

Kammeradvokaten
Advokatfirmaet Poul Schmith

Att.: Morten Planthin

Andersen Partners
Advokatpartnerselskab

Jernbanegade 31
6000 Kolding

Telefon 76 22 22 22
Fax 76 22 22 23

mail@andersen-partners.dk
www.andersen-partners.dk

CVR-nr. 34 71 78 50

Anmeldelse af erstatningskrav i Tønder Bank A/S under konkurs på vegne af tegnere af Hybrid Kernekapital i 2009

25. juni 2013
Journalnr. 280392-AHV

I januar 2013 indgik Dansk Aktionærforening og kurator i Tønder Bank A/S under konkurs en aftale om, hvordan Tønder Bank A/S' investorer i hybrid kernekapital tegnet i 2009 kan få prøvet, om de har et erstatningskrav mod konkursboet. Investorerne er organiseret i Foreningen Tønderinvestor 2009 (herefter Foreningen). Pr. dags dato har Foreningen 90 medlemmer ud af det samlede antal på 308, der tegnede hybrid kernekapital (herefter HK 2009) i 2009.

Jon Stefansson
Advokat
Direkte 76 22 22 32
jst@andersen-partners.dk

Anne H. Vindt
Sekretær
Direkte 76 22 22 17
ahv@andersen-partners.dk

Herved anmeldes erstatningskrav på vegne Foreningen og Foreningens medlemmer. I det følgende redegøres for investorenes erstatningskrav mod konkursboet. Erstatningskravet skyldes i det væsentligste, at prospektet for udstedelsen af Kapitalbeviser i form af HK 2009 var behæftet med væsentlige mangler, der efter en samlet vurdering var af væsentlig betydning for bedømmelsen af Tønder Bank A/S.

1. Baggrund

I 2009 havde Tønder Bank A/S (nu Tønder Bank A/S under konkurs) et ønske om at styrke sin kapitalbase samt at hæve kernekapitalen og solvensprocenten. Derfor valgte Tønder Bank A/S den 6. november 2009 at udstede kapitalbeviser med ubestemt løbetid i form af hybrid kernekapital for op til 38 mio. kr. Tegningsperioden løb fra den 9. november 2009 til den 27. november 2009. Den 13. november 2009 udsendte Tønder Bank A/S en periodemeddelelse, hvoraf det fremgik, at bankens resultater var bedre end forventet. Den 20. november kunne Tønder Bank A/S derefter meddele, at banken havde lukket for yderligere tegninger, idet det maksimale tegningsbeløb på 38 mio. kr. var nået. Banken angav på dette tidspunkt, at udstedelsen af HK 2009 medførte, at banken øgede sin solvensprocent til 17,1 %. Den 28. januar 2010 afsagde Finanstilsynet en afgørelse, hvori Tønder Bank A/S fik en påtale for mangelfuld markedsføring af HK 2009, idet banken ikke havde oplyst om risici ved produktet.

Den 21. august 2012 meddelte Tønder Bank A/S, at banken ville udstede kapitalbeviser med ubestemt løbetid i form af hybrid kernekapital for op til 30 mio. kr. (herefter HK 2012). Tegningsperioden løb fra den 3. september 2012 til den 21. september 2012, og den 18. september kunne banken meddele, at man havde lukket for yderligere tegning, idet der var blevet tegnet for det maksimale beløb.

Den 2. november 2012 offentliggjorde Fondsrådet en afgørelse, hvorved Tønder Bank A/S blev pålagt at foretage yderligere nedskrivninger for omkring 320 mio.

kr. Samme dag offentliggjorde Finanstilsynet en afgørelse, hvorved Tønder Bank A/S blev pålagt et individuelt solvenskrav på 13,5 %, og banken fik indtil den 4. november 2012 til at opfylde solvenskravet.

Finanstilsynet offentliggjorde ligeledes den 2. november 2012 en undersøgelsesrapport angående Tønder Bank A/S' salg af HK 2012. Af rapporten fremgik det, at Finanstilsynet påtalte, at banken ikke systematisk havde dokumenteret, at kunderne havde den nødvendige erfaring og kendskab til kapitalbeviserne i forbindelse med, at banken ydede investeringsrådgivning om produktet. Endvidere fremgik det, at Tønder Bank A/S ikke systematisk sikrede sig, at kundernes investeringsprofil passede til investeringen i kapitalbeviserne, samt at det ikke systematisk fremgik, om der var ydet rådgivning på baggrund af kundens samlede formueforhold eller en afgrænset del heraf.

Den 2. november 2012 offentliggjorde Tønder Bank A/S, at Sydbank A/S overtog samtlige af bankens aktiver og passiver, og den 5. november 2012 blev Tønder Bank A/S taget under konkursbehandling.

På tidspunktet for Tønder Bank A/S' konkurs var kapitalbeviserne for HK 2009 som nævnt fordelt på 308 investorer.

2. Hybrid Kernekapital 2012

I overdragelsesaftalen mellem Sydbank A/S og Tønder Bank A/S fremgår det, at Sydbank A/S ikke skulle overtage Tønder Bank A/S' aktiekapital, hybride kernekapital og ansvarlige lånekapital.

Den 8. november 2012 offentliggjorde Sydbank imidlertid, at banken ville godtgøre tegnerne af HK 2012. I en pressemeddelelse udsendt af Sydbank A/S denne dato fremgår det, at Sydbank fik foretaget en ekstern advokatredøgørelse af prospektet for HK 2012. Det fremgår endvidere, at Sydbank A/S – på baggrund af advokatredøgørelsen – vurderede, at prospektet var mangelfuldt, og at manglerne havde haft en væsentlig betydning for investorernes bedømmelse af banken.

3. Hybrid Kernekapital 2009

Herved anmeldes på vegne Foreningen et krav, stort kr. 11.440.975 svarende til det samlede tegningsbeløb, som Foreningens 90 medlemmer indbetalte til Tønder Bank A/S i november 2009. En prøvelse af erstatningskravet for investorerne af HK 2009 vil tage udgangspunkt i en bedømmelse af reglerne om prospektansvar.

Det er således Foreningens opfattelse, at prospektet for udstedelse af HK 2009 indeholder mangler, der efter en samlet vurdering har været af væsentlig betydning for bedømmelsen af Tønder Bank A/S' økonomiske situation og for investorernes tegning af den hybride kernekapital.

Til støtte herfor anføres det, at Tønder Bank A/S' lovstridige mangel på nedskrivninger på bankens engagementer, som fastslået ved Finanstilsynets og

Fondborådet's afgørelser af 2. november 2012, også gjorde sig gældende på tids-punktet for udstedelsen af HK 2009.

Fondborådet udtalte ved sin afgørelse af 2. november 2012 følgende:

Det er Fondborådet's vurdering, at Tønder Bank A/S's halv-årsrapport for 1. halvår 2012 som minimum indeholder føl-gende fejl:

- *Tønder Bank A/S har på en række engagementer ikke konstateret, at der var objektiv indikation for værdiforringelse, jf. regnskabsbekendtgørelsen § 51 og 52 og har derfor ikke foretaget nedskrivningsbe-regninger og de fornødne nedskrivninger, dette måtte resultere i.*
- *Tønder Bank A/S har på en række engagementer ikke foretaget nedskrivninger i overensstemmelse med bestemmelserne i regnskabsbekendtgørelsens § 52.*
- *Tønder Bank A/S har for flere ejendomme ikke ned-justeret disse til dagsværdi i overensstemmelse med regnskabsbekendtgørelsens §§ 60 og 61, hvor det fremgår, at investeringsejendomme og domicil-ejendomme skal måles til dagsværdi.*

Den her refererede afgørelse er baseret på Finanstilsynets gennemgang af Tøn-der Bank A/S' 60 største engagementer. Ud af disse engagementer blev der konstateret et nedskrivningsbehov på 24 engagementer for et samlet beløb på 292,3 mio. kr.

Derudover udtalte Fondborådet, at *"det er sandsynligt, at værdiforringelserne af engagementerne er sket på et tidligere tidspunkt end det første halvår 2012, skal Fondborådet påbyde Tønder Bank A/S (...) at tage stilling til, på hvilket tids-punkt, der er indtruffet objektiv indikation for værdiforringelse".* Tønder Bank A/S har dog – Foreningen bekendt – ikke taget stilling til, hvornår der er indtruf-fet objektiv indikation for værdiforringelse (herefter OIV).

Foreningens opfattelse støttes også umiddelbart af Finanstilsynet og Fondborådet's afgørelser af den 2. november 2012. Ved Fondborådet's gennemgang af AA Kon-cernen i 2012 ses det således, at koncernen havde et engagement på 44,5 mio. kr. og blev påbudt nedskrivninger for 35,2 mio. kr. I henhold til en avisartikel

udgivet i Dagbladet Børsen den 7. november 2012, *Kriseselskaber bag store blancoåen*, er denne koncern ejet af Lars Schilling Jacobsen. Koncernen opstod efter, at A1 A/S (Jacobsen Publications A/S) købte aktiviteterne ud af Forlaget Ingelise A/S, der i 2010 gik konkurs med en betydelig gæld. På tidspunktet for udstedelsen af HK 2009 må forlaget således allerede have været i betydelige økonomiske problemer, og det er Foreningens opfattelse, at Tønder Bank A/S heller ikke på dette tidspunkt havde foretaget de af lovgivningen påkrævede nedskrivninger.

Dette gør sig ligeledes gældende i det af Fondsrådet gennemgåede engagement med DD ApS. Den ovenfor refererede artikel i Dagbladet Børsen har identificeret DD ApS som Teglværksbyen ApS. Størrelsen af Tønder Bank A/S' engagementets med Teglværksbyen ApS var i 2012 på 15,7 mio. kr., og heraf påbød Fondsrådet, at der skulle ske nedskrivninger for 13,3 mio. kr. Det er Foreningens opfattelse, at selskabets soliditet i 2009 var af en sådan karakter, at de pågældende nedskrivninger allerede på dette tidspunkt skulle have været foretaget. Dette støttes desuden af, at selskabet blev rekonstrueret i 2009.

Foreningen har imidlertid ikke adgang til Tønder Bank A/S' materiale om bankens engagementer. Det må derfor være op til kurator i konkursboet at foretage den nødvendige undersøgelse og vurdering heraf.

Når Foreningens opfattelse af ovenstående forhold sammenholdes med Tønder Bank A/S' offentliggjorte regnskabsoplysninger i halvårsrapporten for 1. halvår 2009 og i prospektet for udstedelse af HK 2009 ses det, at oplysningerne var misvisende i forhold til bankens faktiske økonomiske forhold i 2009.

I Tønder Bank A/S' halvårsrapport for 1. halvår 2009 fremgår det eksempelvis, at *"Tønder Bank har for 1. halvår 2009 realiseret et overskud før skat på 2,6 mio. kr. mod et overskud pr. 30.6.2008 på 2.5 mio. kr. Set i relation til den igangværende kreditkrise anes resultatet for acceptabelt. Ledelsen er især tilfreds med resultatet af den primære bankdrift, som er yderst tilfredsstillende"*. Derudover fremgår det, at Tønder Bank A/S kun havde nedskrivninger for 28 mio. kr. ud af en samlet udlånsp portefølje på 1,76 mia. kr. i det første halvår af finanskrisen. Hertil er det Foreningens opfattelse, at banken burde have konstateret OIV på et betydeligt større antal engagementer allerede på dette tidspunkt, hvorfor de foretagne nedskrivninger var mangelfulde og ikke gav et retvisende billede af bankens økonomi. Den igangværende kreditkrise var også i 2009 værre end i 2012.

Tønder Bank A/S tegner et tilsvarende mangelfuldt billede i prospektet for udstedelsen af HK 2009. Først og fremmest anfører banken følgende i relation til oplysningerne om kreditrisici:

Udsteder finder ikke, at der foreligger specifikke risici, der kan påvirke potentielle investorers interesse for Kapitalbeviserne.

Eksposeringen i landbrug, som pt. kan være en branche med risiko for tab, er for Udsteder forholdsvis lav. Ikke mindst i forhold til, at der i Udsteders primære markedsområde er forholdsvis mange landbrug. Udsteder har i øvrigt ikke konstateret tab på landbrugskunder i de seneste 20 år.

(...)

Ved en særlig gennemgang af kunderne i landbrugssektoren er det endvidere konstateret, at langt hovedparten er solvente.

Som fremhævet af banken var landbrug netop en sektor med behov for markante nedskrivninger. Det anføres i den forbindelse, at bankens oplysninger om, at banken ikke havde haft tab på landbrugskunder i 20 år, samt at størstedelen af bankens landbrugskunder var solvente, ikke var udtryk for engagementernes faktiske forhold, men derimod et udtryk for mangelfulde konstateringer af OIV og dertilhørende nedskrivninger.

Tønder Bank A/S oplyser endvidere vedrørende Trendoplysninger i prospektet for HK 2009:

Udsteder kan oplyse, at fremtidsudsigterne for Udsteder ikke er forværret siden offentliggørelsen af årsrapporten for 2008. Der henvises i øvrigt til halvårsrapporten for 1. januar – 30. juni 2009, hvoraf fremgår at Udsteder i forhold til årsrapporten har opskrevet sine resultatforventninger før kursreguleringer, nedskrivninger og skat med DKK 25.000.000,00.

Udsteder har ikke kendskab til tendenser, usikkerhed, krav, forpligtelser eller begivenheder, der kan forventes at få væsentlig indflydelse på Udsteders fremtidsudsigter.

Det anføres hertil, at disse oplysninger ikke var udtryk for den reelle finansielle situation for Tønder Bank A/S i 2009. Bankens iøjnefaldende fokus på opskrivningerne af resultatforventningerne var ikke retvisende, idet der skulle have været foretaget markante nedskrivninger på engagementerne. Havde Tønder Bank A/S fuldt lovgivningens krav til konstatering af OIV, ville banken ligeledes have haft kendskab til tendenser og usikkerheder, der ville have haft væsentlig indflydelse på investorernes vurdering af bankens fremtidsudsigter.

I relation til risikostyring af kreditrisici fremgår det af prospektet, at *"Udsteder betragter risikostyring som et væsentligt fokusområde. Ledelsen af de respektive forretningsområder er ansvarlig for styring af forretningsrisici. Regnskabsafdelingen er ansvarlig for intern kontrol"* og *"Ved hjælp af forretningsgange følger Udsteder løbende udviklingen i såvel enkeltengagementer som udlånsporteføljer samt risiciene på disse"*. Det er Foreningens opfattelse, at hverken ledelsens eller regnskabsafdelingens risikostyring i 2009 har været af en sådan kvalitet som investorerne med rette kunne forvente. Dette støttes generelt af det ovenfor anførte, samt af Finanstilsynets gennemgang af Tønder Bank A/S' engagementer og den dertilhørende kritik for mangelfuld risikostyring. I den forbindelse opfordres kurator i konkursboet til at undersøge og vurdere omfanget og kvaliteten af risikostyringen i 2009.

Af prospektet fremgår det ligeledes, at både Tønder Bank A/S og revisor konkluderede, at oplysningerne i prospektet var i overensstemmelse med bankens faktiske økonomiske forhold. Således skrev banken følgende:

Dette prospekt er udarbejdet af Udsteder. Vi erklærer herved, at vi har gjort vort bedste for at sikre, at oplysningerne i prospektet efter vores bedste vidende er i overensstemmelse med fakta, og at der ikke er udeladt oplysninger, som kan påvirke dets indhold.

Ligeledes skrev revisor:

I henhold til NASDAQ OMX Copenhagen A/S' regler skal vi herved bekræfte, at alle væsentlige forhold vedrørende Tønder Bank A/S, som er os bekendt, og som efter vor opfattelse kan påvirke vurderingen af Tønder Bank A/S' aktiver, passiver, finansielle stilling og resultat, som angivet i årsrapporterne for 2007 og 2008 samt i halvårsrapporten for 2009, herunder sammenligningstal for 2008 er indeholdt i prospektet.

På baggrund af det ovenfor anførte vedrørende prospektets fejl og mangler er det Foreningens opfattelse, at bankens og revisors konklusioner er mangelfulde. Tegning af HK 2009 på baggrund af prospektet er som følge heraf ugyldigt, og derfor har Foreningen et krav mod Tønder Bank under konkurs, der juridisk må rubriceres som et simpelt krav efter konkurslovens § 97.

I overensstemmelse med det anførte er det således Foreningens samlede opfattelse, at Tønder Bank A/S skulle have foretaget nedskrivninger på en betydelig del af sine engagementer forinden udstedelsen af HK 2009. Som konsekvens af de manglende nedskrivninger er det Foreningens opfattelse, at halvårsrapporten for 1. halvår 2009 samt prospektet for HK 2009 var behæftet med væsentlige mangler. Kurator opfordres derfor til at undersøge omfanget af Tønder Bank A/S' mangelfulde nedskrivninger i bankens halvårsrapport for 1. halvår 2009 samt rigtigheden af prospektets oplysninger om Tønder Bank A/S' kapitalforhold og konklusioner med henblik på verificering af dette forhold.

Det er endvidere Foreningens opfattelse, at Tønder Bank A/S' generelle rådgivning til investorerne af kapitalbeviser i form af HK 2009 har været mangelfuld. Med Finanstilsynets rapport om "*Tønder Bank A/S' salg af kapitalbeviser i form af Hybrid Kernekapital 2012*" af den 2. november 2012 gav tilsynet Tønder Bank A/S en påtale for mangelfuld rådgivning i forbindelse med HK 2012. Påtalen rettede sig dels mod kundernes erfaring og kendskab til kapitalbeviserne, jf. investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16, stk. 2, nr. 3, og dels mod uoverensstemmelser mellem kundernes risikoprofiler og investeringsporteføljer efter investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16, stk. 2.

Det gøres således gældende, at disse mangler på tilsvarende vis var til stede i forbindelse med Tønder Bank A/S' udstedelse af HK 2009. Kurator anmodes derfor om at undersøge og vurdere omfanget af Tønder Bank A/S' kortlægning af kundernes egnethed til investeringsproduktet samt sammenhængen mellem kundernes risikoprofiler og investeringsporteføljer. Det er endvidere Foreningens opfattelse, at Tønder Bank A/S ikke i tilstrækkeligt omfang rådgav investorerne i HK 2009 om risici forbundet med investeringen i kapitalbeviserne. Dette støttes af Finanstilsynets afgørelse af den 28. januar 2010, hvor tilsynet netop påtalte overfor Tønder Bank A/S, at banken ikke havde oplyst om risici ved investering i HK 2009. Allerede af den grund kan kurator lægge til grund, at der var betydelige mangler vedrørende den generelle rådgivning fra Tønder Bank A/S' side i 2009.

Konklusion

På baggrund af det ovenfor anførte er det Foreningens opfattelse, at Tønder Bank A/S ikke forinden udstedelsen af HK 2009 havde foretaget de af loven påkrævede nedskrivninger. Som en følge heraf var bankens regnskabsoplysninger i halvårsrapporten for 1. halvår 2009 ikke korrekte og decideret misvisende for potentielle investorer, ligesom prospektet for HK 2009 var behæftet med væsentlige mangler, som gør prospektet og tegningen ugyldig.

Kurator anmodes således i den forbindelse om at undersøge og vurdere følgende forhold:

1. Tønder Bank A/S' nedskrivninger forinden udstedelsen af HK 2009.
2. Rigtigheden af prospektet for HK 2009's oplysninger om kapitalforhold, risikooplysninger samt de af banken og revisor foretagne konklusioner.
3. Bankens generelle rådgivning, herunder udarbejdelse af egnethedstest efter investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16, stk. 2.

Ved nærværende brev anmeldes således et erstatningskrav i henhold til konkurslovens § 97 på kr. 11.440.975 som følge af ovennævnte synspunkter. Hertil skal – da der er tale om et erstatningskrav – tillægges manglende forrentning af det tegnede beløb.

Jeg skal venligst anmode om bekræftelse på modtagelse af nærværende anmeldelse og står til rådighed for en uddybning af fremsendte.

Med venlig hilsen



Jon Stefánsson