stk. 2. De studerende skal derfor både diskutere, hvem der har medvirket til beslutningen, og hvorvidt disse er ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler.

Her er det bestyrelsen, der både har truffet beslutningen om kapitalnedsættelsen og beslutningen om at gennemføre denne, og de studerende skal derfor diskutere, om bestyrelsesmedlemmerne er erstatningsansvarlige, såfremt det viser sig, at en eller flere kapitalejere ikke kan tilbagebetale beløbet. Kristian er ikke medlem af bestyrelsen, og han har derfor ikke været med til at træffe beslutningen. Jf. § 194, stk. 2 er det ikke alene de, der har truffet beslutningen, men også de der har medvirket til at beslutningen træffes, der kan ifalde ansvar. Der er ikke helt klart, hvilken rolle Kristian har haft i beslutningen. Det står dog klart, at Kristian har kendskab til problemet vedrørende den

tilbudte sikkerhed, da han taler med Chris Carlsen fra Tag og Byg A/S. De studerende bør derfor også diskutere, om Kristian har handlet ansvarspådragende.

I relation til erstatningsansvaret skal de studerende diskutere, hvorvidt erstatningsbetingelserne i § 361 er opfyldt, særligt om ledelsen har handlet culpøst ved at beslutte at gennemføre kapitalnedsættelsen. Her bør de studerende inddrage, at beslutningen er truffet i strid med reglerne i § 193, og at det er tvivlsomt om forsvarlighedskravet i § 179, stk. 2 er overholdt.

Da erstatningsansvaret er et individuelt ansvar, skal de studerende desuden diskutere, hvilken betydning det kan tillægges, at Marie har modsat sig gennemførelsen af nedsættelsen, men at hendes protest ikke er taget til protokols, og hun har efterfølgende underskrevet bestyrelsesprotokollen uden at bemærke, at hendes protest ikke fremgik af protokollatet. Der lægges afgørende vægt på de studerendes argumentation, men det vil være rigtigst, om de kommer frem til, at protesten ikke kan tillægges vægt, da Maries underskrift af protokollen kan ses som en efterfølgende godkendelse af beslutningen.

Der tillægges afgørende vægt på argumentationen.

Da JP Hosting ApS nu var økonomisk presset, måtte virksomheden øge indtjeningen. Der var ikke rigtig kommet gang i udviklingen af designsidens, selv om Jens i stigende omfang mente, at det var her fremtidens indtjening "lå gemt". Hårdt presset henvendte han sig derfor til sin anden søster, Ida. Hun drev sammen med deres kusine, Vibeke, et lille webdesignfirma, Vibeke Nielsen og Ida Nissen webdesign I/S, og var meget kreativ. Han bad hende tage en 25 %'s ansættelse hos JP Hosting ApS og udvikle designsidens, så man kunne øge omsætning og indtjening. Ida, der holdt meget af sin bror, indvilligede i at hjælpe i en kortere periode på seks måneder. Hun gjorde arbejdet så godt, at en af Vibeke Nielsen og Ida Nissen webdesign I/S' kunder opsagde samarbejdet og blev kunde hos JP Hosting ApS, bl.a. fordi de var imponerede over de webdesign, de havde leveret, og som faktisk var udført af Ida. Da Vibeke til en familiefest hørte om ansættelsen, blev hun rasende og gjorde det klart for Ida, at hun efter hendes opfattelse havde brudt sine pligter som interessent. Da de seks måneder var ved at være gået, indvilligede Ida uden videre i at stoppe med det samme for at undgå uvenskab. Herefter fortsatte Ida og Vibeke deres samarbejde, men efter endnu et halvt år var faktum, at uvenskabet var en kendsgerning. Vibeke var netop i gang med at indgå en kontrakt med en helt ny stor kunde, som importerede vin. Vibeke, der var en stor kender af vin, fik bygget ind i aftalen, at firmaet hvert år skulle sende nogle prøveflasker af alle deres topvine, og at de skulle sendes til hende, da hun vidste mest om vin. Hun syntes i øvrigt, det var et rimeligt plaster på såret, når nu Ida efter hendes opfattelse havde bidraget til, at de havde tabt en stor kunde til JP Hosting ApS. Ida, som kendte en ansat hos vinfirmaet, fik under en frokost at vide, at planen var at sende ca. 25 flasker vin om året til Vibeke. Hun blev tosset og ringede til Vibeke og bad hende stoppe med at modtage vin privat. Vibeke, der var rasende på Ida, var dog ligeglad og fortsatte med at modtage vinen. Da Ida fandt ud af det, ringede hun til Vibeke og fortalte, at hun ville have hende smidt ud af interessentskabet. Vibeke svarede, at det havde hun ikke grundlag for, men derimod kunne hun få Ida smidt ud af interessentskabet.

6. Tag begrundet stilling til, om Vibeke kan få Ida ekskluderet af interessentskabet.

Ida driver konkurrerende virksomhed, hvilket er i strid med hendes loyalitetspligt som interessent. Ida har således væsentligt misligholdt interessentskabsforholdet, og Vibeke kan gøre sine

misligholdelsesbeføjelser gældende. Antageligt er der tale om en væsentlig misligholdelse, der kan føre eksklusion. Imidlertid vælger Vibeke at fortsætte samarbejdet og først mere end 6 måneder senere at ville gøre misligholdelsen gældende. Såfremt en interessent ønsker at gøre en misligholdelse gældende, skal det ske snarest mulig og den kan ikke "gemmes" til senere.

Vibeke kan ikke få Ida ekskluderet, uanset der er tale om en væsentlig misligholdelse, da Vibeke ikke straks har gjort forholdet gældende.

Selskabsformerne, s. 114 og s. 156.

7. Tag begrundet stilling til, om Ida kan få Vibeke ekskluderet.

Man kan diskutere, om det ikke er i strid med loyalitetspligten at få sådanne særfordele. Det er antageligt tilfældet jf. bogen s. 113. Der er således tale om en misligholdelse af selskabsforholdet, men det er næppe i første omgang en væsentlig misligholdelse, der kan begrunde umiddelbar eksklusion. Imidlertid advarer Ida om, at adfærden er uacceptabel og skal ophøre. Da det ikke sker, vil hun antageligt kunne få Vibeke ekskluderet.

Selskabsformerne, s. 113.

Samarbejdet var hårdt, og striden gik Ida på. Hun drøftede situationen med sin gode ven, Karl Lauersen, som hun havde lært at kende gennem virksomheden, da han var virksomhedens serviceleverandør. Han mente ikke, man skulle bruge livet på en strid, især ikke når hun kunne få job hos JP Hosting ApS. Enden på striden blev, at Ida meddelte, hun gerne ville udtræde. Da Vibeke havde en god veninde, Gurli Angardottir, der gerne ville indtræde i interessentskabet, blev aftalen, at Ida blev udløst af interessentskabet pr. 30. april 2012, og Gurli trådte ind pr. samme dato. Vibeke og Gurli ændrede i første omgang ikke navnet på interessentskabet, da de mente, at der var goodwill forbundet med navnet. Først da Ida kom hjem fra en udenlandsrejse i oktober 2012 og så, at de brugte hendes navn markedsføringsmæssigt og kontaktede dem, blev navnet ændret til "HomePage – webdesign I/S".

Lige efter at Gurli var indtrådt i interessentskabet, besluttede Vibeke og Gurli, at de måtte gøre sig mere konkurrencedygtige. De købte derfor nyt udstyr for kr. 300.000 hos leverandør Itsen, som havde leveret til Vibeke Nielsen og Ida Nissen webdesign I/S tidligere. Købesummen skulle afdrages med kr. 20.000 om måneden. Det viste sig dog snart, at Ida havde været en central person for virksomheden, for de begyndte at miste kunder, og indtjeningen faldt. De misligholdt derfor også betalingerne på IT-udstyret, og det endte med, at leverandør Itsen, efter i flere omgange at have rykket interessentskabet, sendte regningen til Vibeke og Ida personligt og bad dem betale. Vibeke ejede intet, mens Ida, som lige havde arvet en onkel, havde godt med penge. Hun nægtede dog at betale, da hun ikke var interessent, men ringede for en sikkerheds skyld til en god ven, der læste HA(jur.), for at høre, om der var nogen risiko for, at hun kom til at betale.

8. Tag begrundet stilling til, om Ida hæfter over for Itsen?

Hun hæfter som udgangspunkt ikke for krav opstået efter hendes udtræden, men i forhold til tredjemand, og særligt ved faste kontraktpartnere, hviler risikoen for, at han får kundskab om, at hun er udtrådt, på Ida. Da han har handlet med dem før, og navnet ikke er ændret, er der en reel risiko for, at Ida kommer til at hæfte i forhold til Itsen.

Selskabsformerne, s. 134f.

Som følge af de økonomiske problemer misligholdt interessentskabet også betaling af en serviceaftale hos Karl Laursen. Den kostede kr. 5.000 pr. måned. Den blev betalt bagud hver 6. måned, men regningen for perioden januar - juni 2012 blev ikke betalt. Da interessentskabet ikke betalte, sendte Karl Laursen, som selv var økonomisk presset, regningen til Gurli, Vibeke og Ida. Igen meddelte Ida, at hun ikke hæftede for gælden.

9. Tag begrundet stilling til Idas påstand

Endnu et hæftelsesspørgsmål. Her tyder fakta på, at Karl Lauersen godt vidste, at Ida er udtrådt, da de har diskuteret de problemer, der var i samarbejdet mellem Ida og Vibeke, og hendes muligheder for ansættelse i JP Hosting ApS.

Ida hæfter derfor ikke for den del af gælden, der hidrører fra perioden efter 30/4, men alene for den gæld, der er pådraget interessentskabet, inden hendes udtræden.

Selskabsformerne, s. 134f

Efter at være udtrådt af interessentskabet tog Ida ansættelse hos JP Hosting ApS. Den 15. november 2012 modtog hun et brev fra Vibeke, hvori der stod, at hun ville sagsøge Ida, da hun ikke mente, hun måtte drive konkurrerende virksomhed.

10. Tag begrundet stilling til, om Vibeke har ret i sin påstand.

Forbuddet mod at drive konkurrerende virksomhed ophører på det tidspunkt, hvor Ida udelukkes eller udtræder af interessentskabet.

Vibeke har derfor ikke ret i, at Ida ikke må drive konkurrerende virksomhed, da Ida er udtrådt af interessentskabet.

Selskabsformerne, s. 114