

19. maj | 2016

Inhabet i bestyrelsen

Berit Kirstine Olesen - Studienummer 20133115

Speciale på Cand. Merc. Aud studiet

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	4
1.1	Summary	4
1.2	Forord	8
1.3	Problemformulering	9
1.4	Afgrænsning	9
1.5	Metode	10
2	Inhabilitet i selskabsloven	12
2.1	Inhabilitet i selskabsloven § 131	12
2.1.1	"Medlem af ledelsen"	12
2.1.2	"Deltage i behandlingen"	13
2.1.3	"Aftaler" og "Søgsmål"	14
2.1.3.1	"Aftaler mellem kapitalselskabet og pågældende selv"	15
2.1.3.2	"Søgsmål mod pågældende selv"	17
2.1.3.3	"Aftale mellem kapitalselskabet og tredjemand"	18
2.1.3.4	"Søgsmål mod tredjemand"	19
2.1.4	"Væsentlig interesse, - der kan være stridende mod selskabets"	20
2.2	Opsamling inhabilitet i selskabsloven	22
2.3	Perspektivering af inhabilitet i selskabsloven	24
2.3.1	Bestyrelsesmedlemmets opgaver og kompetencer kontra risiko for inhabilitet	24
2.3.2	Frygten for at begå fejl	25
3	Håndtering af en situation med inhabilitet	25
3.1	Håndtering af inhabilitet	25
3.1.1	Inhabilitet har forrang for vedtægter	26
3.1.2	Bestyrelsens bortfald af beslutningsdygtighed jf. SL § 124, pga. inhabilitet	26
3.1.3	Bestyrelsesmedlemmet inhabilitet som kapitalejer på generalforsamlingen, jf. SL § 86	27
3.1.4	Utilbørlige dispositioner jf. SL § 127	30
3.1.5	Det inhabile bestyrelsesmedlems udtræden	31
3.2	Hvem beslutter inhabilitet?	31
3.3	Opsamling på håndtering af en situation med inhabilitet	33
3.4	Perspektivering af håndtering af en situation med inhabilitet	34
3.4.1	Inhabilitet i 100 % ejede datterselskaber	34
4	Inhabilitet i Soft law	35
4.1	Corporate governance	35
4.1.1	Corporate governance i OECD	36
4.1.2	God selskabsledelse i Danmark	38
4.2	Opsamling på inhabilitet i Soft law	39
5	Inhabilitet i EU-retten	41
5.1	Kommissionens henstilling 2005/162/EF	41
5.2	Opsamling på inhabilitet i EU-retten	42
6	Inhabilitet contra uafhængighed	43
6.1	Forskellen på inhabilitet og uafhængighed	43
6.2	Uafhængighed contra inhabilitet	45
6.3	Uafhængighed som soft law, kontra inhabilitet som lov	46
6.4	Opsamling på uafhængighed	47
6.5	Perspektivering om uafhængighed contra inhabilitet	48
6.5.1	Lovbestemt inhabilitet contra frivillig uafhængig	48
6.5.2	Det uafhængige bestyrelsesmedlems kompetencer set i forhold til inhabilitet	48

7	Selskabsinteressen	51
7.1	Hvad dækker begrebet "selskabets interesse" over.....	51
7.2	Agent-principal teorien.....	51
7.3	Shareholder-value kontra stakeholder-value.....	52
7.4	Loyalitetspligten	54
7.5	Opsamling på selskabsinteressen.....	55
7.6	Perspektivering af selskabsinteressen	56
7.6.1	<i>Beskyttelse af bestyrelsesmedlemmet.....</i>	<i>56</i>
8	Sanktion ved omgåelse af inhabilitet	57
8.1	Deltager i behandling i strid med loven	57
8.2	Erstatningspligt.....	58
8.2.1	<i>Culpa</i>	<i>59</i>
8.2.2	<i>Tab</i>	<i>61</i>
8.2.3	<i>Årsagssammenhæng.....</i>	<i>62</i>
8.2.4	<i>Egen skyld, medvirken eller accept af risiko.....</i>	<i>63</i>
8.3	Lempelse	63
8.4	Solidarisk ansvar.....	65
8.5	Opsamling på sanktion ved omgåelse af inhabilitet.....	66
9	Konklusion	67

1 Indledning

1.1 Summary

Company law (SL) § 131 deals with disqualification in regard to the management in capital companies, including Directors, Management and Supervisory Boards. However, only disqualification in relation to the board is discussed in this paper.

As described in the provision, disqualification treated by SL § 131 relates to agreements and actions between the member himself and the company, or between third parties and the company. In the latter situation, this will result in disqualification and only in the case when the Director has a substantial interest in the matter, and this is in conflict with the company.

The board member may not participate in the deliberations, studies or decision-making. However, it does make good sense that the board member explains his relations to the case and it must therefore be interpreted that the member must present this. The essential point/matter is that the board member does not get the opportunity to influence decision-making. The Board member must therefore leave the room as soon as he has presented relevant facts.

As a general rule, all kinds of agreements and action are covered by the provision. However, there are a number of situations in which the member can participate. This e.g. in relation to voting for himself for the Board or to participate in the treatment of general conditions, as well as in the financial situation of the company, even if the member is an investor. However, the board member cannot participate in e.g. specific agreements on the member's own employment. The board member must also pay attention to the provision, when dealing with contracts of purchase and sale if the member participates as one of the parties. This is however, with the exception that the board member is allowed to participate if trading takes place on ordinary terms. Whether the board member is disqualified in a given case will depend on a specific assessment of the facts. However, disqualification may occur between the board member and the company, solely on the basis of the parties' relationship to each other. Disqualification in case between the third party and the Company depends on whether the board member has a substantial interest that give reasonable doubts about whether the board member can carry the company's interest.

According to SL § 131 the framework for disqualification is not set by the tasks of the board member. But still they indirectly influence the risk of the occurrence of disqualification. There is an increasing demand

for skilled board members. Finding the right board can be critical to a company's ability to survive and create value. The Board member must be able to understand the often complex global markets for the company, and take concrete and often quick decisions. Requirements to the board member are such as insight and preferably experience from the industry and from similar duties. In relation to disqualification, it is essential that the member understands and manages that he or she cannot let his or her interests in other companies or in the industry in general, affect the board members decision-making.

If one or more of the board members are disqualified, it may happen that the board can no longer obtain the required unanimous agreement written in the statutes. However, disqualification overrides the requirement for a unanimous agreement. The result of conflicts of interest may lead to the Management Board no longer having a quorum. The result of this may lead to the decision being escalated to the general meeting. This may lead to a different kind of disqualification. Company Law SL § 108 is a General clause describing that no shareholders or other parts can have an unfair advantage over other shareholders or at the company's expense. So the member can still not participate in a case where there is an unfair transfer of wealth. Company law SL § 86 must also be taken into account. This provision describes that a shareholder or substitute for shareholder, cannot vote at general meetings if the shareholder has a substantial interest, contrary to the company. SL § 86 is limited to actions and responsibility of the shareholders. Also, the shareholder is only prohibited from participating in the vote. Not in discussion as such. Finally, company law SL § 127 describes that generally the board member cannot dispose in such way that it procures some shareholders or other parts an unfair advantage on the expense of other capital owners or the company. This applies whether this is in the board or at the general meeting.

It will be the other board members and primarily the chairman who decide whether there is a case of disqualification. At the general meeting it will be the chairman. In the minute book, and in addition, in others form of documentation, it can be wise to document that a situation of disqualification, has been taken care of.

In the situation of a subsidiary being owned 100 % by a parent company, it can be discussed whether it is relevant to talk about disqualification. This is due to the same shareholders interest to be undertaken by both the parent and the subsidiary.

So-called soft law also describes how management should act. This is in the form of guidelines and recommendations etc. Under the auspices OECD work with the OECD Principles of Corporate Governance is

ongoing, specifying that the board must act in good faith and with care and concern for the company and the shareholders. In its recommendations to the Board The Danish Committee on Corporate Governance writes, that the Management Board must protect the shareholders' interests with care and due consideration of the other stakeholders. The board should be composed in a way that it can always act independently of special interests. The EU Commission Recommendation 2005/162 / EC does not mention disqualification as a concept, but instead that the board should exercise independence in decisions' and treatments. Board member shall not seek an unfair advantage.

Neither OECD, EU or the Committee for Corporate Governance use the concept of disqualification. Instead, being independent and being able to act independently of special interests is set equally. However, this may not be entirely correct. Independence is a more static relationship between the board member and the company, while disqualification is a temporary and transient condition, required by Company law. However SL § 111 do state that the majority of board members cannot be directors, and the directors cannot be chairman or vice chairman. If law also required a certain number of independent board members, it would not necessarily be beneficial for the company. The company should have the freedom to find the most qualified members for the board. This aspect is also described in the European Commission Green paper, from 2011. The challenge is not necessarily the relationship between the board member and the company, but the board member's ability to make decisions in the company and not in own-interest.

Central to being disqualified or not, is the ability to be able to maintain the company's interest. From a shareholder value perspective, the company's interest is the shareholder's interest. However, the trend is that other interests than shareholders are also taken into account. In the general clause, the concept of "other people" is mentioned. Also the auspices of the OECD Committee on Corporate Governance and the EU, indicate the wording "other stakeholders". This makes the company's interest a larger and more heterogeneous quantity. Ultimately, the purpose of safeguarding the Company's interest is to create value for the company, by rewarding relationships with both suppliers, municipalities, government, customers, shareholders, etc. This will create the most value for the customer, and thus for the shareholder.

For now, we have only talked about disqualification in regard to the company's interest. But there might also be a second aspect. To be disqualified does not equal being a dishonest man. There is nothing dangerous or criminal in being disqualified if it is treated properly. Company law is also a guidance to the board member to avoid it ending up in a situation where this can be accused of dishonest behavior.

If a board member is disqualified, and aware of this, too, but does not comply to the law, a decision can be invalid. Danish law must govern decisions on disqualification. If there is at fault, including deliberance or negligence, there may be a liability. The loss should be measured, and the action made, should be directly related to the loss. The board member should also be able to anticipate that action would result in the loss. When assessing what the member knew or should have known, the norm for board members' qualifications and skills come into play, and likewise for correct behavior. If the board, however, approved the decision, knowing about the disqualification, this may reduce or void the claim. This also applies if the degree of fault, damage and the circumstances in general can be eased. If there are several board members have violated the rules of disqualification, and these all sentenced liability, they are jointly responsible.

1.2 Forord

Den finansielle krise har haft store konsekvenser for mange mennesker. Virksomheder er gået konkurs, banker kunne ikke låne ud, og mange har mistet deres job¹. En før tryk tilværelse var nu præget af usikkerhed om fremtiden. Dette satte også sit præg på finansmarkedet. De mange konkurser under krisen affødte usikkerhed omkring investering i selskaber, hvilket medførte, at der i dag stilles stadig større krav til selskabsledelsen i et kapital-selskab. At investere i et selskab vil altid være forbundet med en vis risiko, men aktionærer og andre interessenter stiller sig mere kritiske efter krisen. Et veldrevet selskab, med en kompetent og professionel ledelse, udgør alt andet lige en reduceret risiko ved investering².

Ofte vil en investor se selskabets årsrapport som et værktøj til at vurdere selskabets økonomiske tilstand. Men sager som svindel i IT-factory og GN Store Nord bevidner, at et umiddelbart godt regnskab ikke nødvendigvis tegner et sandt billede af virkeligheden og et sundt selskab³. Det er derfor væsentligt for en virksomhed, der vil tiltrække investorer, at denne også fokuserer på værdien i at skabe tillid til selskabet generelt. Blandt andet ved at skabe tillid til ledelsen. I relation hertil høres begrebet corporate governance, eller på dansk, god selskabsledelse, omtalt. Begrebet dækker over en række anbefalinger for god selskabsledelse, der netop skal være med til at understøtte ledelsen i sit arbejde, ved at sætte fokus på bestyrelseskulturen. Anbefalingerne skal derved være med til at skabe tillid til selskabet, og tiltrække investorer⁴.

Retningslinjerne for god selskabsledelse der er beskrevet af Komiteen for god selskabsledelse, skal ses som et supplement til Selskabsloven (SL), der konkret beskriver henholdsvis bestyrelsens, tilsynsrådets, og direktionens opgaver⁵. Anbefalingerne er primært målrettet noterede selskaber, men de er et værdifuldt værktøj for alle selskaber⁶. Anbefalingerne omhandler blandt andet bestyrelsens opgaver og ansvar, herunder at det er afgørende at bestyrelsen kan varetage selskabets interesse. Bestyrelsens opgaver er ligeledes beskrevet i SL. Og anbefalingerne beskriver ligeledes ønsker til bestyrelsens sammensætning, herunder ønsker til bestyrelsens uafhængighed, således at denne kan handle uafhængigt af særinteresser. Mens anbefalingerne omhandler uafhængighed, omtaler SL imidlertid inhabilitet, som ikke uddybes eller

¹ <http://www.dr.dk/skole/Samfundsfag/Oekonomi/Finanskrise/Finanskrise.htm>

² http://ledelse.borsen.dk/article/view/127/anbefalinger_for_god_selskabsledelse.html

³ <http://politiken.dk/oekonomi/ECE605619/it-factory-svindel-for-en-halv-milliard/> & <http://www.business.dk/digital/anklage-om-svindel-skygger-for-gns-regnskab>

⁴ <https://corporategovernance.dk> & Rapporten "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark", s 5 og 13

⁵ SL §§ 115-117

⁶ "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark", s 13

beskrives i anbefalingerne. Det konkrete ansvarsområde for ledelsen, er altså forholdsvis klart og tydeligt beskrevet i såvel SL som anbefalingerne. Mens begrebet inhabilitet synes mere uklart. Men hvad står der egentlig står i selskabsloven om inhabilitet og hvordan dette kan omsættes til praksis. Det er det, der søges besvaret i denne opgave.

1.3 Problemformulering

Emnet for denne opgave er som nævnt:

Inhabilitet i bestyrelsen

Herunder ønskes følgende spørgsmål besvaret:

- Hvem kan være inhabil og i hvilke situationer?
- Hvordan bør en situationen med inhabilitet håndteres?
- Hvem beslutter, at der er tale om inhabilitet?
- Er inhabilitet kun et dansk anvendt begreb angivet i selskabsloven, eller behandles det også i Soft law?
- Er inhabilitet indarbejdet i EU-ret?
- Hvad er forskellen på inhabilitet og uafhængighed?
- Hvis interesse er det, der skal beskyttes?
- Hvad er sanktionerne, hvis et bestyrelsesmedlem tilsidesætter sin inhabilitet?

1.4 Afgrænsning

Hovedsigtet for emnet er dansk registrerede kapitalselskaber, som følger selskabsloven. Dette omfatter også selskaber, der har aktier optaget til handel på et reguleret marked. Der adskilles ikke mellem noterede og unoterede selskaber, da kravene til bestyrelsen i henhold til dansk lovgivning er den samme. Dog er der en række anbefalinger om god selskabsledelse målrettet noterede selskaber, som bidrager med yderligere perspektiv i forhold til disse selskaber. Disse er beskrevet i særskilt afsnit. Det skal bemærkes, at opgaven ikke behandler særregler for kapitalselskaber opfattet af lov om finansiel virksomhed. Hovedsigtet er det typiske danske kapitalselskab.

Kapitalselskaber omfatter jf. SL § 1 såvel aktie- som anpartsselskaber, og der er ikke forskel i krav til inhabilitet, om det er et aktie eller et anpartsselskab.

De beskrevne bestemmelser omfatter begge selskabsformer. Ledelsesstrukturen kan antage forskellig form for de to selskabsformer, jf. SL §§§ 111, 115 og 117, men inhabilitet kan ramme alle selskabsorganer, såvel direktion, bestyrelse og tilsynsråd. For at afgrænse denne opgave vil emnet imidlertid være bestyrelsen i aktieselskaber med såvel direktion som bestyrelse. Altså bestyrelsen i den en-strengede ledelsesmodel. Valget beror på, at det især er medlemmer af dette organ, der kan påvirke beslutningsprocessen, og der kan have afgørende indflydelse på økonomiske og strategiske beslutninger.

Som anført i SL § 140 har medarbejdere i selskaber, der de sidste tre år har haft mindst 35 medarbejdere ansat, ret til at vælge et antal medarbejdere til selskabets øverste ledelsesorgan. Enten til bestyrelsen når der er en sådan, og ellers til direktionen. Der ses bort fra selskaber, der har valgt modellen med tilsynsråd som nævnt ovenfor. Der er ikke andre krav til medarbejderrepræsentantens inhabilitet end til de resterende bestyrelsesmedlemmer, og disse behandles derfor ikke særskilt i opgaven.

I relationen til det at være bestyrelsesmedlem og arbejde i selskabet interesse, nævnes begrebet uafhængighed også. Dette begreb vil derfor også kort blive beskrevet, og hvorledes dette relaterer sig til inhabilitet.

Opgaven vil også behandle sanktioner i forbindelse med overtrædelse af reglerne om inhabilitet. Herunder vil kun de erstatningsretlige regler blive gennemgået. Da dette ikke er en opgave omhandlende de erstatningsretlige regler for ledelsesorganer, vil emnet blive behandlet relativt kortfattet. Herunder vil de særlige regler omkring bestyrelsesmedlemmers eventuelle ansvarsforsikring ikke blive gennemgået, og emnet vil kun blive behandlet med tilknytning til medlemmer af bestyrelsen. Slutteligt skal det nævnes, at det kun er de danske regler for bestyrelsesmedlemmer i danske selskaber, der beskrives.

Der vil bevidst ikke blive draget paralleller til inhabilitet i Forvaltningsloven (FL), for at afgrænse opgaven. Det vurderes en analyse af FL bestemmelser i forhold til SL, vil blive for omfattende.

1.5 Metode

Emnet i opgaven vil blive behandlet efter den retsdogmatiske metode. Dette betyder, at emnet beskrives, systematiseres, behandles og analyseres ved anvendelse af de relevante retskilder indenfor gældende ret, som lovgivere, domstole, jurister m.fl. normalvis løser juridiske problemstillinger ud fra. Herunder vil der ske en behandling af emnet på baggrund af retskilderne; regulering/lov, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur. Der vil ligeledes blive inddraget kilder fra henholdsvis soft law, EU-retten og OECD anbefalinger.

Formålet er at beskrive, fortolke og analysere emnet ud fra gældende ret og andre kilder⁷. Under love vil såvel egentlig lovgivning som lovens forarbejder blive inddraget, og det vil primært være lovgivning samt artikler, anbefalinger og domme, der vil ligge til grundlag for besvarelsen.

Retsområdet for dette speciale er privatretten, herunder obligationsretten. Altså den del af retsområderne der omhandler lovgivning, der regulerer forhold mellem private parter og private virksomheder. Herunder speciel del af obligationsretten, hvor selskabsretten hører under⁸. Opgaven vil konkret tage udgangspunkt i SL § 131, men også inddrage andre relevante bestemmelser. Der vil ligeledes blive inddraget internationale kilder, herunder EU-retten og OECD. Anvendelsen af kilderne er begrænset til det der har relevans for opgaven. Der lægges herunder vægt på de kilder, der beskriver noget om bestyrelsesmedlemmets virke og ansvar.

Ved beskrivelsen af inhabilitet i forhold til selskabsloven, vil primært selve bestemmelsen samt domme og kendelser blive gennemgået. Herunder vil en række udvalgte domme blive beskrevet i forhold til enkeltdele af bestemmelsen. Et antal af dommene og kendelserne vil stamme tilbage fra den dagældende aktieselskabslov. Selskabsloven erstattede de tidligere to separate love for henholdsvis anpartsselskaber og aktieselskaber. Målet var en fuldstændig gennemarbejdning af de eksisterende selskabslove. Arbejdet blev opdelt i en række temaer, herunder blandt andet også en gennemgang af forhold vedrørende ledelsens ansvar. Dette vedrørte derfor også forholdet omkring selskabsledelsens inhabilitet⁹. Selvom dette arbejde er 10 år gammelt, og refererede til de dagældende love om henholdsvis aktie- og anpartsselskaber, omfattede det en stadig interessant og gældende perspektivering af reglerne omkring inhabilitet i selskabsledelse. Ordlyden i de dagældende love var ens ordlyden i den nugældende selskabslov¹⁰. Da inhabilitet var en bestemmelse i den tidligere aktieselskabslov på lige fod med den nugældende selskabslov, kan domme og kendelser med reference til denne derfor anvendes fuldt ud.

Fremgangsmåden for behandling af problemformuleringen, vil tage udgangspunkt en række arbejdsspørgsmål. Herunder vil første afsnit indeholde en nedbrydning og analyse af relevante centrale begreber i bestemmelser i selskabsloven, med reference til aktuelle domme. I tilknytning til inhabilitet i dansk lovgivning, vil også OECD og dansk soft law blive beskrevet, ligesom EU-regulering vil blive berørt. Herefter vil inhabilitet kontra uafhængighed, og dernæst begrebet selskabsinteressen, blive gennemgået.

⁷ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteori, s 30, 34-35, 56, 444, 484-485, 501-502

⁸ Lone L. Hansen & Erik Werlauff, Den juridiske metode, s 37-39.

⁹ Publikation Modernisering af selskabsretten, Erhvervs- og selskabsstyrelsen, 2008, s 15-17

¹⁰ Publikationen, Modernisering af selskabsretten, Økonomi- og erhvervsministeriet

Slutteligt vil sanktioner ved omgåelse af inhabilitet blive beskrevet, herunder kort de erstatningsretlige regler. Hvor et afsnit har givet anledning til perspektivering, vil denne følge lige efter opsamling af indholdet i afsnittet. Slutteligt vil opgaven blive rundet af med en konklusion, der samler op på og besvarer, arbejdsopgørelserne.

2 Inhabilitet i selskabsloven

Dette afsnit vil søge at besvare følgende arbejdsopgørelse; Hvem kan være inhabil og i hvilke situationer? Dette vil ske ved at nedbryde SL § 131 i centrale delbegreber, og gennemgå hvad der ligger i disse. I tilknytning til dette, vil en række relevante domme og kendelser blive inddraget.

2.1 Inhabilitet i selskabsloven § 131

Begrebet inhabilitet stammer selskabsretligt tilbage til Aktieselskabslovens § 58. Bestemmelsen blev indført for at fastlægge, hvornår et ledelsesmedlem ville være inhabil i behandling af en sag¹¹. Med samlingen af aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven i selskabsloven, førtes inhabilitet med over i den nu gældende § 131. SL § 131 lyder som følger¹²:

”Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem kapital-selskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem kapital-selskabet og tredjemand eller om søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapital-selskabets.”

Loven indeholder følgende centrale begreber:

2.1.1 ”Medlem af ledelsen”

Dette begreb dækker over hvem, der er omfattet af reglerne om inhabilitet. Altså for hvem, der kan indtræde inhabilitet jfr. SL § 131.

Som nævnt tidligere kan et kapital-selskab vælge mellem to ledelsesstrukturer, og ledelsen består herunder af henholdsvis direktion, bestyrelse eller tilsynsråd, afhængig af valgt ledelsesmodel. At det er medlemmer af ledelsen, der er omfattet af SL § 131, omfatter altså medlemmer af henholdsvis direktion, bestyrelse eller tilsynsråd.

¹¹ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437.

¹² Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 131

Som nævnt under afsnittet afgrænsning vil inhabilitet i denne opgave imidlertid kun blive behandlet i forhold til aktieselskaber med den en-strengede ledelsesmodel. Altså en direktion og en bestyrelse, hvor opgaven som tidligere nævnt, kun vil beskæftige sig med bestyrelsen.

2.1.2 "Deltage i behandlingen"

At deltage i behandling er et vidt begreb, og er derfor aktuelt at afgrænse i forhold til, i hvilke konkrete situationer et bestyrelsesmedlem er inhabilt. Der fremgår ikke konkret af bestemmelsen, hvad der menes med at behandle. Men i sin egentlige definition, betyder det at behandle, i relation til administrative opgaver, ikke kun at beslutte, men i det hele taget at beskæftige sig med, overveje, undersøge og træffe afgørelse omkring¹³. Ser man på beskrivelsen af bestyrelsens opgaver i afsnittet ovenfor, vil behandling dække over både det at kontrollere/tilsikre, diskutere, vejlede og beslutte. Mens bestyrelsen også skal behandle emner med det formål at træffe egentlige strategiske ledelsesbeslutninger. Behandling omfatter altså ikke kun situationer, hvor målet er at besluttet noget. Det omfatter også deltagelse i generel drøftelse om et emne¹⁴.

Af forarbejderne til loven fremgår det, at ordlyden skal forstås således, at bestyrelsesmedlemmet ikke kun er afskåret fra at deltage i afstemning men også i behandling. Om behandling herunder omfatter al beskæftigelse med spørgsmålet overhoved, er ikke klart beskrevet. At bestyrelsesmedlemmet slet ikke må fremlægge forhold i sagen, vil i praksis ikke nødvendigvis være fordelagtigt, da vedkommende kan have relevante oplysninger, der kan belyse forholdet. Men det må tolkes af bestemmelsen, at bestyrelsesmedlemmet ikke må medvirke på en sådan måde, at det vil kunne påvirke andre bestyrelsesmedlemmer til at træffe en given beslutning. Dette betyder i praksis, at bestyrelsesmedlemmet må forlade lokalet under drøftelse og afstemning. Udfordringen her kan være at kunne skelne mellem, hvornår der er tale om fremlæggelse af sagens forhold, som bestyrelsesmedlemmet gerne må medvirke til, og hvornår der er tale om diskussion og drøftelse, som bestyrelsesmedlemmet ikke må medvirke til. Men det står ikke klart beskrevet i bestemmelsen, og vil bero på en konkret iagttagelse af de enkelte medlemmer i ledelsesorganet¹⁵.

Et eksempel på hvornår en række bestyrelsesmedlemmer må forlade lokalet, ses af nedenstående kendelse. Kendelsen vedrører forhold i en sparekasse tilbage, da den tidligere Aktieselskabslov var gældende:

¹³ Ordbog over det danske sprog, ordnet.dk

¹⁴ Bestyrelsens arbejde og ansvar, Erik Werlauff, s 98 & Modernisering af selskabsretten, Erhvervsstyrelsen, s 919

¹⁵ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

Spørgsmål om inhabilitet i forbindelse med långivning til et af en sparekasse delvist ejet selskab.

Leasingselskabet A A/S ejes i fællesskab ligeligt af sparekasse K og to andre sparekasse. Bestyrelsen i A A/S består af 7 medlemmer, hvoraf der er en repræsentant fra hver af sparekasserne, og ligeledes en direktør fra hver af sparekasserne. K ser ikke noget problem i, at K repræsentanter i bestyrelsen for A A/S, fuldt ud kan deltage i behandling af lån til leasingselskabet.

Imidlertid meddeler Finanstilsynet sparekassen, at de to bestyrelsesmedlemmer skal forlade lokalet. Finanstilsynet lægger til grund for deres afgørelse, at bestyrelsen fortsat vil være beslutningsdygtige, selvom de to medlemmer forlader lokalet. Ledelsesmedlemmer må ikke udnytte deres position i et pengeinstitut til at skaffe sig uretmæssige kreditter, og der er derfor skærpede krav i disse situationer. Begrundelsen er, at § 58 i aktieselskabsloven er en generel selskabsretlig grundregel, som ikke kun finder anvendelse for.

Det at behandle dækker altså over det blot at drøfte et emne til det at træffe en egentlig beslutning. Det brede spektrum medfører, at bestyrelsesmedlemmet kan være inhabilt, så snart et emne tages op til drøftelse, uanset om vedkommende medvirker i beslutningen om, hvad udkommet af drøftelsen skal være. Dette betyder reelt, at det inhabile bestyrelsesmedlem ikke må deltage i hverken drøftelse eller beslutning. Men bestyrelsesmedlemmet må gerne og vil formentlig ofte blive bedt om at redegøre for vedkommendes relation til emnet, og dermed hvilke forhold der medvirker til, at der er optræder inhabilitet¹⁶. I praksis vil et bestyrelsesmedlem ofte være til stede under de første drøftelser af et emne, men det afgørende vil være, at vedkommende ikke har haft mulighed for at påvirke beslutningen og de andre bestyrelsesmedlemmer. Hvorfor bestyrelsesmedlemmet aldrig må være til stede under de afgørende drøftelser og beslutningen¹⁷.

2.1.3 "Aftaler" og "Søgsmål"

Bestemmelsen er opdelt på to forhold. Det første led omhandler inhabilitet mellem bestyrelsesmedlemmet selv og selskabet direkte. Det andet led omhandler inhabilitet mellem selskabet og tredjemand, hvor bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse, der strider mod selskabet.

¹⁶ Modernisering af selskabsretten, Erhvervsstyrelsen, s 919

¹⁷ Selskabsret, Erik Werlauff, s 544

For hver af disse to led, kan inhabilitet knytte sig til henholdsvis aftaler og søgsmål. De fire forhold, der nævnes i lovteksten, herunder aftaler og søgsmål i forhold til henholdsvis bestyrelsesmedlemmet selv samt aftaler og søgsmål i forhold til tredjemand, er beskrevet nedenfor.

2.1.3.1 "Aftaler mellem kapitalselskabet og pågældende selv"

Bestemmelse omfatter ikke alle forhold, der vedrører aftaler mellem kapitalselskabet og pågældende selv. Med aftaler menes både enkeltstående og flere på hinanden følgende aftaler, og det er ikke kun indgåelsen, men også den efterfølgende administration af aftalen der er omfattet af bestemmelsen¹⁸.

Der er en række situationer, hvor der ikke vil være tale om inhabilitet, selvom det er en aftale mellem kapitalselskabet og det pågældende bestyrelsesmedlem der drøftes.

Bestyrelsesmedlemmet må for eksempel gerne som aktionær stemme på sig selv, på valg til bestyrelse og tilsynsråd, ligesom medlemmet gerne må medvirke i generel behandling af honorar, ansættelsesvilkår m.m. vedrørende det organ denne sidder i. For eksempel må medlemmet af direktionen gerne diskutere afskedigelse af kollega. Bestyrelsesmedlemmet må også gerne medvirke i behandling af for eksempel udbytte og andre økonomiske forhold vedrørende selskabet, selvom vedkommende har økonomisk interesse i forholdet. Men bestyrelsesmedlemmet må ikke behandle specifikke aftaler om bestyrelsesmedlemmets eget ansættelsesforhold¹⁹.

Hvor bestyrelsesmedlemmet skal være særligt opmærksomt, er for eksempel at indgåelse af aftaler om køb og salg. Det medfører ikke automatisk inhabilitet for bestyrelsesmedlemmet, at der foretages samhandel mellem sit eget selskab og kapitalselskabet, så længe dette sker på almindelig vilkår og ud fra et loyalt forretningsmæssigt hensyn²⁰. Et eksempel på dette er Højesterets dom:

U.1981.973 H Brødfabrikken Røde Vejmølle A/S i likvidation

P var ejer af L A/S, som aftager rasp produceret af R A/S. P bliver ansat som direktør i R A/S og køber lidt over halvdelen af aktierne i R A/S. P skulle bringe R A/S dækningsbidrag op på 8 %. Pga. udfordringer med at afsætte R A/S produktion, nedsætter P midlertidigt priserne, og L køber produktionen. R A/S indtræder i likvidation, og likvidatorerne mener P skal betale 500.000 kr., således at det ønskede dækningsbidrag opnås.

¹⁸ Selskabsloven med kommentarer, Jan Schans Christensen, § 131

¹⁹ Bestyrelsens arbejde og ansvar, Erik Werlauff, s 99 & Modernisering af selskabsretten, Erhvervsstyrelsen, s 919

²⁰ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

I ovenfor anførte sag ville det, at P også var ejer af L A/S, der var aftager af raps fra den R A/S, som P var direktør i, tale for at prisnedsættelsen skulle være forelagt bestyrelsen. Imidlertid blev P ikke erstatningsansvarlig, netop fordi P havde nævnt den midlertidige prisnedsættelse for bestyrelsen, og da P havde foretaget nedsættelsen ud fra et forretningsmæssigt loyalt skøn. P havde altså ikke forsøgt at omgå bestyrelsen. Eller at tilegne sig uretmæssige fordele. Der var derfor ikke tale om inhabilitet og erstatningsansvar.

Hvis dispositionen medfører, at der ikke handles på normale vilkår, eller bestyrelsesmedlemmet bringer sig selv i en bedre position, indtræder der inhabilitet. Idet bestyrelsesmedlemmet så ikke varetager selskabets interesse. Bestyrelsesmedlemmet må i dette tilfælde ikke deltage i behandling af aftaler mellem kapitalselskabet og bestyrelsesmedlemmet selv²¹. Dette ses blandt andet af en kendelse fra Erhvervsankenævnet, hvor inhabilitet forekom i tilknytning til en aftale mellem kapitalselskabet og pågældende selv:

Erhvervsankenævnet - Kendelse af 14. oktober 2014 (J.nr. 2013-0034620)

Påbud om tilbagebetaling af ulovligt aktionærlån. Selskabslovens § 194 og § 179.

Den 13. Juli 2011, modtager Erhvervsstyrelsen årsrapport for virksomheden B ApS. Årsrapporten udtages af Erhvervsstyrelsen til kontrol. Der er ydet et ulovligt lån til selskabets ledelse. Selskabets øverste ledelse bliver derfor af Erhvervsstyrelsen pålagt at bringe dette forhold i orden. Erhvervsstyrelsen modtager erklæring fra såvel selskabets ledelse, som revisor, som dokumentation for at det ulovlige lån var tilbagebetalt inkl. tillæg af renter. K havde imidlertid tilbagebetalt dette, ved at modregne dette i en fordring i selskabet, som K havde erhvervet til under 1 % af fordringens pålydende værdi, hvor K både var køber, men også på vegne af B A/S stod som sælger. K ejer 100 % af anparterne i B ApS, ligesom K er det eneste ledelsesmedlem. Erhvervsstyrelsen anser K som værende inhabil jf. SL §. K har derfor ikke været berettiget til at indgå aftalen, da beslutningen i stedet skulle være foretaget af bestyrelsen i B A/S.

Idet K optrådte som både køber og sælger og ikke varetager selskabets interesse, indtræder inhabilitet. Når der tænkes på aftaler mellem kapitalselskabet og bestyrelsesmedlemmet selv, vil en aftale af økonomisk karakter, ofte være en situation hvor bestyrelsesmedlemmet skal være særligt opmærksom.

²¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

Imidlertid beskriver en kendelse fra Vestre Landsret omvendt en situation, hvor sammenfald mellem køber og sælger var ikke medførte inhabilitet. Og det vil derfor altid være en vurdering af en enkelte situation, der må ligge til for en vurdering af, om der foreligger inhabilitet.

U.2010.80V. V.L.K 11. September 2009 i kære 13. Afd. B-1693-09.

K overdrog sin faste ejendom til K A/S, og fremsendte i den forbindelse skøde til tinglysning. Imidlertid afviser tinglysningsdommeren skødet, idet samme person står som både køber og sælger. Tinglysningsdommeren henviser til, at et andet habilt selskabsorgan skal tiltræde skødet. Landsretten henviser derimod til, at K er direktør i selskabet jf. oplysninger i Erhvervs- og selskabsstyrelsen, og at han derfor er tegningsberettiget for selskabet K A/S.

I denne sag er køber og sælger en og samme person. Men i kraft af, at sælger lovligt kan optræde som sælger, og tegne sig for salget. Og da der ikke foreligger en situation, hvor selskabets interesse kompromitteres, indtræder der ikke inhabilitet i denne sag.

Man kan samlet sige, at bestemmelse ikke omfatter alle dispositioner mellem bestyrelsesmedlemmet og selskabet, idet de forhold der er af general karakter for selskabet, som udgangspunkt gerne må behandles af bestyrelsesmedlemmet²².

2.1.3.2 "Søgsmål mod pågældende selv"

Et søgsmål er en uenighed eller et mellemværende, som bringes for en domstol, for at få retslig afgørelse²³. Herunder er også sager som bestyrelsesmedlemmet anlægger mod selskabet, samt konkursbegæring omfattet²⁴. Bestyrelsesmedlemmet må i relation til søgsmål der vedrører dette, ikke deltage i behandling af sagen mod vedkommende selv. Ligesom bestyrelsesmedlemmet ikke må deltage i behandlingen af sager, som dette selv har anlagt mod selskabet²⁵. Eksempler på sager og tilfælde, hvor et eller flere bestyrelsesmedlemmer i givet fald ikke må medvirke til behandling af sag mod dem selv, i bestyrelsesregi, kunne være nedenfor anførte:

²² Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

²³ Ordbog over det danske sprog, ordnet.dk

²⁴ Selskabsloven med kommentarer, Jan Schans Christensen, § 131

²⁵ Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

Frederiksberg Rets dom af 25 april 2013 j.nr. BS-D-2565/2011: SKAT mod Advokat S1 og S2.

Erstatningssag mod tidligere bestyrelsesmedlemmer i konkurs ramt selskab.

S1 og S2 var bestyrelsesmedlemmer i selskabet FC A/S og F A/S. Selskaberne gik konkurs i maj 2009. Selskaberne havde forinden konkursen, overdraget størstedelen af sine lejeindtægter i selskabets faste ejendomme, til bank B A/S. SKAT mente, at bestyrelsen herved havde handlet ansvarspådragende. S1 og S2 som bestyrelsesmedlemmer blev sagsøgt som erstatningsansvarlige for SKAT tab i form af ikke afregnet moms.

Eurovision Melodi grand prix 2014 - Bestyrelsen i Wonderful Copenhagen risikerer retssag.

Erhvervsstyrelsen ønsker undersøgelse af bestyrelsesmedlemmer i Wonderful Copenhagen²⁶.

Erhvervsstyrelsen anbefalede som fondsmyndighed for fonden Wonderful Copenhagen, at det skulle igangsættes en ekstern undersøgelse af sagen omkring Eurovision 2014 grand prix, der endte med at koste langt mere end forventet. Med det formål at afgøre om der var et grundlag for at rejse erstatnings- og/eller straffesag mod et eller flere nuværende og tidligere bestyrelsesmedlemmer eller direktører i fonden, og dets datterselskaber. Erhvervsstyrelsen retter derfor en kritik af bestyrelsen, og den måde bestyrelsesmedlemmerne har ageret på. Erhvervsstyrelsen stiller også spørgsmålstegn ved, om samtlige bestyrelsesmedlemmer har været inddraget, når der er truffet væsentlige beslutninger.

Havde Erhvervsstyrelsen valgt at rejse en sag mod medlemmer af bestyrelse, ville de medlemmer der i givet fald havde været rejst sag mod, og som stadig sad i bestyrelsen, ikke måtte deltage i behandlingen af sagen.

2.1.3.3 "Aftale mellem kapitalselskabet og tredjemand"

Umiddelbart vil tanken, når der er tale om aftaler mellem kapitalselskabet og tredjemand være, at dette ikke vedrører bestyrelsesmedlemmet selv. Der kan dog opstå den situation, hvor bestyrelsesmedlemmet indirekte får en egeninteresse i en aftale, som medfører vedkommende bliver inhabil. Der skal altså foretages en konkret vurdering af den enkelte situation²⁷. For eksempel kan der være tale om, at bestyrelsesmedlemmet sidder i bestyrelsen i to selskaber, som handler med hinanden.

Bestyrelsesmedlemmet må ikke deltage i behandling af aftaler mellem kapitalselskabet og tredjemand, hvis bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse heri, der strider mod selskabets interesse²⁸.

²⁶ <http://politiken.dk/indland/ECE2472143/bestyrelsen-i-wonderful-copenhagen-risikerer-retssag/>

²⁷ Bestyrelsens arbejde og ansvar, Erik Werlauff, s 98

²⁸ Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

Den væsentlige interesse kan også bestå i, at bestyrelsesmedlemmet er beslægtet eller ven med en person selskabet indgår aftale med²⁹.

Et eksempel på en kendelse ved samhandel mellem to selskaber, findes i tidligere gennemgået kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437 ved Erhvervsankenævnet³⁰. Kendelsen omfatter kortfattet, at bestyrelsesmedlemmer må ikke udnytte deres position i et pengeinstitut til at skaffe sig uretmæssige kreditter, til et andet selskab de også sidder i bestyrelsen i. Finanstilsynet henviser til bestemmelsen om inhabilitet i aktieselskabsloven § 58, for aktieselskaber.

Et scenarie kan også være, hvor et selskab skal overtage et andet, men der er bestyrelsesmedlemmer, der sidder i bestyrelsen i begge selskaber. Ledelseserhverv i et andet selskab, med hvilket selskabet indgår aftaler, medfører ofte interessekonflikt, i relation til aftaler mellem kapitalselskabet og tredjemand³¹. Et eksempel på dette er nedenstående dom. Den referer til den tidligere gældende aktieselskabslov, som svarer til den nu gældende SL § 131 :

UfR 1973.417 H, Boss of Scandinavia Selskabs tredjemandspantsætning af ejendom ugyldig p.g.a. bestyrelsens inhabilitet. Erhververens repræsentant i ond tro.

Aktieselskabet A køber aktiemajoritet i selskabet B. I den forbindelse optager A et lån hos C, for at kunne finansiere første rate af købesummen. C får som sikkerhed for dette, et ejerpantebrev i en ejendom der tilhører B's datterselskab D. D foretog samme dag en vedtægtsændring, der betød at de netop måtte foretage pantsætningen. Pantsætningen blev iværksat uden at drøfte dette med resten af D bestyrelse. Ifølge den da gældende Aktieselskabslov, ville de pågældende ledelsesmedlemmer have været inhabile ved en afstemning i bestyrelsen. C skulle derfor returnere pantebrev til D.

2.1.3.4 "Søgsmål mod tredjemand"

Ligesom ovenfor er der tale om et anliggende mod tredjemand. Dvs. det er ikke bestyrelsesmedlemmet selv, der direkte er involveret i søgsmålet. Og ligesom ovenfor, er det ikke givet bestyrelsesmedlemmet er inhabilt. Dette vil bero på en konkret vurdering i den givne situation.

²⁹ Selskabsloven med kommentarer, Jan Schans Christensen, § 131

³⁰ Årsberetningen 1997, Erhvervsankenævnet, s 52.

³¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 544

Bestyrelsesmedlemmet må herunder ikke deltage i behandling af søgsmål mod tredjemand, hvis bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse heri, der strider mod selskabets interesse³².

2.1.4 "Væsentlig interesse, - der kan være stridende mod selskabets"

I scenariet, hvor der er tale om forhold, der involverer kapitalsselskabet og bestyrelsesmedlemmet selv, kan inhabilitet indtræde, blot i kraft af, at der er tale om et direkte forhold der involverer de to parter. Som beskrevet tidligere. For eksempel i den situation, hvor der er tale om handel mellem selskaber, bestyrelsesmedlemmet er involveret i.

I de situationer, hvor der er tale om aftale eller søgsmål mellem kapitalsselskabet og tredjemand, sker der imidlertid en yderligere graduering, hvor inhabilitet ikke indtræder automatisk på baggrund af de involverede parter forhold til hinanden. Dette beskrives i SL § 131 i sætningen "...væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod selskabets". Sætningen medfører, at der i hver enkelt situation må tages stilling til, om der er tale om en interessekonflikt. Det er et yderligere krav, at bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse i sagen, f.eks. på grund af slægtsforhold eller anden tilknytning til tredjemanden, og at interessen kan være stridende mod kapitalsselskabets. Tredjemand kan herunder være såvel en fysisk som juridisk person³³.

Begrebet "væsentlig interesse" hentyder til, at der ikke er tale om den ubetydelige interesse, men en interesse der er så stærk, at bestyrelsesmedlemmet vil søge, eller at der kan være begrundet tvivl om, at bestyrelsesmedlemmet vil søge at påvirke ledelsesorganet til at træffe en given beslutning til bestyrelsesmedlemmets fordel³⁴.

Det er imidlertid ikke givet at det, at der foreligger væsentlig interesse, medfører en interessekonflikt. Dette er anført med ordet "kan". For at der er tale om interessekonflikt, skal bestyrelsesmedlemmets interesse være "stridende mod selskabets". Formuleringen "stridende mod selskabet", henviser til, at bestyrelsesmedlemmets interesse skal være i uoverensstemmelse med selskabets. Bemærk i den forbindelse, at det ikke automatisk medfører interessekonflikt, og inhabilitet, at bestyrelsesmedlemmet har en økonomisk interesse i selskabet. Den økonomiske interesse skal være i modstrid med selskabet³⁵. Omvendt er det ikke nødvendigt, at den modstridende interesse skal være til stede og kan påvises. Det kan være tilstrækkeligt, at muligheden, for at den indtræffer, er til stede. Et bestyrelsesmedlem,

³² Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

³³ Selskabsret, Erik Werlauff, s 543 & Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

³⁴ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437 & Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

³⁵ Finansministeriet, Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. maj 2010 & Selskabsret, Erik Werlauff, s 543

der kan have en modstridende økonomisk interesse, kan ikke undslå sig at blive omfattet af reglerne om inhabilitet, blot ved at denne på troværdig vis er i stand til, og giver udtryk for, at sætte sig ud over dette³⁶.

Et eksempel på at bestyrelsesmedlemmet kan have en økonomisk interesse i en sag, der dog ikke medfører inhabilitet, er Finansministeriets svar på spørgsmål om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt, at DONG har en formand, der har store økonomiske interesser i vindmølleindustrien. Spørgsmålet vedrører et statsejet og børsnoteret aktieselskab, som på lige fod med andre aktie- og anpartsselskaber er omfattet af SL § 131:

Finansministeriet, Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. maj 2010 stillet af Per Clausen (EL)
Finansministeriet redegør for, at de ikke finder, at formanden er inhabil, blot fordi han har en økonomisk interesse i branchen. I form af at bestyrelsesformanden ejer selskaber, der er underleverandører til producenter, der kunne levere til DONG. Finansministeriet henviser til, at det kompetente bestyrelsesmedlem med fordel kan have branchekendskab, og at de ofte også har andre hverv på højt niveau i branchen. I den mest kompetente og professionelle bestyrelse, kan inhabilitet derfor optræde. Og det afgørende vil være, at ledelsesmedlemmet følger lovens regler om inhabilitet hvis disse indtræder³⁷.

At være i modstrid med må derfor referere til, at der skal foreligge en interessekonflikt. Det kan for eksempel være det scenarie, hvor bestyrelsesmedlemmet har en betydelig aktiepost i det selskab, der skal handles med. Eller at bestyrelsesmedlemmet er beslægtet med eller på anden måde knyttet til tredjemand³⁸.

Et eksempel på en situation hvor der sker en afvejning af, om der er tale om en interessekonflikt, findes i nedenstående kendelse. Kendelsen refererer til den tidligere gældende Aktieselskabslov § 58, som svarer til nu gældende SL § 131. Kendelsen beskriver, at det i praksis ikke altid er sort og hvidt, hvornår der er tale om interessekonflikt. Og hvordan denne bør håndteres i givet fald.

³⁶ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

³⁷ Finansministeriet, Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. maj 2010

³⁸ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

Kendelse af 12. januar 1998. 97-106.684. Spørgsmål om inhabilitet af medlemmer af banks bestyrelse.

Banken K er 100 % ejet af realkreditinstituttet K A/S. Der er 5 bestyrelsesmedlemmer i bankens bestyrelse. De 4 er generalforsamlingsvalgte, hvoraf de 3 er direktører og den sidste vicedirektør, i moderselskabet K A/S. Finanstilsynet udtaler på baggrund af undersøgelse af banken, at det er tilsynets umiddelbare opfattelse, at de 4 generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er inhabile, ved beslutninger om hvorvidt bank K bestyrelse kan bevillige engagementer med moderselskabet, som ejer alle aktier i bank K. Det har ingen betydning har for om der foreligger inhabilitet, at bestyrelsen derved ikke længere er beslutningsdygtig. Dette forhold medfører blot, at beslutningen flytte op i et højere organ. Imidlertid vil det i denne situation blot medføre, idet generalforsamlingen i dette tilfælde er lig moderselskabet, hvor direktionen er bestyrelsesmedlemmer i bank K. Altså vil generalforsamlingen ende med at behandle en sag om at bevillige lån til sig selv.

Der pågår herefter en diskussion af dette scenarie, som ender ud i, at sagen skal til fornyet behandling. Hvilket bekræfter, at en vurdering af, om der foreligger inhabilitet, ikke altid er lige til.

2.2 Opsamling inhabilitet i selskabsloven

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

Hvem kan være inhabil?

Det er i formuleringen i SL § 131 angivet, at det er medlemmer af ledelsen, der er omfattet af bestemmelsen, og som derfor kan være inhabile. Medlemmer af ledelsen omfatter direktionen, bestyrelsen og tilsynsrådet, men som beskrevet i afsnittet afgrænsning, arbejdes der i denne opgave kun videre med inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer.

I hvilke situationer kan pågældende være inhabil?

Bestyrelsesmedlemmet kan, som beskrevet i formuleringen i SL § 131, være inhabil, når denne deltager i behandling af aftaler og søgsmål mellem bestyrelsesmedlemmet selv og selskabet, eller mellem tredjemand og selskabet, når bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse, der er stridende modselskabets.

Dette betyder i praksis, at bestyrelsesmedlemmet ikke må deltage i overvejelser, undersøgelser eller træffe afgørelse om forhold, hvor bestyrelsesmedlemmet er inhabil.

Begrebet behandling, nævnt i bestemmelsen, dækker ikke kun over det at deltage i selve beslutningen, men også over det at deltage i en drøftelse, der går forud. Imidlertid kan det give god mening, at bestyrelsesmedlemmet redegør for sit forhold til sagen. Bestemmelsen skal derfor læses således, at bestyrelsesmedlemmet må fremlægge relevante oplysninger, men at bestyrelsesmedlemmet derefter skal forlade lokalet, således at dette ikke kan påvirke beslutningsprocessen.

Som anført i bestemmelsen, er det i forhold til behandling af aftaler og søgsmål, at bestyrelsesmedlemmet kan blive inhabil. Der er dog en række situationer, som vedrører bestyrelsesmedlemmet selv, hvor dette godt må deltage. Herunder at stemme på sig selv til bestyrelsen, deltage i behandling af generelle ansættelsesvilkår samt i økonomiske forhold vedrørende selskabet, selvom om medlemmet er investor.

Bestyrelsesmedlemmet må ikke deltage i behandling af specifikke aftaler om medlemmets eget ansættelsesforhold eller ved søgsmål mod bestyrelsesmedlemmet selv. Bestyrelsesmedlemmet skal ligeledes være særligt opmærksom for eksempel ved indgåelse af aftaler om køb og salg, hvis bestyrelsesmedlemmet deltager som den ene part. Dog må bestyrelsesmedlemmet gerne deltage, hvis handel sker på almindelige vilkår, og ud fra et loyalt forretningsmæssigt hensyn. Det afgørende er, om bestyrelsesmedlemmet er i stand til at varetage selskabets interesse, og om behandling af sagen sker ud fra et loyalitetsforhold til selskabet. Om medlemmet er inhabil, vil bero på en konkret vurdering af den enkelte situation. Der kan ikke opstilles en facitliste for, hvornår inhabilitet indtræder.

I de situationer hvor der er tale om forhold mellem tredjemand og selskabet, herunder ligeledes aftaler og søgsmål, vil bestyrelsesmedlemmet være inhabil, hvis dette har en væsentlig interesse i sagen, der er modstridende med selskabets. Der sker her en graduering i forhold til forhold mellem bestyrelsesmedlemmet selv og selskabet, hvor inhabilitet kunne indtræde, blot på baggrund af parternes forhold til hinanden. I situationer med tredjemand skal der være tale om en væsentligt modstridende interesse. Væsentlig hentyder til, at der skal være tale om en ikke ubetydelig interesse, der skal være så stærk, at der er begrundet tvivl om, hvorvidt bestyrelsesmedlemmet kan varetage selskabets interesse. At medlemmet har en væsentlig interesse, er ikke ensbetydende med, at medlemmet er inhabil. Interessen skal være modstridende, således at der foreligger en interessekonflikt.

2.3 Perspektivering af inhabilitet i selskabsloven

Dette underafsnit vil perspektivere forhold beskrevet i afsnit 2 Inhabilitet i selskabsloven.

2.3.1 Bestyrelsesmedlemmets opgaver og kompetencer kontra risiko for inhabilitet

Som medlem i bestyrelsen er der en række opgaver, medlemmet skal løse. Disse opgaver kan imidlertid ikke ses som en liste over de situationer, hvor inhabilitet kan opstå. Som nævnt i SL § 131, er det i tilknytning til aftaler og søgsmål, som involverer bestyrelsesmedlemmet selv, eller som bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse i, der kan opstå inhabilitet. At bestyrelsesmedlemmet har ansvar for at varetage de i SL § 115 anførte opgaver, kan ikke relateres direkte til risikoen for at være inhabil. Dog er der et aspekt af bestyrelsesmedlemmets opgaveportefølje, som alligevel indirekte kan knytte sig til inhabilitet. Nemlig de kompetencer og krav der stilles til bestyrelsesmedlemmet, for at denne kan løse de anførte opgaver.

Det at være bestyrelsesmedlem stiller stadig større krav til det enkelte medlem og til bestyrelsen som et hele. Bestyrelsen skal præstere, og denne må derfor bestå af dygtige og ansvarsfulde personer, der tager deres hverv seriøst. At sammensætte den rigtige bestyrelse er centralt, for at imødekomme øget pres fra globalisering, konjunkturudsving m.m. Det at være bestyrelsesmedlem kræver derfor, at medlemmet er fagligt kompetent, og kan varetage et til tider komplekst og ansvarsfuldt hverv. Hvor tilgangen for år tilbage var at bestyrelsesmedlemmet blot skulle gøre det godt, skal bestyrelsesmedlemmet nu gøre det korrekt og tilsikre selskabets overlevelse.

Bestyrelsesmedlemmet skal kunne sætte sig ind i ofte komplekse globale markeder for selskabet, og tage konkrete og ofte hurtige beslutninger. Men bestyrelsen skal også kunne rådgive og vurdere direktionen, ligesom denne skal overholde lovkrav. Dette stiller stadig større krav til bestyrelsesmedlemmets kompetencer og personlige egenskaber³⁹. Der påhviler derfor bestyrelsesmedlemmet et krav, om at denne kan bibringe de fornødne kompetencer. Bestyrelsesmedlemmet med den fornødne indsigt og faglighed kan være en person, der også er investor, sidder i bestyrelsen i lignende selskab, selv ejer et selskab i branchen m.m. Centralt for bestyrelsesmedlemmet i forhold til inhabilitet er, at medlemmet i enhver situation forstår og formår, at medlemmet selv med sin viden om, og interesse i andre selskaber eller forhold i branchen, skal varetage netop pågældende selskabs interesse. Ikke sin egen som for eksempel investor eller ejer af leverandør til selskabet.

³⁹ http://ledelse.borsen.dk/article/view/109/effektivt_bestyrelsesarbejde.html

Det er derfor ikke selve de opgaver, bestyrelsesmedlemmet er pålagt at løse, der kan medføre inhabilitet. Men blandt andet de kompetencer der nødvendige for at kunne løse dem, og som kan betyde, at bestyrelsesmedlemmet også har interesser andre steder i branchen, der kan være kritiske i forhold til inhabilitet. De øgede krav til bestyrelsesmedlemmet kompetencer medfører, at det er mere sandsynligt, bestyrelsesmedlemmet på et tidspunkt vil opleve inhabilitet. Og hvis denne udvikling forsætter, vil inhabilitet blive et stadigt mere aktuelt forhold at tage stilling til. Selvom bestyrelsesmedlemmets opgaver ikke ændrer sig.

2.3.2 Frygten for at begå fejl

Som det er beskrevet i afsnittet, er inhabilitet et forhold der skal tages alvorligt. Imidlertid må bestyrelsesmedlemmet ikke lade dette afskrække medlemmet fra, at sige ja tak til en bestyrelsespost. Eller styre udenom bestyrelsesposter i selskaber, mellem hvilke der kan ske samhandel. Som det vil blive beskrevet efterfølgende, er der sanktioner såfremt bestemmelserne ikke overholdes. Det er for bestyrelsesmedlemmet væsentligt at holde for øje, at bestemmelses formål er at tilsikre at selskabets interesse varetages. Men SL § 131 må ikke tænkes at være indskrevet i det ønske at afholde ellers kompetente kandidater til at bidrage med deres viden i bestyrelser. Bestyrelsesmedlemmet kan i den forbindelse selv aktivt medvirke til at undgå inhabilitet, ved at være åben om sine interesser.

3 Håndtering af en situation med inhabilitet

Dette afsnit vil besvare de to arbejdsspørgsmål; Hvordan bør en situationen med inhabilitet håndteres? Hvem beslutter, at der er tale om inhabilitet?

3.1 Håndtering af inhabilitet

Konsekvensen af, at bestyrelsesmedlemmet eller måske flere bestyrelsesmedlemmer ikke kan medvirke i beslutningsprocessen, kan være, at bestyrelse eller direktion jf. vedtægter ikke længere kan opnå krævet enighed. Eller at bestyrelsen ikke længere er beslutningsdygtig. Dette er dog ikke et forhold, der tilsidesætter inhabilitet. Organets beslutningsdygtighed flyttes blot til et højere organ, som beskrevet nedenfor⁴⁰.

At der har været tale om, en situation, hvor der er indtrådt § 131 inhabilitet, skal føres til protokol i forhandlingsprotokollen. Forhandlingsprotokollen er et krav i ledelsesorganet med flere medlemmer, herunder bestyrelsen i et aktieselskab.

⁴⁰ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

I forhandlingsprotokollen noteres det ved at skrive, at der er indtrådt en § 131-situation omfattende bestyrelsesmedlemmets navn, samt det punkt på dagsordenen dette vedrører⁴¹.

3.1.1 Inhabilitet har forrang for vedtægter

I førstnævnte tilfælde, hvor vedtægter foreskriver enighed, sker der det, at SL § 131 har forrang for selskabets vedtægter. Forstået således, at inhabilitetsreglen sætter kravet om fuld enighed ud af spil. I dette tilfælde vil enten bestyrelse eller direktion altså fortsat kunne træffe en beslutning, selvom et eller flere bestyrelsesmedlemmer ikke kan medvirke i beslutningsprocessen. Et eksempel på dette er nedenstående dom.

UfR 2011.2726/1H Opgørelse af krav mellem handelsagent og underagenter efter handelsagentens uberettigede ophævelse af samarbejdet. Påstand om afvisning pga. manglende søgsmålskompetence ikke taget til følge.

A og B indgik samarbejde om salg af A varer i Danmark, gennem et fælles ejet selskab C. De ejer hver halvdelen, og de er begge direktører. A ophæver ensidigt og med øjeblikkelig varsel samarbejdet, pga. uoverensstemmelser. B anlægger derefter sag mod A, med erstatning for uberettiget ophævelse og betaling af tilgodehavende provision og omkostningsdækning. A påstår frifindelse, blandt andet med den begrundelse, at B ikke kunne træffe beslutning om sagsanlæg alene. Højesteret udtaler imidlertid, at beslutning om sagsanlæg mod medkontrahent for tilgodehavender, som hovedregel skal træffes af selskabets ledelse. I dette tilfælde altså både A og B, som beskrevet i vedtægterne for C. Men uanset at dette stod anført i vedtægterne, kunne kun den ene af direktørerne godt træffe beslutning om sagsanlæg i en situation som denne, hvor direktør A også er den medkontrahent B retter sit krav imod.

A's inhabilitet i sagen, tilsidesætter altså selskabets vedtægter.

3.1.2 Bestyrelsens bortfald af beslutningsdygtighed jf. SL § 124, pga. inhabilitet

Sidstnævnte tilfælde om beslutningsdygtighed er beskrevet i SL § 124. Selskabslovens § 124 lyder som følger:

⁴¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 546-547

”Bestyrelsen eller tilsynsrådet er beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer er repræsenteret, for så vidt der ikke efter vedtægterne stilles større krav. Beslutningen må dog ikke træffes, uden at så vidt muligt samtlige medlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling.”⁴²”

Her er angivet, at bestyrelse er beslutningsdygtig, når over halvdelen af medlemmerne er repræsenteret. Dog kan vedtægterne stille krav om større repræsentation⁴³. At være repræsenteret betyder ikke, at bestyrelsesmedlemmet skal være til stede fysisk. Bestyrelsesmedlemmet kan give sin mening til kende ved en fuldmagt. Imidlertid bør en fuldmagt kun anvendes, hvis det er fornuftigt ud fra en betragtning af emnet. For eksempel kan emner, der har store konsekvenser for selskab eller interessenter, medføre, at fuldmagt ikke anvendes. Dette kan give mening, set i det lys, at en fuldmagt ikke nedsætter ansvaret for fuldmagtsgiver, og at denne derfor bør være til stede ved selve afstemningen. Alternativt kan formanden vælge at udskyde drøftelse.

I den situation hvor halvdelen eller mere af bestyrelse er inhabile, og derfor ikke kan medvirke i beslutningsprocessen af en given sag, er bestyrelsen derfor ikke beslutningsdygtig. Baggrunden for dette er, at det er krævet, at et vist antal af medlemmerne har deltaget i drøftelse og beslutning, for at organet kan siges at være kompetent til at træffe en beslutning⁴⁴. Konsekvensen af dette bliver i praksis, at beslutningen i stedet må træffes af generalforsamlingen⁴⁵.

I relation til dette må inhabile medlemmer af bestyrelsen ikke tælles med ved afgørelsen af, om lovens og vedtægternes krav til beslutningsdygtighed er opfyldt. Er bestyrelsen for eksempel på 10 medlemmer, skal mindst 6 medlemmer være repræsenteret, for at bestyrelsen er beslutningsdygtig. Ingen af de 6 medlemmer, må herunder være inhabile. Er de det, kan de ikke tælles med som repræsenterede medlemmer⁴⁶.

3.1.3 Bestyrelsesmedlemmet inhabilitet som kapitalejer på generalforsamlingen, jf. SL § 86

Når sagen skal behandles af generalforsamlingen forudsættes det dog, at dette ikke medfører en situation,

⁴² Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 124

⁴³ Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 124

⁴⁴ www.karnov.dk, SL § 124, Karnovs noter, note 645

⁴⁵ Selskabsret, Erik Werlauff, s 544-545

⁴⁶ www.karnov.dk, SL § 124, Karnovs noter, note 645

hvor nogle kapitalejere eller andre derved får en utilbørlig fordel på andre kapitalejere eller kapital selskabets bekostning, jf. SL § 108⁴⁷. Denne bestemmelse er relevant i forhold til inhabile bestyrelsesmedlemmer, i det et bestyrelsesmedlem også kan være kapitalejer. Bestyrelsesmedlemmet kan i kraft af at en beslutning rykkes op på generalforsamlingen netop pga. inhabilitet, alligevel derved få indflydelse på beslutningen. SL § 108 skal dog netop forebygge det scenarie, hvor denne beslutningskompetence misbruges til egen fordel. Selskabsloven § 108 lyder som følger:

”Der må på generalforsamlingen ikke træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital selskabets bekostning.”⁴⁸

SL § 108 benævnes også generalklausulen. Bestemmelsen beskriver det forhold, hvor der er tale om en beslutning, der klart og tydeligt giver nogle kapitalejere en urimelig fordel frem for andre, på en måde der medfører formueforskydning mod bestyrelsesmedlemmet⁴⁹. I relation til inhabilitet har emnet primært været behandlet i forhold til bestyrelsesmedlemmets relation til en beslutning. Generalklausulen anlægger et andet perspektiv, med fokus på indholdet i en beslutning. Her kan tænkes det scenarie, hvor en kapitalejer ikke er inhabil, men medvirker til at træffe en beslutning, der giver denne en uretmæssig fordel.

I dette perspektiv skal SL § 86 også tages i betragtning, idet den beskriver inhabilitet på generalforsamlingen. Emnet for denne opgave er inhabilitet i bestyrelsen. Da denne kan medføre, at en beslutning som nævnt løftes op til generalforsamlingen, er det relevant også kort at beskrive den inhabilitet, der her kan ramme bestyrelsesmedlemmet. Nemlig den inhabilitet der kan ramme bestyrelsesmedlemmet som kapitalejer i selskabet. Selskabsloven § 86 lyder som følger⁵⁰:

”En kapitalejer må ikke selv, ved fuldmægtig eller som fuldmægtig for andre deltage i afstemning på generalforsamlingen om søgsmål mod kapitalejeren selv eller om kapitalejerens eget ansvar over for kapital selskabet og heller ikke om søgsmål mod andre eller andres ansvar, hvis kapitalejeren har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapital selskabet.”

⁴⁷ Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 108

⁴⁸ Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 108

⁴⁹ www.karnov.dk, SL § 124, Karnovs noter, note 577

⁵⁰ Lovsamlingen 2014, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, SL § 86

Som det kan læses af SL § 86, anvendes en række af de samme begreber som i SL § 131. Bestemmelsen beskriver, hvornår en kapitalejer er inhabil, og dermed ikke må stemme på generalforsamlingen. Herunder at inhabilitet knytter sig til forhold mellem kapitalejeren og kapitalselskabet, men at det også kan vedrøre kapitalselskabet og tredjemand, i den situation kapitalejeren har en væsentlig interesse i forholdet. Endvidere vedrører inhabilitet i denne relation også søgsmål, samt det ansvar kapitalejeren har overfor kapitalselskabet. Opmærksomheden bør dog henledes på, at inhabilitet for kapitalejeren på generalforsamlingen er snævrere formuleret. Altså, der er færre situationer, hvor kapitalejeren er inhabil end det er gældende for bestyrelsesmedlemmet. Ligesom handlemuligheder for bestyrelsesmedlemmet er mere restriktive end for kapitalejeren.

Det sidstnævnte forhold, ses af formuleringen ”deltage i afstemning”. I SL § 131 er der ikke afgrænset det, at vedkommende kun er afgrænset fra deltage i afstemning men i behandling i det hele taget. Kapitalejeren må altså gerne deltage i en diskussion af et emne denne er inhabil i, og fremføre sine synspunkter, blot må kapitalejeren ikke deltage i afstemningen. Det skal nævnes, at en kapitalejer ikke er tvunget til at deltage i diskussion, ligesom den heller ikke er tvunget til at stemme, selvom vedkommende ikke er inhabil. Og at kapitalejeren kan udlade at gøre begge dele, hvis denne føler der er tvivl om kapitalejerens forhold i en sag⁵¹.

Der er ikke i SL § 86 nævnt begrebet ”aftaler”. Fokus er derimod på søgsmål, og kapitalejeren ansvar overfor selskabet. Aftaler om for eksempel køb og salg, som gældende jf. SL § 131, mellem kapitalejeren og kapitalselskabet, er ikke omfattet af inhabilitet på generalforsamlingen. Man kan for eksempel tænke sig, at en kapitalejere ønsker at sælge sin virksomhed til kapitalselskabet, hvilket kapitalejeren gerne må deltage i afstemningen om. Men anlægges der efterfølgende et søgsmål mellem kapitalejerens virksomhed og kapitalselskabet, må kapitalejeren ikke deltage i denne afstemning. Forskellen skal findes i, at bestyrelsen er et organ, hvor medlemmet varetager et selskabsretlig mandat. Dette skal varetage selskabets interesse. Mens kapitalejeren altid vil varetage sin egen interesse, nemlig sin investering. Og denne er derfor berettiget til at prioritere egne interesser frem for selskabet, herunder også aftaleretlige forhold⁵².

SL § 86 beskriver konkret ordlyden ”En kapitalejer må ikke...”. Hvis denne ordlyd tages bogstaveligt, vil dette betyde, at en fuldmægtig ikke er omfattet, hvis denne ikke er kapitalejer. Det kan imidlertid ikke tænkes, at det er det, der menes med ordlyden.

⁵¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 501 og 544

⁵² Selskabsret, Erik Werlauff, s 500-501 og 544-545

Det må antages, at fuldmægtig er omfattet af reglerne om inhabilitet, på lige fod med fuldmagtsgiver, uanset om denne er kapitalejer eller ej. Gives et medlem af bestyrelsen i et selskab altså fuldmagt af en kapitalejer, til at stemme for denne på en generalforsamling, om et forhold hvor bestyrelsesmedlemmet er inhabilt, vil inhabiliteten også gælde selvom fuldmægtigen optræder for en kapitalejer⁵³. Et konkret eksempel på dette kunne for eksempel være afstemning om decharge. Altså en afstemning om at fritage ledelsen for ansvar, for forhold oplyst i regnskabet. En afstemning om dette finder ofte sted på generalforsamling. Er bestyrelsesmedlemmet også kapitalejer, vil denne ikke kunne deltage i afstemningen jf. SL § 86. Bestyrelsesmedlemmet kan ikke deltage i afstemning om ansvarsspørgsmål vedrørende bestyrelsen, selvom denne er kapitalejer⁵⁴. En kapitalejer kan dog komme uden om problematikken med at fuldmægtigen eventuelt rammes af inhabilitet, og derfor ikke kan stemme selv som kapitalejer, eller for fuldmagtsgiver. Kapitalejeren kan jf. SL § 104, stk. 2., afgive brevstemme direkte til selskabet. I dette tilfælde vil kapitalejeren kun blive ramt af inhabilitetsreglerne gældende for ham selv som person⁵⁵.

3.1.4 Utilbørlige dispositioner jf. SL § 127

Uanset om bestyrelsesmedlemmet er inhabil som kapitalejer på generalforsamlingen, beskriver SL § 127, at bestyrelsesmedlemmet grundlæggende ikke må disponere utilbørligt. SL § 127 lyder således:

”Medlemmerne af kapital selskabets ledelse må ikke disponere således, at dispositionen er åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital selskabets bekostning. Medlemmerne af kapital selskabets ledelse må ikke efterkomme generalforsamlingsbeslutninger eller beslutninger truffet af andre selskabsorganer, hvis beslutningen måtte være ugyldig som stridende mod lovgivningen eller kapital selskabets vedtægter.

Stk. 2. Aftaler, som indgås mellem en enekapitalejer og kapital selskabet, er kun gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftaler på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende.”

SL § 127 er i tråd med generalklausulen i SL § 108. Hvor SL § 108 omhandler beslutninger, der træffes på generalforsamlingen, er SL § 127 en generel bestemmelse, der beskriver, at bestyrelsesmedlemmet ikke må disponere således, at det skaffer nogle kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning, uanset om dette er i bestyrelses- eller generalforsamlingsregi.

⁵³ Selskabsret, Erik Werlauff, s 500

⁵⁴ Selskabsret, Erik Werlauff, s 502

⁵⁵ Selskabsret, Erik Werlauff, s 503

Formuleringen beskriver, at der skal være tale om en umiddelbar og klart urimelig beslutning, som medfører en formueforskydning mod nogle få kapitalejere eller andre.

Stk. 2 i bestemmelsen beskriver det forhold, at aftaler mellem enekapitalejer og kapitalselskabet skal være dokumenteret, således at det efterfølgende kan bevises, at disse ikke er sket ud fra en utilbørlig tilgang. Dog undtaget de aftaler der er almindelige mellem uafhængige parter.

Bestyrelsesmedlemmet skal altså altid, uanset inhabilitet eller ej, og uanset hvilket regi en beslutning tages i, foretage hæderlige beslutninger i selskabets interesse. Dette er et grundlæggende forhold, og en betingelse i bestyrelsesmedlemmets arbejde.

3.1.5 Det inhabile bestyrelsesmedlems udtræden

Bestyrelsesmedlemmet har altid mulighed for udtræde af bestyrelsen. For eksempel hvis bestyrelsesmedlemmet befinder sig i en situation, hvor inhabilitet ikke kan undgås, og bestyrelsesmedlemmet ikke ønsker at forsætte i bestyrelsen. Bestyrelsesmedlemmet skal da give besked til bestyrelsen som organ. Såfremt medlemmet ikke er valgt på en generalforsamling, skal besked gives til den der har valgt det. Medlemmet kan omvendt også altid afsættes af den der valgt det, jf. SL § 121, stk. 1.

3.2 Hvem beslutter inhabilitet?

Om inhabiliteten indtræder i bestyrelsesregi eller på generalforsamling, har betydning for, hvem der beslutter, at der er tale om inhabilitet.

I situationen med mulig §131 inhabilitet, er det de øvrige bestyrelsesmedlemmer og herunder primært bestyrelsesformanden, der skal iagttage og kan beslutte, om et bestyrelsesmedlem er inhabilt. Herunder har det enkelte medlem naturligvis selv et ansvar for, at være opmærksom på denne situation⁵⁶.

I en situation med mulig inhabilitet for kapitalejeren på generalforsamlingen, jf. SL 86, er det dirigenten på generalforsamlingen der træffer den endelige beslutning om, at kapitalejeren er inhabil⁵⁷. Det er dirigentens opgave, at generalforsamlingen afholdes på forsvarlig vis, jf. SL § 101, stk. 2, 1 pkt. Herunder altså også at træffe beslutning i spørgsmål om inhabilitet⁵⁸. I

⁵⁶ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

⁵⁷ Selskabsret, Erik Werlauff, s 503

⁵⁸ Selskabsret, Erik Werlauff, s 489-490.

den situation det viser sig, at dirigenten har taget fejl, og at denne fejl har haft betydning for resultatet af afstemningen, kan afstemningen ved anlæggelse af retssag og given dom, kendes ugyldig⁵⁹.

Det er ligeledes dirigenten, der skal underskrive forhandlingsprotokollen fra generalforsamlingen, som skal indeholde en beskrivelse af alle beslutninger taget, herunder også forhold om inhabilitet⁶⁰.

I nogle scenarier, kan det være aktuelt for bestyrelsen og dirigenten for eksempel, at kunne dokumentere overfor omverdenen, at der har været taget stilling til og afklaret, at der ikke var tale om inhabilitet. Det kan for eksempel tænkes, at en række medkontraahenter vil stille spørgsmål, for eksempel ved valg af leverandør. Det er dog ikke et krav, at selskabet skal kunne dokumentere den interne beslutningsproces⁶¹. Herunder kan der også tænkes scenarier, hvor der umiddelbart synes at være inhabilitet, og hvor dette bør medføre krav om dokumentation om, at dette ikke håndteret. Men hvor sagens omstændigheder medfører, dette alligevel ikke er nødvendigt. I den tidligere omtalte dom UfR 2010.80V Tinglysningsdommers afvisning underkendt af landsretten, mente tinglysningsdommeren, at en salgsaftale skulle dokumenteres af andet selskabsorgan, da K stod som bøde køber og sælger af ejendom. I rollerne som henholdsvis direktør for K A/S og privatperson. Men landsretten henviste til, at K er direktør i selskabet jf. oplysninger i Erhvervs- og selskabsstyrelsen, var tegningsberettiget for selskabet K A/S, selvom han også var køber af ejendommen. Her var det ikke nødvendigt med anden dokumentation.

I andre situationer kan der foreligge krav om, at det skal kunne dokumenteres, at mulig inhabilitet er imødekommet. For eksempel ved påtegning af andet selskabsorgan. Også selvom der ikke umiddelbart er overtrådt nogen bestemmelser, som eksempel i dommen beskrevet nedenfor:

UfR 1978.760Ø Skøde fra selskab til tegningsberettiget direktør lyst med frist til dokumentation for andet selskabsorgan tiltrædelse.

Et skøde udstedt fra H A/S til direktør H, der var administrerende direktør i selskabet og berettiget til at kunne tegne for dette alene, blev tinglyst med frist til at H skulle dokumentere, at overdragelsen af skødet også tiltrådtes af et andet selskabsorgan end den administrerende direktør selv. Dette med henvisning til aktieselskabslovens § 58.

⁵⁹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 503

⁶⁰ Selskabsret, Erik Werlauff, s 492

⁶¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 545

Som det kan læses, er det en situation meget lig UfR 2010.80V, men med det modsatte resultat. Der er imidlertid også 22 år mellem de to domme, og dette kan have betydning for afgørelse. De to forskellige domme bekræfter imidlertid, at håndtering af inhabilitet altid må bero på en konkret vurdering af situationen.

3.3 Opsamling på håndtering af en situation med inhabilitet

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

Hvordan bør en situation med inhabilitet håndteres?

I den situation hvor der indtræder inhabilitet for et eller flere bestyrelsesmedlemmer, kan konsekvensen være, at bestyrelsen ikke længere kan opnå krævet fuld enighed jf. vedtægterne. Imidlertid tilsidesætter bestemmelsen om inhabilitet, kravet om fuld enighed angivet i vedtægterne. Reglerne om inhabilitet kan ikke omgås, ved at anføre andet i vedtægterne.

Når bestemmelsen om inhabilitet skal overholdes, kan der ske det, at bestyrelsen ikke længere er beslutningsdygtig. Idet det er krævet, at en hvis del af bestyrelsen skal have deltaget i drøftelse og beslutning, for at organet er beslutningsdygtigt. Inhabile bestyrelsesmedlemmer må herunder ikke tælles med ved afgørelse af om tilstrækkeligt mange bestyrelsesmedlemmer har været repræsenteret. Resultatet af dette bliver, at beslutningen rykkes op i generalforsamlingen.

Det forudsættes dog, at behandling på generalforsamlingen ikke medfører en situation, hvor nogle kapitalejere eller andre får en utilbørlig fordel frem for andre kapitalejere eller på selskabets bekostning. En kapitalejer må ikke have en urimelig fordel frem for andre på generalforsamlingen, som medfører utilbørlig formueforskydning. Dette er anført i Generalklausulen, SL § 108. I tilknytning til behandling på generalforsamlingen skal SL § 86 også tages i betragtning. Denne bestemmelse beskriver, at en kapitalejer eller fuldmægtig for kapitalejer ikke må stemme på generalforsamlingen om søgsmål, hvis kapitalejeren har en væsentlig interesse heri, der strider mod selskabets. SL § 86 beskriver altså også en situation, kapitalejeren skal være opmærksom på i relation til inhabilitet. Denne bestemmelse vedrører dog kun søgsmål og kapitalejers ansvar, ikke aftaler, og omfatter kun, at kapitalejer ikke må deltage i afstemning, men gerne i behandling. Fuldmægtig er omfattet på lige fod med den, vedkommende er fuldmægtig for, uanset om fuldmægtig selv er kapitalejer.

At bestyrelsesmedlemmet ikke må foretage utilbørlige beslutninger, beskrives ikke kun i SL § 108. Mens SL § 108 omhandler beslutninger, der træffes på generalforsamlingen, beskriver SL § 127, at bestyrelsesmedlemmet generelt ikke må disponere således, at det skaffer nogle kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning, uanset om dette er i bestyrelses- eller generalforsamlingsregi. I stk. 2 i bestemmelsen anføres det endvidere, at aftaler mellem enkapitalejer og kapitalsselskabet skal være dokumenteret, med mindre der er tale om helt almindelig aftaler mellem uafhængige parter.

At der har været tale om en situation, hvor der er indtrådt § 131 inhabilitet, skal føres til protokol i forhandlingsprotokollen, hvor det noteres, at der er indtrådt en § 131-situation med opstilling af bestyrelsesmedlemmets navn samt det punkt på dagsordenen, dette vedrører. Herunder har bestyrelsesmedlemmet altid mulighed for udtræde af bestyrelsen, hvis bestyrelsesmedlemmet ikke ønsker at fortsætte i bestyrelsen på grund af inhabilitet.

Hvem beslutter, at der er tale om inhabilitet?

Hvem der har beslutningskompetencen i forhold til en afgørelse af, om der er en situation med inhabilitet, afhænger af, om inhabiliteten indtræder i bestyrelsesregi eller på generalforsamling. I bestyrelsen vil det være de øvrige bestyrelsesmedlemmer og primært bestyrelsesformanden. På generalforsamlingen vil det være dirigenten.

Det kan herunder være en fordel for bestyrelsen og dirigenten at kunne dokumentere, at der er taget stilling til inhabiliteten. Dette kan ske ved notering i forhandlingsprotokollen som beskrevet ovenfor, eller blot ved at have almindelig dokumentation.

3.4 Perspektivering af håndtering af en situation med inhabilitet

Dette underafsnit vil perspektivere forhold beskrevet i afsnit 3 Håndtering af situation med inhabilitet.

3.4.1 Inhabilitet i 100 % ejede datterselskaber

Der er opgaven taget udgangspunkt i, at der var tale om bestyrelsen i det enkelte selskab. Imidlertid kan bestyrelser i en koncern med sammenfald af bestyrelsesmedlemmer have betydning for diskussionen af inhabilitet.

I et moderselskab der har bestemmende indflydelse på datterselskabet, men hvor der ikke foreligger 100 % ejer datterselskab, vil moderselskabets direktører, i det omfang de sidder i bestyrelsen i datterselskabet,

anses som inhabile i såvel aftaler som søgsmål mellem moder- og datterselskabet. Ligeledes antages det, at moderselskabets aktionærer, der sidder i bestyrelsen i datterselskabet, også anses som inhabile i sager og aftaler mellem moder- og datterselskab⁶². Risikoen er, at bestyrelsen indgår fordelagtige aftaler til sig selv. I dette scenarie kan der altså være tale om inhabilitet.

Modsat dette står den konstellation, hvor datterselskabet er 100% ejer af moderselskabet. Om det giver mening at tale om modstridende interesser, kan være op til diskussion. Er det de samme aktionærer, der fuldt ud ejer såvel moder- som datterselskab, vil diskussionen omkring inhabilitet mellem moder og datter, give mindre mening på tværs af moder-datter selskaberne. Uanset bestyrelsen også omfatter uafhængige bestyrelsesmedlemmer. Idet det vil være de samme aktionærers interesser, der varetages af både moder og datterselskab som udgangspunkt. Der kan naturligvis være kunder og leverandører for hvem der kan tænkes interessekonflikter, men at forskyde en beslutning fra bestyrelsen til generalforsamlingen, vil ikke gøre nogen forskel. Det kan derfor diskuteres, om inhabilitet mellem moder og datter da er relevant⁶³.

4 Inhabilitet i Soft law

Ovenfor er inhabilitet behandlet ud fra Selskabslovens bestemmelser. Dette afsnit skal besvare arbejdsspørgsmålet; Er inhabilitet kun et dansk anvendt begreb angivet i selskabsloven, eller behandles det også i soft law?

Input til, hvordan ledelsen bør handle, kan også komme fra såkaldt "soft law". Denne soft law kan ses som et supplement til lovgivningen, og som et redskab til at sætte retningen for god selskabsledelse. Altså vejledninger og anbefalinger, der ikke er egentlig lov, men retningslinjer der frivilligt kan følges. I relation til bestyrelsens arbejde, tales der især om corporate governance i OECD regi. Og om god selskabsledelse i dansk regi. Som udgangspunkt er disse anbefalinger målrettet noterede selskaber, men de kan med fordel anvendes af bestyrelser i alle selskaber, og vil blive gennemgået ud fra dette perspektiv. Corporate governance eller god selskabsledelse, er ikke i sig selv nogen sikkerhed for, at bestyrelsen udøver god ledelse. Det er naturligvis først ved at indarbejde og efterleve de anførte anbefalinger, at gevinsten opnås⁶⁴.

4.1 Corporate governance

Der har i de sidste årtier været skrevet og debatteret meget om, hvilke principper et selskab bør ledes efter. Fællesbetegnelsen for disse principper er Corporate Governance.

⁶² Kendelse af 12. Januar 1998. 97-106.684 Spørgsmål om inhabilitet af medlemmer af banks bestyrelse.

⁶³ Kendelse af 12. Januar 1998. 97-106.684 Spørgsmål om inhabilitet af medlemmer af banks bestyrelse.

⁶⁴ Introduktion til dansk selskabsret, Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, s 52-57

Centralt for debatten har været et ønske om at undgå finansskandaler samt forholdet mellem direktion og bestyrelse. Begrebet lader sig ikke umiddelbart oversætte til dansk, men der anvendes i daglig tale ofte formuleringen god selskabsledelse⁶⁵.

4.1.1 Corporate governance i OECD

OECD kom frem med de første anbefalinger om god selskabsledelse tilbage i 1999, som senere blev opdateret i 2004 og igen i 2015. God selskabsledelse er ikke målet i sig selv, men der er tænkt som et værktøj til at støtte selskabsledelsen i at skabe stabil økonomisk vækst og finansiel stabilitet. For derved at gøre virksomheden mere attraktiv og tiltrække kapital samt tilsikre sund og retfærdig behandling af aktionærer og andre interessenter. Ønsket er at skabe et miljø med tillid, gennemsigtighed og ansvarlighed. Centralt står det, at virksomheden skal kunne tilpasse sig hastige ændringer i sin omverden⁶⁶.

Afsnit 6 i anbefalingen omhandler konkret bestyrelsens ansvar og angiver 5 aspekter som virksomheden bør tage i betragtning. Tanken er, at disse forhold er relevante for alle virksomheder og på tværs af lande. Det er uanset bestyrelsens opgave, i samspil med virksomhedens strategi, at holde opsyn med driften af virksomheden, samt tilsikre passende udbytte til ejerne. Men også at håndtere og forebygge eventuelle interessekonflikter, således at bestyrelsen altid kan udøve objektiv og uafhængig ledelse. Især denne sidste del, er relevant i forhold til inhabilitet⁶⁷.

Afsnit 6 er underopdelt i 5 afsnit, et for hver af de 5 aspekter, hvoraf de tre især er aktuelle i forhold til objektivitet i ledelsen i OECD perspektiv. Disse er følgende, angivet i dokumentet G20/OECD Principles of Corporate Governance, afsnit VI:

Punkt A: "Bestyrelsesmedlemmer bør handle på et fuldt oplyst grundlag, i god tro, med omhu og omsorg, og i den bedste interesse for selskabet og aktionærerne."

Dette punkt omhandler de to betroede forpligtelser bestyrelsesmedlemmer har, henholdsvis omsorgspligt og loyalitetspligt.

Omsorgspligten omhandler at bestyrelsesmedlemmer agerer på oplyst grundlag, i god tro, og med omhu og forsigtighed. Nogle lande har fastlagt standard for beskrivelse af den adfærd, en rimelig fornuftig person ville udøve under lignende omstændigheder.

⁶⁵ Rapporten "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark"

⁶⁶ <http://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm> & G20/OECD Principles of Corporate Governance

⁶⁷ G20/OECD Principles of Corporate Governance

Loyalitetspligt er af central betydning, og knytter sig også tæt til det at være habil. Denne omhandler at handle i selskabets interesse men også at give en retfærdig behandling af aktionærer samt overvågning af transaktioner med nærtstående parter og etablering af vederlagspolitik for ledende medarbejdere og bestyrelsesmedlemmer. Ligeledes omhandler dette aspekt det forhold, at bestyrelsen skal varetage selskabets interesse, også når dette er en del af en koncern, og ikke moderselskabets. Loyalitetspligten gennemgås yderligere senere.

Punkt B: "Hvor bestyrelsens beslutninger kan påvirke forskellige aktionærgrupper forskelligt, bør bestyrelsen behandle alle aktionærer retfærdigt."

Ved udførelsen af sine opgaver, bør bestyrelsen ikke agere som individuelle repræsentanter for særskilte interesser. Selvom bestyrelsesmedlemmer kan vælges af aktionærer, er det centralt de ikke varetager disse særskilte interesser, men at de påtager sig deres ansvar overfor at udføre deres opgaver på en upartisk måde med hensyn til alle aktionærer.

Punkt C: "Bestyrelsen bør gælde høje etiske standarder. Det bør tage hensyn til de berørte parter interesser."

Bestyrelsen spiller en central rolle, i forhold til at sætte den etiske tone i selskabet. Både i forhold til sine egne handlinger og i forbindelse med ansættelse og tilsyn med direktionen. En troværdig bestyrelse med høje etiske standarder, signalerer troværdig og veldrevet virksomhed.

For at gøre målene i bestyrelsen klare og operationelle, har mange virksomheder fundet det nyttigt at udarbejde adfærdskodekser baseret på bl.a. faglige standarder. Dette ses blandt andet i vedtægter for selskaber og i brugen af anbefalinger for god selskabsledelse.

Som det kan læses af ovenstående, arbejder OECD også med god selskabsledelse, omtalt som corporate governance. Begrebet inhabilitet, eller rettere det at agere habil, er ikke konkret anvendt. Men det ses beskrevet, at er lægges vægt på at bestyrelsesmedlemmet skal handle i selskabet interesse og at agere på en måde, hvor bestyrelsesmedlemmet ikke misbruger sin position til at skabe sig fordele. Efter samme principper som knytter sig til inhabilitet i SL §§ 131 og 86, som beskrevet. Inhabilitet er altså ikke konkret beskrevet og formuleret som begreb,

men alligevel indarbejdet som en række forhold bestyrelsen bør agere efter. OECD anbefalingen er soft law, hvilket medfører en mere blød og beskrivende formulering af god opførsel, end man læser af egentlige lov, som SL.

4.1.2 God selskabsledelse i Danmark

Corporate governance tankegangen blev for alvor slået fast i Danmark med rapporten "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark".

Komiteen for god selskabsledelse reviderede sidst sine 2013 anbefalinger i maj 2014. Anbefalingerne for god selskabsledelse er "soft law", og selskaberne er derfor ikke forpligtet til at følge dem. Ligesom det er gældende med de ovenfor anførte OECD anbefalinger. Dog med en undtagelse for børsnoterede selskaber, at de enten skal følge anbefalinger eller redegøre for, hvordan og hvorfor de ikke gør dette. Det såkaldte "følg og forklar princip"⁶⁸.

Ligesom i OECD, der har været en inspirationskilde til komiteen for god selskabsledelse og anbefalingerne, beskrives det, at formålet med anbefalingerne er at understøtte processen med at skabe ansvarlig og værdiskabende ledelse. Formålet er i sidste ende, at gøre det attraktivt at investere i danske selskaber. Komiteen har bevidst i anbefalingerne valgt ikke at gentage forhold angivet i loven, dels for at holde anbefalingerne enkle og overskuelige, dels fordi det forudsættes, at selskabsledelsen er bekendt med disse. Anbefalingerne er derfor et supplement, ikke en erstatning. Anbefalingerne er rettet mod danske børsnoterede selskaber, men der kan være en inspiration for andre selskaber også⁶⁹. Dette er også beskrevet senere i opgaven.

Anbefalingen om god selskabsledelse er ligesom i OECD anbefaling, opdelt i en række forhold. Afsnit 2 omhandler bestyrelsens opgaver og ansvar. Her er følgende formulering angivet:

*"Det påhviler bestyrelsen at varetage aktionærernes interesser med omhu og under behørig hensyntagen til de øvrige interessenter."*⁷⁰

Endvidere omhandler afsnit 3 bestyrelsens sammensætning og organisering, og følgende formulering er her angivet:

⁶⁸ Artiklen "Corporate Governance: Uafhængige bestyrelsesmedlemmer" af Shanta Rye-Munkbak.

⁶⁹ Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013, opdateret november 2014

⁷⁰ Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013, opdateret november 2014

”Det er væsentligt, at bestyrelsen er sammensat således, at varetagelsen af opgaverne kan ske effektivt i en konstruktiv og kvalificeret dialog med direktionen. Det er særdeles væsentligt, at medlemmerne af bestyrelsen altid handler uafhængigt af særinteresser.”⁷¹

Det beskrives med disse formuleringer kort, at det er bestyrelsens ansvar at varetage såvel aktionærernes som andre interessenters interesser og ikke egne interesser. Og at det af stor betydning, at bestyrelsen altid handler uafhængigt af særinteresser. På samme led, som det er beskrevet i OECD anbefalinger angivet ovenfor. Og med samme udgangspunkt som beskrevet i SL § 131. At bestyrelsesmedlemmet ikke må være inhabil. Altså ikke optræde i en situation hvor denne ikke er upartisk med risiko for tilgodese egne interesser frem for selskabets.

I afsnit 3 beskrives derimod ikke inhabilitet, men det at bestyrelsen skal være uafhængig:

”Det anbefales, at mindst halvdelen af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er uafhængige, således at bestyrelsen kan handle uafhængigt af særinteresser.”⁷²

Ligesom for OECD anbefalinger beskrives forholdet omkring inhabilitet ikke konkret, men det at optræde uafhængigt af særinteresser relateres derimod til det forhold at være uafhængig. I formulering sættes der lighedstegn mellem det at være uafhængig, og det at handle uafhængigt af særinteresser. Altså forudsættes det, at hvis et bestyrelsesmedlem er uafhængigt, vil det altid handle i selskabets interesse. Og omvendt kan man så slutte, at det afhængige bestyrelsesmedlem dermed vil have større risiko for at handle i egen interesse. Det giver god mening, og det er et godt udgangspunkt for sammensætning af bestyrelsen. Men det beskriver ikke det forhold, at der er forskel på uafhængighed og inhabilitet. Og at det er det øjeblik inhabiliteten indtræder, uanset om bestyrelsesmedlemmet er uafhængigt eller ej, der kan give problemer.

4.2 Opsamling på inhabilitet i Soft law

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

⁷¹ Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013, opdateret november 2014.

⁷² Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013, opdateret november 2014.

Er inhabilitet kun et dansk anvendt begreb angivet i selskabsloven, eller behandles det også i soft law?

Input til hvordan ledelsen bør agere, kommer også fra såkaldt soft law i form af vejledninger og anbefalinger. I OECD regi arbejdes der med Corporate governance, og i dansk regi også med god selskabsledelse.

Anbefalingernes formål er at vejlede og støtte bestyrelsen i dens arbejde, således at den til enhver tid varetager selskabets interesse på bedste vis. Herunder at forebygge interessekonflikter ved at udøve objektiv og uafhængig ledelse. Dette er relevant i forhold til inhabilitet.

OECD Principles of Corporate Governance beskriver blandt andet, at bestyrelsen skal handle fuldt oplyst, i god tro, og med omhu og omsorg for selskabets og aktionærernes interesse. Altså imødekomme omsorgs- og loyalitetspligten. At alle aktionærer skal behandles retfærdigt, og bestyrelsen skal have høje etiske standarder. OECD anvender ikke begrebet inhabilitet, men beskriver i stedet en række forhold, også beskrevet i SL §§ 131 og 86, som bestyrelsen bør agere efter.

Komiteen for god selskabsledelse i Danmark arbejder også med anbefalinger til selskabets bestyrelse. Disse er følg eller forklar anbefalinger for noterede selskaber, men kan efterleves af alle selskaber. Komiteen har bevidst valgt ikke at gengive loven i anbefalingerne, da anbefalingerne er et supplement, ikke en erstatning for loven. I anbefalingerne for god selskabsledelse er anført, at det påhviler bestyrelsen at varetage aktionærernes interesse med omhu og under behørig hensynstagen til øvrige interessenter. Ligesom det er anført, at det er væsentligt, at bestyrelsen er sammensat, så den altid kan handle uafhængigt af særinteresser. Heller ikke i disse anbefalinger nævnes inhabilitet som begreb, men i stedet det at være uafhængig. Der sættes lighedstegn mellem det at være uafhængig, og det at kunne handle uafhængigt af særinteresser. Imidlertid er uafhængighed og inhabilitet ikke det samme. Dette vil der blive redegjort for i afsnit 6.

Inhabilitet er altså umiddelbart kun et begreb, anført direkte i den danske lovgivning. Ikke i OECD eller Komiteen for god selskabsledelses anbefalinger, men der fokuseres på det samme, nemlig at bestyrelsen skal varetage selskabets og aktionærernes interesse ved at handle uafhængigt af særinteresser.

5 Inhabilitet i EU-retten

Ovenfor er inhabilitet behandlet ud fra Selskabslovens bestemmelser, samt OECD og Komiteen for god selskabsledelses anbefalinger. Dette afsnit skal besvare arbejdsspørgsmålet; Er inhabilitet indarbejdet i EU-ret?

Inhabilitet i selskabsledelse for danske selskaber er som gennemgået indtil nu beskrevet i såvel dansk lovgivning som soft law. Imidlertid er Danmark medlem af EU og skal derfor følge den fælles EU-lovgivning, med mindre denne er i strid med grundloven, eller Folketinget vedtager en lov der bryder EU-reglen⁷³.

Imidlertid arbejder langt de fleste danske selskaber på et europæisk eller globalt marked. Herunder er nogle virksomheder etableret på tværs af landegrænser i EU⁷⁴.

Det er derfor relevant i en behandling af begrebet inhabilitet at gennemgå, om der findes EU-regulering, der behandler dette forhold. Som enten understøtter eller afviger fra dansk lovgivning.

Begrebet inhabilitet er ikke konkret behandlet i EU-regulering. Der har dog været domme vedrørende reglerne omkring inhabilitet i forbindelse med EU-udbud⁷⁵. Men EU-kommissionen har beskæftiget sig med god selskabsledelse i tråd med corporate governance og udgivet blandt andet kommissionen henstilling 2005/162/EF og en grønbog (green paper) The EU corporate governance framework om emnet⁷⁶. Der findes en række corporate governance principper og regler i EU regi, som samles i en række anbefalinger blandt andet om uafhængige bestyrelsesmedlemmer⁷⁷.

5.1 Kommissionens henstilling 2005/162/EF

EU-kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, ”Om den rolle, der spilles af menige bestyrelsesmedlemmer og medlemmer af tilsynsorganer i børsnoterede selskaber og om udvalg nedsat i bestyrelsesorganet” 2005/162/EF, omhandler blandt andet vigtigheden af uafhængighed for bestyrelses- og tilsynsrådets medlemmer. Det beskrives, at det er væsentligt, at der i selskabets bestyrelse sidder uafhængige medlemmer, som er i stand til at varetage ejernes interesse. Og ligeledes at uafhængige bestyrelsesmedlemmer er dem der ikke har en materiel interessekonflikt⁷⁸.

⁷³ <http://www.eu.dk/da/danmark-i-eu/euret-i-danmark>

⁷⁴ Pressemeddelelse, IP/11/404, Corporate Governance framework for European companies: what needs to be improved?

⁷⁵ <https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2015/04/Ny-EU-dom-om-inhabilitet-i-forbindelse-med-udbud>

⁷⁶ EU-kommissionens henstilling 2005/162/EF & European commission, green paper, the EU Corporate Governance framework

⁷⁷ Pressemeddelelse, IP/11/404, Corporate Governance framework for European companies: what needs to be improved?

⁷⁸ Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, 2005/162/EF

I bilag II beskrives i tilknytning til denne henstilling blandt andet en række kriterier for, hvornår et bestyrelsesmedlem i nævnte organer, kan siges at være uafhængig, om end det også bemærkes, at en udtømmende liste ikke kan opstilles. Det bemærkes også i bilaget, at bestyrelsesmedlemmets uafhængighed kan afhænge af omstændigheder og relationer, og være forskellig fra et land til et andet, og fra en virksomhed til en anden. Disse vedrører især bestyrelsesmedlemmets relation til selskabet, i form af at være bestyrelsesmedlem, direktør, medarbejder, aktionær, partner, kunde, revisor, familiær tilknytning m.m., samt modtagelse af større vederlag og den periode vedkommende har siddet i ledelsesorganet⁷⁹.

Men det beskrives også i afsnit 2 i bilag II, at bestyrelsesmedlemmet uanset ovenstående;

- *”Under alle omstændigheder skal udvise uafhængighed i stillingtagen, beslutninger og handlinger.”*
- *”Ikke må søge at opnå eller modtage nogen urimelig fordel, der kunne anses for at kompromittere hans eller hendes uafhængighed.”*
- *”Klart opponere mod enhver beslutning truffet af bestyrelses/ledelsesorganet, som vedkommende finder kan skade selskabet.”⁸⁰*

Dette afsnit 2 omfatter i høj grad de forhold, der er beskrevet om inhabilitet i SL § 131. At bestyrelsesmedlemmet uanset relation til selskabet ikke må deltage i drøftelse eller beslutning om forhold denne er inhabil. At bestyrelsesmedlemmet ikke må træffe beslutninger på generalforsamlingen, der er åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andres bekostning, jf. SL § 108. Samtidig bør bestyrelsesmedlemmet optræde ansvarligt og tage aktion, når der ikke handles i selskabets interesse.

Mens begrebet inhabilitet altså ikke er benævnt konkret, bliver det at handle i selskabets interesse fremhævet i tilknytning til uafhængighed i EU regi i stedet.

5.2 Opsamling på inhabilitet i EU-retten

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

⁷⁹ Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, 2005/162/EF, bilag II

⁸⁰ Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, 2005/162/EF, bilag II

Er inhabilitet indarbejdet i EU-ret?

Danmark er medlem af EU og skal derfor følge EU lovgivning. Langt de fleste danske selskaber arbejder på det europæiske og globale marked, og det er derfor også relevant, om EU-reguleringen beskriver retningslinjer for inhabilitet.

Ligesom i regi af OECD og Komiteen for god selskabsledelse beskrives begrebet inhabilitet ikke konkret. I Kommissionens henstilling 2005/162/EF anføres i stedet, at bestyrelsen skal udvise uafhængighed i beslutninger, stillingstagen og behandlinger. Vedkommende ikke må søge en urimelig fordel, der kan kompromittere uafhængigheden, og at bestyrelsesmedlemmet klart skal opponere mod enhver beslutning, der kan skade selskabet.

6 Inhabilitet contra uafhængighed

Dette afsnit vil besvare arbejdsspørgsmålet; Hvad er forskellen på inhabilitet og uafhængighed?

6.1 Forskellen på inhabilitet og uafhængighed

Beskrivelsen af inhabilitet har lagt fokus på, at bestyrelsesmedlemmet ikke må have en egeninteresse, denne varetager frem for selskabets. I såvel OECD som i EU henstilling og i Komiteen for god selskabsledelse, arbejdes der imidlertid ikke med begrebet inhabilitet men med begrebet uafhængighed. Uafhængighed vurderes at være et forhold, der tilsikrer objektiv sagsbehandling for at undgå interessekonflikter. Det uafhængige bestyrelsesmedlem skal fungere som en modvægt til det afhængige bestyrelsesmedlem. Endvidere vil det uafhængige bestyrelsesmedlem kunne komme med inspiration og andre perspektiver, end det afhængige⁸¹. Det er derfor relevant at afklare, om der er forskel, og hvori denne ligger.

I OECD anbefalingen G20/OECD Principles of Corporate governance er beskrevet nedenstående:

“In order to exercise its duties of monitoring managerial performance, preventing conflicts of interest and balancing competing demands on the corporation, it is essential that the board is able to exercise objective judgement. In the first instance this will mean independence and objectivity with respect to management with important implications for the composition and structure of the board.

⁸¹ Artiklen Corporate Governance: Uafhængige bestyrelsesmedlemmer, af Shanta Rye-Munkbak NTS 2014:1

Board independence in these circumstances usually requires that a sufficient number of board members will need to be independent of management.”

I komiteen for god selskabsledelse anbefaling, Anbefalinger for god selskabsledelse maj 2013, er formuleringen:

”Det anbefales, at mindst halvdelen af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er uafhængige, således at bestyrelsen kan handle uafhængigt af særinteresser.”

I EU i Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, 2005/162/EF er formuleringen blandt andet:

”Der bør vælges et tilstrækkeligt stort antal uafhængige menige bestyrelsesmedlemmer/medlemmer af tilsynsorganet til at sikre en forsvarlig behandling af enhver materiel interessekonflikt blandt ledelsesmedlemmerne.”

Det ses, at det, at bestyrelsen kan handle uafhængig af egeninteresse, og foretage objektiv varetagelse af selskabets interesse, knyttes til det at være uafhængig. Ved at være uafhængig imødekommes interessekonflikter. Ligesom bestyrelsesmedlemmet bedre er i stand til at stille sig kritisk overfor direktionen. Det at være uafhængig er et relativt begreb ligesom det at være inhabil, men i Komiteen for god selskabsledelse Anbefalinger for god selskabsledelse, maj 2013, opstilles nedenstående forhold:

”For at være uafhængig må den pågældende ikke:

- være eller inden for de seneste 5 år have været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab,*
- indenfor de seneste 5 år have modtaget større vederlag fra selskabet/koncernen, et datterselskab eller et associeret selskab i anden egenskab end som medlem af bestyrelsen,*
- repræsentere en kontrollerende aktionærs interesser,*
- inden for det seneste år have haft en væsentlig forretningsrelation (f.eks. personlig eller indirekte som partner eller ansat, aktionær, kunde, leverandør eller ledelsesmedlem i selskaber med tilsvarende forbindelse) med selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab,*
- være eller inden for de seneste 3 år have været ansat eller partner hos ekstern revisor,*
- være direktør i et selskab, hvor der er krydsende ledelsesrepræsentation med selskabet,*
- have været medlem af bestyrelsen i mere end 12 år, eller*

- *være i nær familie med personer, som ikke betragtes som uafhængige.”*

Det forudsættes, at såfremt der i bestyrelsen er uafhængige bestyrelsesmedlemmer, tilsikrer dette, at der ikke sker varettagelse af egeninteresse. I Nørby-udvalgte rapport om Corporate Governance i Danmark, formuleres det konkret, at bestyrelsens sammensætning er væsentlig for at denne kan handle uafhængig af særinteresser. Og at det derfor anbefales, at flertallet af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er uafhængige. Ligesom det anbefales, at medlemmer af direktion ikke sidder i bestyrelsen, og at hovedaktionær hverken sidder i bestyrelse eller direktion⁸².

Eksempler på at formodet interessekonflikt kan have konsekvenser for bestyrelsesmedlemmer, ses af nedenstående situationer:

Bestyrelsesmedlem i Alm. Brand Tage Benjaminsen forlader Alm. Brand A/S og Alm. Brand Bank A/S bestyrelser på grund af interessekonflikt.

Tage Benjaminsen vælger at trække sig fra bestyrelsen i Alm. Brand A/S og Alm. Brand Bank A/S på grund af mulig interessekonflikt i relation til hans andre interessekonflikter. Hvad disse omfatter oplyses ikke nærmere⁸³.

Interessekonflikt udskyder valget af ny DONG formand.

Tidligere direktør i Mærsk Oil, Thomas Thune Andersen, kan først tiltræde sin nye position som formand for bestyrelsen i DONG, når han er udtrådt af bestyrelsen i den skotske energikoncern, Scottish & Southern Energy, idet de to selskaber samarbejder strategisk indenfor vindenergi. Der er ikke umiddelbart tale om, at Thomas Thune Andersen også må forlade de andre poster i en række andre energiselskaber, idet der ikke fremgår at der også er tale om interessekonflikter her⁸⁴.

6.2 Uafhængighed contra inhabilitet

Uafhængighed en tilstand af mere varig karakter. Uafhængighed omhandler bestyrelsesmedlemmets mere varige relation til selskabet. For eksempel at have været ansat, at have været aktionær, at have været direktør, medlem af bestyrelse eller i nær tilknytning til nogen med relation til selskabet. Et uafhængigt bestyrelsesmedlem vil altså være det bestyrelsesmedlem, der valgt på generalforsamling,

⁸² Rapporten "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark"

⁸³ Artiklen Interessekonflikt giver udskiftning i Alm. Brands bestyrelse, Finansnyt, af Heidi Birgitte Nielsen, 27/3-2012.

⁸⁴ Artiklen Interessekonflikt udskyder valget af ny DONG formand, Politiken, af Nikolaj Heltoft, 11/3-2014

men som ikke har nogen forudgående eller nuværende af ovenstående relationer til selskabet. Ligesom bestyrelsesmedlemmet ikke har nogen personlig økonomisk forretningsmæssig interesse i virksomheden.

Modsat er inhabilitet som beskrevet en tilstand, der knytter sig til deltagelse i behandling af et konkret spørgsmål om aftale eller søgsmål. Mellem selskabet og bestyrelsesmedlemmet, mellem selskabet og tredjemand, eller mellem selskabet og kapitalejer⁸⁵. Inhabilitet knytter sig altså ikke som sådan til den varige relation til selskabet eller sagen, men til bestyrelsesmedlemmets konkrete relation til en given sag eller aftale. Inhabilitet er derfor en midlertidig og mere forbigående tilstand.

Inhabilitet og uafhængighed er derfor ikke det samme, men det udelukker heller ikke hinanden. Et uafhængigt bestyrelsesmedlem kan godt være inhabil i en given sag. Ligesom et afhængigt bestyrelsesmedlem kan godt være habil i en given sag. For at kunne være uafhængig antages at bestyrelsesmedlemmet ikke har økonomisk eller personlig relation til virksomheden, men derfor kan bestyrelsesmedlemmet godt have en personlig interesse i en sag. Modsat kan bestyrelsesmedlemmet godt være habil, selvom medlemmet for eksempel indgår købs- salgsaftaler, eller er aktionær, så længe dette forhold ikke medfører inhabilitet i en given situation. Som for eksempel anført i tidligere omtalt U.1981.973 H Brødfabrikken Røde Vejmølle A/S i likvidation.

6.3 Uafhængighed som soft law, kontra inhabilitet som lov

Det at have uafhængige bestyrelsesmedlemmer er ikke et lovkrav beskrevet i selskabsloven. Uafhængighed er som ovenfor beskrevet anbefaling i soft law, for eksempel i corporate governance, EU henstilling og Anbefalinger for god selskabsledelse. Mens børsnoterede selskaber skal følge det tidligere nævnte følg eller forklar princip, er der imidlertid ikke noget krav om, at selskabet skal have uafhængige bestyrelsesmedlemmer, og der er ingen sanktion, hvis dette ikke er situationen.

Modsat anbefalingen om uafhængige bestyrelsesmedlemmer, står kravet om inhabilitet i beslutninger og retssager, som beskrevet i SL § 131 og 86. Dette er et ufravigeligt krav, da selskabsloven skal følges. Uanset om bestyrelsesmedlemmet er uafhængig eller ej. Selskabsloven anvender formuleringen ”må ikke”. Dette er negativt ladet, og beskriver et klart forbud. Det er ikke op til diskussion. Anbefalingerne derimod anvender begreber som ”bør”. Dette er en langt mere positiv formulering, og ikke et forbud. Bestyrelsen kan vælge at følge anbefalingen eller lade være. Som også beskrevet ovenfor.

⁸⁵ Lovsamlingen 2014, SL §§ 86 og 131.

Det er dog ikke således, at uafhængighed ikke helt er udeladt af dansk lov. I SL § 111 er der indføjet, at det for A/S er gældende, at flertallet af bestyrelsesmedlemmer ikke må være direktører, og at direktører ikke kan være formand eller næstformand. Hvor corporate governance og anbefalinger om god selskabsledelse udvider forholdet med uafhængige bestyrelsesmedlemmer til ikke kun at omfatte direktører i selskaber, omfatter SL altså kun direktører.

6.4 Opsamling på uafhængighed

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

Hvad er forskellen på inhabilitet og uafhængighed?

Som beskrevet i de foregående afsnit arbejder OECD, Komiteen for god selskabsledelse og EU ikke med begrebet inhabilitet. De beskriver i stedet vigtigheden af uafhængighed. Det anføres, at bestyrelsen kan handle uafhængigt af egeninteresse, foretage objektiv varettagelse af selskabets interesse og stille sig kritisk overfor direktionen, når denne er uafhængig.

Imidlertid kan der ikke sættes lighedstegn mellem det at være uafhængig og det at være habil. Altså altid handle uafhængigt af egeninteresser. Uafhængighed omhandler bestyrelsesmedlemmets mere varige relation til selskabet. For eksempel ansættelsesforhold, at være aktionær, medlem af bestyrelse eller i nær tilknytning til nogen med relation til selskabet. Et uafhængigt bestyrelsesmedlem har ikke nogen relation til selskabet andet end at sidde i bestyrelsen. Og den eneste økonomiske interesse bestyrelsesmedlemmet har, er selskabets.

Inhabilitet er omvendt, det forhold et bestyrelsesmedlem har til en konkret aftale eller søgsmål. Inhabilitet vedrører ikke den varige relation til selskabet eller sagen, men til bestyrelsesmedlemmets konkrete relation til en given sag eller aftale. Inhabilitet er en midlertidig og mere forbigående tilstand.

Det er imidlertid ikke et enten-eller mellem inhabilitet og uafhængighed. Et uafhængigt bestyrelsesmedlem kan godt være inhabil i en given sag, ligesom et afhængigt bestyrelsesmedlem kan godt være habil. Mens ønsket om uafhængige bestyrelsesmedlemmer skal tilsikre fundamentet for, at bestyrelsen kan foretage den mest objektive og kompetente ledelse generelt, så skal bestemmelsen om inhabilitet tilsikre, at det eller de enkelte bestyrelsesmedlemmer ikke, i en given sag, tilsidesætter selskabets interesse til fordel for egen interesse.

Uafhængige bestyrelsesmedlemmer er ikke et lovkrav beskrevet i selskabsloven, men i stedet beskrevet i soft law. Mens inhabilitet konkret er beskrevet i selskabsloven. Dette er et ufravigeligt krav, da selskabsloven skal følges. Uanset om bestyrelsesmedlemmet er uafhængig eller ej. Der er dog i SL § 111 anført, at flertallet af bestyrelsesmedlemmer ikke må være direktører, og at direktører ikke kan være formand eller næstformand. Hvorved krav til en grad af uafhængighed i bestyrelsen opstilles.

6.5 Perspektivering om uafhængighed contra inhabilitet

Dette underafsnit vil perspektivere forhold beskrevet i afsnit 6 Inhabilitet contra uafhængighed.

6.5.1 Lovbestemt inhabilitet contra frivillig uafhængig

Man kan umiddelbart spekulere over, hvorfor ikke det er besluttet, at indføre uafhængighed i SL § 131, i stedet for inhabilitet. Tilsyneladende er denne formulering langt mere konkret. Forklaringerne kan være mange. Men helt lavpraktisk behøver det at være afhængig af selskabet ikke at være et problem for at varetage selskabets interesser. Tværtimod. Som beskrevet kan det være en fordel for et selskab med bestyrelsesmedlemmer, der har økonomisk og personlig tilknytning og erfaring med branchen og selskabet. Indføres uafhængighed som et lovkrav, ville resultatet være, at selskabets fratages muligheden for at sætte det bedste bestyrelseshold. Et forhold aktionærer og andre interessenter formentlig ikke er interesseret i. Ligesom det for nogle mindre selskaber, måske slet ikke vil give mening, at have uafhængige bestyrelsesmedlemmer.

Endvidere vil det at sætte bestemmelser op for uafhængige bestyrelsesmedlemmer ikke fjerne risikoen for afhængige beslutninger. Et afhængigt medlem kan tage en uafhængig beslutning, ligesom det omvendte kan ske. Problemet er derfor ikke så meget afhængighedsforholdet, men bestyrelsesmedlemmets evne til at træffe beslutninger i selskabet og ikke egen interesse. Sagt med andre ord, det er ikke afhængighed der er kritisk, men inhabilitet.

6.5.2 Det uafhængige bestyrelsesmedlems kompetencer set i forhold til inhabilitet

Det har indtil nu i opgaven været forudsat, at det at finde kompetente medlemmer til ledelsen, ikke var et forhold, der gav nogen udfordringer. Fokus har været på, at det der kan give udfordringer, men som også er væsentligt, er at disse bestyrelsesmedlemmer handlede udenfor egeninteresse. Ikke hvad deres kompetencer og baggrund var.

Som nævnt arbejder både OECD, EU og komiteen med begrebet uafhængighed, og ikke inhabilitet. Altså det forhold, at bestyrelsesmedlemmet ikke har nogen varig økonomisk eller personlig tilknytning til selskaber, der medfører, at denne handler i egen interesse.

Det er også beskrevet, at inhabilitet ligeledes omhandler at bestyrelsesmedlemmet altid skal handle i selskabets interesse men i dette perspektiv i forhold til den enkelte sag.

Det antages som beskrevet, at det at have et afhængighedsforhold, medfører risiko for egeninteresse. Det giver god mening. Men da et selskab må formodes altid at ønske at sammensætte så kompetent en bestyrelse som muligt, giver det ikke nødvendigvis mening at have en bestyrelse kun bestående af uafhængige medlemmer.

Jo mere kompleks og omfangsrig en virksomhed, jo større krav til der ofte være til bestyrelsens kompetencer og erfaringer. Herunder vil det ofte være personer med professionel erfaring fra pågældende branche og lignende organer, der har de fornødne kompetencer⁸⁶. Som også beskrevet tidligere i tilknytning til bestyrelsens kompetencer. Det kan for eksempel være, at bestyrelsesmedlemmet også sidder i bestyrelsen i andre selskaber i branchen, eller at denne er direktør i andet selskab. Med disse kompetencer, opstår risikoen for inhabilitet som beskrevet.

Dette aspekt er også beskrevet i EU-kommissionen såkaldte grønbog, Green paper, fra 2011, om god selskabsledelse i børsnoterede selskaber "The EU corporate governance framework". Hensigten med grønbogen var at skabe fokus på, at god selskabsledelse blandt andet skal bidrage til, at sikre vækst i europæisk erhvervsliv. Herunder behandler grønbogen, vigtigheden af at have en velfungerende bestyrelse, med den rigtige sammensætning samt kompetencer⁸⁷.

Kommissionen beskriver i grønbogen, at en af lektierne lært under den finansielle krise er, at der er plads til forbedring i forhold til god selskabsledelse. Og at god selskabsledelse er væsentligt for at drive en konkurrencedygtig virksomhed⁸⁸. I tilknytning til emnet selskabsledelse i grønbogen, sættes fokus på det der betegnes som udfordringen med "group think" i bestyrelsen. Det forhold, at en bestyrelse bestående af medlemmer med ens kompetencer og baggrund, ikke nødvendigvis er at foretrække, set i det lys, at bestyrelsen skal kunne udfordre direktionen, og at den bedste dynamik i bestyrelsen opnås ved at have en spredning af køn, kompetencer, baggrund m.m.⁸⁹.

⁸⁶ Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. Maj 2010 stillet af Per Clausen (EL)

⁸⁷ www.FSR.dk, faglig information, 12/4-2011 EU-kommissionen ønsker kommentarer til grønbog om god selskabsledelse (Corporate Governance)

⁸⁸ Pressemeddelelse, IP/11/404, Corporate Governance framework for European companies: what needs to be improved?

⁸⁹ Memo/11/218, 5. April 2011, Frequently asked questions: Consultation on the EU Corporate Governance framework

Det afhængige bestyrelsesmedlem vil som udgangspunkt have større risiko for at blive inhabil. Men at udelukke denne gruppe af kompetencer helt fra ledelsesorganet, er ikke hensigtsmæssigt i et rent fagligt perspektiv. Dette er heller ikke det soft law eller EU-retten foreslår, men der lægges vægt på, at uafhængige bestyrelsesmedlemmer er vigtige.

Bestyrelsesmedlemmets forudsætninger vil netop medføre, at vedkommende har den fornødne indsigt, til at kunne bidrage til at træffe de bedste beslutninger for selskabet. Ved medlemmet intet om vedvarende energi for eksempel, har denne måske ikke forudsætningerne for at vurdere, hvad der er den bedste strategi for en vindmølleproducent. Et eksempel på dette forhold, kan læses af Finansministeriets svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. maj 2010 stillet af Per Clausen (EL). Svaret vedrører DONG Energy A/S, der også er omfattet af SL:

Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. Maj 2010 stillet af Per Clausen (EL)

Spørgsmål: "Mener ministeren, at det er hensigtsmæssigt, at DONG har en formand, der har store økonomiske interesser i vindmølleindustrien?"

Svar: Finansministeren redegøre herefter for, at det at have en kompetent bestyrelse omfatter medlemmer, der har kendskab til branchen og typen af virksomhed. At det kan medføre inhabilitet, og at SL § 131 naturligvis skal efterleves. Finansministeren ser ikke, at det at bestyrelsesformanden har et selskab, der er underleverandør til en vindmølleproducent, der kunne være leverandør til DONG Energy, er en hindring for at han kan varetage sin opgaver som bestyrelsesformand. Og at finansministeren mener, at SL regler om inhabilitet efterleves.

At sammensætte den bedst mulige bestyrelse, vil derfor formentlig omfatte at denne vil omfatte afhængige bestyrelsesmedlemmer med større risiko for inhabilitet. Mens det uafhængige bestyrelsesmedlem har en vigtig rolle med at være opmærksom på interessekonflikter, har det afhængige bestyrelsesmedlem en vigtig rolle med sin indsigt i branchen. Det må til hver en tid være bestyrelsens opgave at vurdere, om et medlem så ofte er inhabil at denne ikke kan varetage sin funktion. Det er ligeledes bestyrelsens ansvar at tilsikre at beslutninger træffes på sagligt grundlag med efterlevelse af SL bestemmelser⁹⁰.

⁹⁰ Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. Maj 2010 stillet af Per Clausen (EL) & Artiklen Corporate Governance: Uafhængige bestyrelsesmedlemmer, af Shanta Rye-Munkbak NTS 2014:1

Selskaber kan vælge i vedtægter at opstille krav til bestyrelsesmedlemmer, herunder for eksempel medlemmets tilknytning til branchen ellers, i form af bestyrelsesposter i konkurrerende firmaer, bestyrelsesmedlemmet rolle som kapitalejer, kompetencer til branchen ellers osv. Dette er imidlertid ikke almindelig praksis⁹¹. Et selskab som A. P. Møller Mærsk har valgt en anden tilgang, hvor de på deres hjemmeside ud for hver bestyrelsesmedlem har angivet, om medlemmet er uafhængig, og i givet fald hvorfor ikke⁹².

Men set i det store perspektiv, er det lige så afgørende for et selskab at have uafhængige bestyrelsesmedlemmer, som at have afhængige bestyrelsesmedlemmer. Uanset risikoen for inhabilitet.

7 Selskabsinteressen

Dette afsnit vil svare på arbejdsspørgsmålet; Hvis interesse er det, der skal beskyttes?

7.1 Hvad dækker begrebet ”selskabets interesse” over

Det er i tilknytning til såvel inhabilitet i selskabsloven, som corporate governance og god selskabsledelse beskrevet, at bestyrelsen skal varetage selskabets interesse. I tilknytning dertil, er det relevant at definere, hvad ”selskabsinteressen” er. Hvis det skal være muligt at definere, hvornår bestyrelsesmedlemmet ikke handler i selskabets interesse, må en nærmere afgrænsning af dette begreb foretages.

7.2 Agent-principal teorien

Agent-principal teorien omhandler det perspektiv af selskabsinteressen, hvor aktionærene er repræsenteret ved principalen i form af bestyrelsen og agenten i form af direktionen. En af udfordringerne i selskaber med stor ejerkreds, vil da ofte være, at ledelse og ejerskab af selskabet adskilles. Den enkelte aktionær bliver bare en i flokken, og vedkommendes indflydelse på den daglige drift, kan være ubetydelig. Det vil være ledelsen, der har sin daglige gang i selskabet, der har det indgående kendskab til selskabets ve og vel. Og ledelsen i form af bestyrelsen og direktionen, der skal varetage selskabets, og dermed aktionærens interesse.

Udfordringerne for aktionærene opstår i den forbindelse ved, at direktionen med sin indsigt og tætte relation til selskabets daglige drift, lettere kan skjule information for ejeren, og styre mod de mål, direktionen mener er de rigtige. Teorien beskriver, at det må formodes at agenten, altså direktionen, som udgangspunkt vil søge at varetage sin egne interesse.

⁹¹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 545

⁹² <http://investor.maersk.com/directors.cfm>

Et tænkt eksempel på dette kan være, at økonomidirektøren ønsker at fremvise så godt et regnskab så muligt, og derfor foretager regnskabsmanipulation. Denne risiko ønsker ejere at imødekøbe ved at vælge en bestyrelse, der skal føre tilsyn med direktionen. Netop således at selskabets og dermed aktionærenes interesse varetages⁹³. Agent-principal teorien understøtter tanken om, at selskabsinteressen er lig med aktionærernes interesse.

7.3 Shareholder-value kontra stakeholder-value

I tilknytning til agent-principal teorien, knytter sig shareholder value-perspektivet.

Der har gennem tiderne været forskellige indgangsvinkler til hvem selskabets interessenter er. Hovedsigtet for de selskabsretlige regler har været, at beskytte aktionærernes interesse, som selskabets interesse. Herunder at beskytte den økonomiske interesse selskabets formue repræsenterer, og i den forbindelse ejernes mulighed for at øve indflydelse på selskabet⁹⁴. Medlemmer til bestyrelsen vælges netop på generalforsamlingen, jf. SL § 120, stk. 1, af ejerne. Og bestyrelsen vælges dermed som ejernes repræsentant i ledelsen.

Shareholder-value perspektivet repræsenterer det forhold, at selskabets skal skabe værdi for kapitalejerne = shareholders. Og at det altså kun er aktionærernes interesse det skal varetage. Det afgørende her vil være, at selskabet kun skal tiltrække investeringer, hvis mulige kapitalejere har tillid til selskabet. Og at selskabets interesse derfor er værditilvækstskabelse for ejerne. I dette perspektiv stiller investorer krav til selskabets ledelse om, at de skal fokusere på at skabe stadig mere værdi for virksomheden, således at afkastet øges⁹⁵.

I et bredere perspektiv er anlagt den synsvinkel, at selskabsinteressen involverer flere forskellige grupper af interessenter. Dette betegnes stakeholder-value perspektivet. Herunder omfatter selskabets interessenter også medarbejdere, leverandører, kunder, samfundet m.m. Samfundet ønsker også indsigt og medindflydelse på driften af selskaber. Selskabets målsætning bør da ikke kun være, at skabe økonomisk værdi for ejerne. Men at skabe samfundsværdi⁹⁶.

⁹³ Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013, opdateret november 2014 & Selskabsret, Erik Werlauff, s 31-33.

⁹⁴ Aktie- og anpartsselskabet, Paul Krüger Andersen, s 57-64

⁹⁵ Selskabsret, Erik Werlauff, s 32 & Aktie- og anpartsselskabet, Paul Krüger Andersen, s 57-64

⁹⁶ Aktie- og anpartsselskabet, Paul Krüger Andersen, s 57-64

Formuleringen i SL § 107 Generalklausulen og SL § 127, lægger op til stakeholder-value perspektivet. Det er ikke kun er kapitalejerne, men også ”andres” interesse der er anført i bestemmelserne. Det er heller ikke direkte beskrevet i SL §§ 131 og 86, at det er stakeholder-value perspektivet de peger på, men som nævnt i forhold til generalklausulen er tendensen en tilgang, hvor fortolkning af bestemmelsen skal ses i lyset af, at selskabsinteressen ikke kun er lig aktionærernes interesse⁹⁷.

Til tilknytning til OECD, EU kommissionen henstilling og Komiteen for god selskabsledelses anbefalinger, anfører formuleringen ”og andre interessenter”, at der åbnes op for stakeholder value-perspektivet. Dette kan læses af nedenstående formulering i OECD anbefalingen G20/OECD Principles of Corporate governance:

”The Principles recognise the interests of employees and other stakeholders and their important role in contributing to the long-term success and performance of the company.”

I Komiteen for god selskabsledelse anbefaling Anbefalinger for god selskabsledelse, maj 2013:

”Selskabets investorer, medarbejdere og øvrige interessenter har en fælles interesse i at fremme selskabets udvikling og i, at selskabet til enhver tid er i stand til at tilpasse sig skiftende krav og dermed til stadighed er konkurrencedygtigt og kan skabe værdi.

Det er derfor væsentligt, at der etableres et positivt samspil ikke alene mellem ledelse og investorer, men også i forhold til øvrige interessenter.”

”Det påhviler bestyrelsen at varetage aktionærernes interesser med omhu og under behørig hensyntagen til de øvrige interessenter. ”

Og i EU i Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005, 2005/162/EF:

”Hovedformålene med denne handlingsplan er at styrke aktionærernes rettigheder og beskyttelsen af medarbejdere, kreditorer og andre parter, som selskabet beskæftiger sig med, og samtidig tilpasse de selskabsretlige regler og reglerne om god selskabsledelse efter de forskellige selskabstyper og at fremme virksomheders effektivitet og konkurrenceevne, med særlig vægt på visse grænseoverskridende spørgsmål.”

⁹⁷ Selskabsret, Erik Werlauff, s 32-33 & Aktie- og anpartsselskabet, Paul Krüger Andersen, s 57-64

Kravet om medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen jf. SL § 140, kan også se som et udtryk for indarbejdelse af stakeholder-value perspektivet i dansk lovgivning, idet medarbejdere er stakeholders. Bestyrelsen skal ikke udelukkende varetage aktionærernes interesse men også medarbejdernes⁹⁸.

Med anvendelsen af stakeholder-value perspektivet bliver selskabets interesser i langt højere grad en udefinerbare og uhomogen størrelse. Ud fra shareholder-value princippet vil formålet med at varetage selskabets interesse være, at disponere således, at der skabes mest mulig økonomisk afkast til ejerne. Tillægges stakeholder-value princippet vil selskabets interesser ikke kun være økonomisk udbytte men også samfundet omkring selskabet.

Der er ikke en endegyldig definition af, hvordan selskabsinteressen skal afgrænses i relation til inhabilitet. Om end det som nævnt må tænkes, at interessen også omfatter kreditorer, samfundet m.m. Stakeholder-value perspektivet bør ikke udelukkes Shareholder-valueperspektivet. Eller sagt med andre ord. For bestyrelsesmedlemmet der er i en situation, hvor denne må forholde sig til reglerne om inhabilitet, skal vedkommende ikke tænke i enten-eller. Udgangspunktet må være, at selskabsinteressen er at skabe værdi for selskabet. Og et selskab skaber værdi, når det har tilfredse kunder. Uanset om dette omhandler forhold der vedrører aktionærer, kunder eller medarbejdere. Når der skabes værdi for selskabet, skabes der også i sidste ende værdi for aktionærerne. Og selskabsinteressen er derfor at varetage den interesse, der skaber værditilvækst⁹⁹.

7.4 Loyalitetspligten

Som beskrevet påtager bestyrelsesmedlemmet sig et hverv, som medfører, at denne skal varetage selskabets interesse. Bestyrelsesmedlemmet er forpligtet til at handle loyalt overfor selskabet ved at disponere i selskabets interesse og ikke i egen interesse. Uanset om bestyrelsesmedlemmets egen interesse måtte være modstridende med selskabets. Dette betegnes loyalitetspligten¹⁰⁰. Altså at bestyrelsesmedlemmet skal handle loyalt overfor selskabets interesse.

En afgrænsning af, hvis interesse der skulle varetages for, at det var i selskabets interesse, er belyst ovenfor. Det er også beskrevet, at det er i relation til aftaler og søgsmål, at inhabilitet kan indtræde. Samt at bestyrelsesmedlemmet da ikke må deltage i hverken behandling eller afstemning i bestyrelsesregi. Og ikke i afstemning på generalforsamling.

⁹⁸ Artiklen Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer i danske virksomheder, af Caspar Rose, Tidsskrift for arbejdsliv, 7. Årgang, nr. 3, 2005.

⁹⁹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 33

¹⁰⁰ Selskabsret, Erik Werlauff, s 22-25

Som udgangspunkt vil den disposition hvor bestyrelsesmedlemmet handler i selskabets interesse være acceptabel i forhold til inhabilitet. Imidlertid kan det modsatte ikke altid sluttes. Altså at en disposition, der viser sig ikke at være i selskabets interesse, altid vil være omfattet af bestemmelserne om inhabilitet. Der kan for eksempel tænkes den situation, hvor bestyrelsesmedlemmet foretager en disposition, der efterfølgende viser sig ikke at være i selskabets interesse. Dette medfører ikke, at der kan være tale om inhabilitet. Under forudsætning af, at bestyrelsesmedlemmet træffer beslutningen på et sagligt grundlag, som det også vil blive beskrevet i tilknytning til evt. erstatningskrav, kan en disposition godt være ok, selvom resultatet af denne medfører tab for virksomheden. Selvom bestyrelsesmedlemmet på tidspunktet for dispositionen, med den viden og de forudsætninger vedkommende havde, træf en given beslutning, kan disse forudsætninger godt ændre sig efterfølgende. Eller bestyrelsesmedlemmet kan have fået ny viden. Dette forhold kan ikke efterfølgende lægges bestyrelsesmedlemmet til last, og derved på bagkant blive idømt inhabilitet. Inhabiliteten skal være til stede, i beslutningsøjeblikket. At tage fejl eller være blevet klogere, er ikke omfattet. Det vil derimod være den disposition, der ikke varetager selskabsinteressen, der er retsstridig¹⁰¹. Dette beskrives også i SL § 131, i formuleringen ”...hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapital-selskabets.¹⁰²”

7.5 Opsamling på selskabsinteressen

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

Hvis interesse er det, der skal beskyttes?

Hvem der er selskabets interessenter, og dermed hvis interesse, der skal varetages, har udviklet sig igennem tiden. Som udgangspunkt tænkes på selskabets aktionærer, men i et bredere perspektiv skal også andre grupper af interessenter medregnes.

Agent-principal teorien beskæftiger sig med det snævre perspektiv, hvor aktionærerne i selskabet er repræsenteret ved bestyrelsen under betegnelsen principal, mens direktionen er benævnt som agenten. Det er her principalens der skal varetage aktionærernes interesse. Dette i tråd med shareholder-value perspektivet. Imidlertid er tendensen, at også andre interesser end aktionærenes skal varetages. Dette kan læses af blandt andet generalklausulen med begrebet ”andres” interesse. Mens det både SL §§ 131 og 86 er blot er anført som selskabets interesse. I regi af OECD, Komiteen for god selskabsledelse og EU anføres også formuleringen ”andre interessenter”, og der åbnes dermed op for det perspektiv,

¹⁰¹ Selskabsmasken, Erik Werlauff, s 22-23

¹⁰² Lovsamlingen 2014, SL § 131

der også anføres i generalklausulen, stakeholder-value perspektivet. Med dette perspektiv bliver selskabets interesser en større og mere uhomogen mængde. Formålet med at varetage selskabets interesse, vil ikke kun være konkret at skabe økonomisk afkast til ejerne, men også at give værdi til omgivelserne og samfundet. Afgørende er det, for det bestyrelsesmedlem, der skal forholde sig til inhabilitet, at selskabsinteressen er den interesse, der skaber værdi for selskabet. Og er selskabet veldrevet med effektive og udbytterige relationer til såvel leverandører, kommuner, staten, kunder, aktionærene m.m., vil dette i sidste ende skabe mest værdi for kunden og dermed for aktionæren. Selskabsinteressen er dermed den interesse, der skaber værditilvækst.

At handle i selskabets interesse er en forpligtelse for bestyrelsesmedlemmet. Dette betegnes loyalitetspligt. Når bestyrelsesmedlemmet handler, også i forhold til reglerne om inhabilitet, vil det være den disposition bestyrelsesmedlemmet foretager med den viden og de forudsætninger, medlemmet har på det tidspunkt, der er omfattet af reglerne om inhabilitet og selskabsinteressen. Hvad der sker derefter, uanset om dette viser sig at være til skade for selskabet, er ikke i strid med loyalitetspligten. Inhabiliteten skal være til stede i beslutningsøjeblikket.

7.6 Perspektivering af selskabsinteressen

Dette underafsnit vil perspektivere forhold beskrevet i afsnit 7 Selskabsinteressen.

7.6.1 Beskyttelse af bestyrelsesmedlemmet

Det har igennem opgaven været beskrevet således, at inhabilitet var indarbejdet i selskabsloven for at beskytte selskabets interesse. Dette er også korrekt. Men et andet aspekt er det forhold, at der også kan være tale om at beskytte bestyrelsesmedlemmet.

Det at være inhabil, er ikke lig det at være et uhæderligt menneske. Sådan kan det dog hurtigt blive lagt frem. At det bestyrelsesmedlem der er inhabil, har en bagtanke og uhæderlige intentioner. Dette er ikke helt fair. Som beskrevet tidligere, vil det ofte være mennesker med indsigt og interesser i branchen, der kan blive inhabile i en sag. Væsentlig er det at understrege, at der er ikke noget farligt eller kriminelt i at være inhabil, blot dette forhold behandles korrekt. Det kan betragtes således, selvom det ikke er direkte formuleret i SL, at reglerne om inhabilitet er ikke kun tilsikrer varetagelse af selskabets interesser. De imødekommer også at bestyrelsesmedlemmet ikke kommer i en situation, hvor bestyrelsesmedlemmet kan blive beskyldt for uhæderlig opførsel. Dette aspekt er også aktuelt for bestyrelsesmedlemmet at have i baghovedet. Bestyrelsesmedlemmet beskytter også sig selv, når det beskytter selskabets interesse.

8 Sanktion ved omgåelse af inhabilitet

Dette afsnit vil besvare arbejdsspørgsmålet: Hvad er sanktionerne, hvis et bestyrelsesmedlem tilsidesætter sin inhabilitet?

8.1 Deltager i behandling i strid med loven

Hvis et bestyrelsesmedlem er inhabilt og er bekendt med dette men alligevel vælger at deltage i behandling og afstemning om et emne, er afstemningen principielt ugyldig. Beslutningen vil være ugyldig, hvis den er truffet af det inhabile bestyrelsesmedlem, eller på baggrund af flertal i bestyrelsen, som er opnået fordi inhabile bestyrelsesmedlemmer deltog i afstemning. Er der tale om en beslutning der kan ophæves, hvorefter der kan ske ny drøftelse og afstemning, hvor reglerne om inhabilitet imødekommes, bør dette ske. For eksempel strategisk beslutning i bestyrelsen. Aktionen kan for så vidt være udført straks efter beslutningen er taget. Der vil eneste mulighed da være at tage bestik af situationen og i givet fald træffe beslutning om, hvad næste skridt i sagen må blive. Uanset om beslutningen kan omgøres eller ej, vil den korrekte procedure for håndtering af sagen være, at pågældende ledelsesorgan konstaterer og dokumenterer at beslutningen var ugyldig pga. inhabilitet. Og sagen bør derfor altid behandles på ny under hensyn til inhabiliteten¹⁰³.

Ofte vil det være bestyrelsesmedlemmet selv, der er klar over, at der foreligger inhabilitet. I nogle scenarier, vil tredjemand imidlertid også være i en position, hvor denne ved eller burde vide, at der er eller kan være tale om inhabilitet¹⁰⁴. I dommen UfR 1973.417 H, Boss of Scandinavia Selskabs nævnt tidligere, ønskede udsteder af pantebrev at ophæve aftale som følge af at påstand om tredjemands viden eller burde viden. Såfremt det fastslås, at tredjemand vidste eller burde vide at der har været tale om en beslutning truffet i omstændigheder med inhabilitet, kan det medføre, at en aftale er ugyldig.

Generelt beskriver Aftaleloven (AFTL) en række forhold, der kan medføre at en aftale bliver ugyldig. Dette omfatter også aftaler indgået i forbindelse med inhabilitet. AFTL § 30 omfatter at en aftale bliver ugyldig, hvis der er tale om svig. Altså det scenarie, hvor en aftale er indgået på baggrund af urigtige oplysninger om omstændigheder, som kunne have været af betydning for at aftalen blev indgået. Eller omvendt, at aftaler er indgået på baggrund af fortællelse af oplysninger. For eksempel inhabilitet, hvor et bestyrelsesmedlem har fortiet eller talt usandt om forholdet. AFTL § 33 omfatter det forhold at en aftale kan kendes ugyldig, hvis det ville stride mod almindelig hæderlighed at gøre aftalen gældende.

¹⁰³ Selskabsret, Erik Werlauff, s 492 & Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

¹⁰⁴ Selskabsret, Erik Werlauff, s 492

I denne situation ville tredjemand ikke kunne påberåbe sig aftalen. Med almindelig hæderlighed henvises til ond tro. Endelig omfatter AFTL § 36 selve aftalens indhold, og beskriver, at en aftale kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis det ville være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at fastholde den.

Afgørelse af om der er tale om inhabilitet skal behandles efter national ret, jf. EU-domstolens dom C-104/96 Rabobank af 16. December 1997, hvor direktøren egenhændigt havde aftalt med koncernens bank, at selskaberne i koncernen ville hæfte for hinanden. Selskaberne gik konkurs, og kurator mente da, at aftalen var ugyldig, pga. direktørens inhabilitet. EU-domstolen fastslog i den forbindelse, at 1. Selskabsdirektiv ikke behandler inhabilitet, og at dette skal afgøres efter nationalret¹⁰⁵. Dette ses af EU dommen i nedenstående sag:

EU domstolens dom C-104/96 Rabobank

Rabobank var finansieringsinstitut for holdingselskabet HDG, og den række underliggende selskaber, herunder selskabet Mediasafe. Men Rabobank var også bank for kuratoren i konkursboet efter Mediasafe. Retssagen vedrørte af kurator mente, at der var tale om en ugyldig modregningsaftale mellem debet- og creditsaldi, indgået mellem dels HDG, Mediasafe, de andre selskaber og Rabobank. Dommen afgør at regulering af sager vedrørende interessekonflikter falder udenfor rammerne af Rådets første direktiv.

Hvis en beslutning er truffet af et eller flere inhabile bestyrelsesmedlemmer, kan en godtroende tredjemand ikke påberåbe sig ugyldighed, hvis samme beslutning ville være truffet, selvom der ikke havde været tale om inhabilitet. Altså det scenarie, hvor det i sidste ende ingen forskel har haft¹⁰⁶.

8.2 Erstatningspligt

Grundlæggende i dansk lovgivning om erstatningsansvar for selskabsledelsen er gældende, at der skal være handlet culpøst. Dette omfatter også selskabsledelsen i forhold til deres hverv, hvilket er beskrevet i SL § 361:

”Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelse af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand”.

¹⁰⁵ Selskabsret, Erik Werlauff, s 546

¹⁰⁶ Kendelse af 11. Februar 1997. 96-76.437

Bestemmelse beskriver culpa-normen i andre ord, herunder at der skal være handlet culpøst, at der skal være lidt et tab, og at dette skal kunne kædes sammen med handlingen. Bestemmelse er uddybet nedenfor.

8.2.1 Culpa

Culpa betyder skyld og henviser til det forhold, at den handling, som bestyrelsesmedlemmet har foretaget, skal være foretaget bevidst, eller uagtsomt. I bedømmelsen af om der foreligger culpa, ser man på det der betegnes fornøden tilregnelighed, som er et subjektivt krav. Dette omfatter, om bestyrelsesmedlemmet vidste eller indså, eller burde have vidst eller indset, at hans handling ville medføre en given situation. Den culpøse handling kan herunder både være at gøre noget, eller ikke at gøre noget. Dette idet, passivitet også kan medføre selskabet skade. Hvad, bestyrelsesmedlemmet vidste eller burde vide, bliver en subjektiv betragtning. Dels fordi betragtningen går på, hvad der er af tanker inde i hovedet på bestyrelsesmedlemmet. Dels fordi denne vurdering af hvad bestyrelsesmedlemmet vidste eller burde vide, må baseres på bestyrelsesmedlemmets kompetencer.

I scenariet hvor bestyrelsesmedlemmet har handlet bevidst, har denne foretaget en forsætlig handling. Vedkommende tog bevidst en beslutning om at gøre noget, som vedkommende ønskede skulle medføre et givent resultat. I denne situation ved bestyrelsesmedlemmet præcis hvad han gør. Han har faktisk viden. Dette scenarie er omfattet af SL § 361 med ordlyden "forsætligt".

Ordlyden "uagtsomt" i SL § 361 omfatter derimod, at bestyrelsesmedlemmet har foretaget en handling, ikke med faktisk viden om at noget skal ske, men med viden om at det kunne ske. Bestyrelsesmedlemmet har burde viden. Bestyrelsesmedlemmet burde have indset eller vidst, hvilke konsekvenser handlingen ville have.

Bestyrelsesmedlemmet kan altså både handle culpøst jf. SL, når dette bevidst eller burde have vidst, at handlingen ville have en given konsekvens. Kun det scenarie hvor der ingen tilregnelighed er til tabet, kan bestyrelsesmedlemmet ikke bebrejdes noget. Det forhold kan betegnes hændeligt¹⁰⁷.

Vurderingen af, om bestyrelsesmedlemmet har handlet forsætligt eller uagtsomt, er en konkret vurdering i den givne sag. Det er ikke listet i SL §131 de situationer, hvor dette er gældende. Det vil derfor naturligvis have betydning i en sådan vurdering, hvad der kan forventes af et bestyrelsesmedlem i en given situation.

¹⁰⁷ Undervisningsmateriale, faget Revision 2, cand merc aud, Lars Bo Langsted

Ved denne vurdering spiller bestyrelsesmedlemmets forudsætninger og kompetencer ind, men også normen for hvad der er korrekt opførelse. Normen for bestyrelsesmedlemmer må forventes at være, at disse på et personligt plan skal opføre sig professionelt og behandles andre mennesker ordentlig. Det kan være en udfordring at arbejde med en bonus pater for bestyrelsesmedlemmer. Dette fordi normen for et bestyrelsesmedlem kan variere meget, afhængig af selskab, branche med mere¹⁰⁸. På et fagligt plan, i relation til bestyrelsesmedlemmets hverv i pågældende organ beskriver SL § 115 for bestyrelsesmedlemmer, hvad medlemmets konkrete ansvar er. Derudover vil det spille ind, at bestyrelsesmedlemmet har et hverv i en professionel bestyrelse i et kapitalselskab. Men der er ikke en facitliste for hvad normen præcis er for et bestyrelsesmedlem. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sag.

I forhold til bestyrelsesmedlemmets kompetencer generelt, vil kapitalejere typisk have en række forventninger til bestyrelsesmedlemmets kompetencer. Hvad kundskaber, og dermed forudsætninger, et bestyrelsesmedlem har i vurderingen af om denne har handlet culpøst, vil derfor have betydning for, om bestyrelsesmedlemmet vidste, eller burde have vidst, konsekvensen af sine handlinger.

Bestyrelsesmedlemmet, der er revisor eller advokat, vil alt andet lige vurderes at have større indsigt i henholdsvis regnskabs- og juridiske forhold, end bestyrelsesmedlemmet med håndværker baggrund. Kravene til inhabilitet er de samme for begge bestyrelsesmedlemmer. Dvs. begge bestyrelsesmedlemmer kan være inhabile i samme situation, og inhabiliteten kan medføre at en beslutning for eksempel må omstødes. Men vurderingen af, om bestyrelsesmedlemmet herefter kan pålægges erstatningsansvar for et givent tab, kan påvirkes af, om bestyrelsesmedlemmet vidste eller burde vide, at inhabiliteten ville have en given konsekvens.

Et eksempel på, at bestyrelsesmedlemmets kompetencer kan have betydning for bedømmelsen af erstatningsansvar, ses i nedenstående sag. Sagen refererer til et anpartsselskab, men dette skal efterleve SL § 131 på lige fod med et aktieselskab:

U 1989.812 H Schmidts Maskinfabrik

Et insolvent anpartsselskab afhændede selskabets aktiver til en køber, under den forudsætning, at køberen skulle overtage en del, men ikke hele, selskabets gæld. Dette var retsstridigt og ansvarspådragende overfor de resterende kreditorer. En kreditor fik i stedet tilkendt erstatning hos anpartsselskabets bestyrelse, som bestod af en advokat,

¹⁰⁸ Bestyrelsens arbejde og ansvar, Erik Werlauff, s 25-31

to advokatfuldmægtige, og to af selskabets direktører Erstatningen skulle i første række udredes af advokaten, da han ansås at være selskabets juridiske rådgiver, der havde udformet aftalen. Dernæst skulle den udredes af de to advokatfuldmægtige, i kraft af deres ansættelse hos advokaten, da de vidste, at selskabet var under afhændelse men ikke handlede på, det der foregik.

8.2.2 Tab

At bestyrelsesmedlemmets handling har været forsætlig eller uagtsom, er ikke alene nok til, at der kan blive tale om et erstatningsansvar. Handlingen skal også have medført at der er lidt et tab, og tabet skal kunne opgøres. For eksempel vil det ikke alene være nok, at et bestyrelsesmedlem har ignoreret sin inhabilitet, og for eksempel været med til at beslutte at selskabet skulle indlede samarbejde med bestyrelsesmedlemmets egen virksomhed, som bestyrelsesmedlemmet vidste ikke kunne levere til tiden, hvis kapitalselskabet ikke har mistet noget på det. Hvis kapitalselskabet derimod har haft et tab, fordi dette måske ikke har kunne levere til sine kunder til tiden, og dette tab kan opgøres, så er der som udgangspunkt grundlag for at opgøre et erstatningskrav. Manglende iagttagelse af inhabilitetsreglerne er en fejl, men denne fejl medfører ikke nødvendigvis et tab¹⁰⁹. Som beskrevet i tidligere anført dom U.1981.973 H Brødfabrikken Røde Vejmølle A/S i likvidation, blev direktøren i selskab R der var i trådt i likvidation, og som også ejede et selskab L der havde købt produkter af selskab P til nedsat pris, ikke kendt erstatningsansvarlig for mistet dækningsbidrag, selvom P særlige forhold til L talte for at prisnedsættelsen skulle være forelagt bestyrelsen. Dette fordi bestyrelsen var underrettet om prisnedsættelsen, og fordi denne var foretaget ud fra et forretningsmæssigt loyalt skøn.

Det behøver dog ikke kun være selskabet, der har lidt et tab. Som nævnt i bestemmelsen, kan det også være kapitalejerne, eller tredjemand, der er tilføjlet skade. Dette ses blandt andet af kedelsen beskrevet nedenfor:

U1999.1080V Anpartshaver der blokerede for lovpligtig kapitalforhøjelse, handlede ansvarspådragende.

A erhvervede i 1989 sammen med D anpartsselskabet P. P skulle producere en robot. A og D ejede 50 % hver. A modsatte sig uden begrundelse af forhøje anpartskapitalen, da kravet om at denne skulle øges fra 80.000 til 125.000 kom. A afslog også D forslag om at indløse A's anpart eller indskyde yderligere. P blev slutteligt likvideret. Landsretten lagde til grund,

¹⁰⁹ Selskabsret, Erik Werlauff, s 492

at A bevidst havde søgt at fremkalde en likvidering, pga blandt andet dårligt samarbejde og økonomiske forhold. A ansås derfor for at have handlet ansvarspådragende overfor D.

8.2.3 Årsagssammenhæng

Som nævnt ovenfor, skal bestyrelsesmedlemmet have foretaget en culpøs handling, der skal have medført et tab. Det er altså den handling bestyrelsesmedlemmet har udført, der skal have medført tabet. Disse to forhold skal hænge sammen. Dette betegnes kausalitet, og betyder at den handlingen der er begået, er en betingelse, uden hvilken tabet ikke ville være opstået. Det kan i nogle tilfælde også være det, at bestyrelsesmedlemmet har undladt at handle, der har medført tabet. Dette er ligeledes kausalitet. Men uden kausalitet, kan der ikke være årsagssammenhæng, som er et krav for, at der kan idømmes erstatningsansvar.

Til årsagssammenhæng knytter sig også, det der betegnes adækvans. Dette dækker over påregnelighed. Altså, at når der begås en handling, kan der påregnes et givent tab. For eksempel som nævnt ovenfor, i scenariet hvor kapitalgesellschaft ikke kunne levere til tiden, kan det påregnes at betale en bod. Årsagen til dette forhold er, at bestyrelsesmedlemmet ikke skal kunne idømmes erstatningsansvar for et usandsynlige tab, uanset at der er tale om kausalitet¹¹⁰. Et eksempel på at bestyrelsesmedlem ikke kendes erstatningsansvarlig, ses af nedenstående sag:

U.1999.707H Bestyrelsesformand i et investeringsselskab ikke erstatningsansvarlig for tab efter indsættelse af selskabets stamkapital på aftalekonto i en bank.

Advokat A var formand for bestyrelsen i selskab I, som investerede i værdipapirer, ejendomme og valutaforretninger. Med egenkapitalen på 10 mio. kr. som sikkerhed, optog I et lån på 100. mio. kr. A blev på bestyrelsesmøde bemyndiget til at indgå aftale med blandt andet banken B, og oplyste på efterfølgende bestyrelsesmøde hvordan beløbet ville blive anbragt. Efter at B blev erklæret konkurs, gjorde I erstatningskrav overfor A, for tab i forbindelse med konkurs. Imidlertid fandtes A indgåelse af aftaler ikke at være i strid med bestyrelsen eller generalforsamlingens beslutninger. Ligesom A ikke på andet grundlag havde pådraget sig erstatningsansvar.

¹¹⁰ Undervisningsmateriale, faget Revision 2, cand merc aud, Lars Bo Langsted

8.2.4 Egen skyld, medvirken eller accept af risiko

Hvis der er tale om en culpøs handling, der har medført et tab, som har årsagssammenhæng med handlingen, kan der altså idømmes erstatningsansvar. Der kan dog tænkes den situation, hvor et bestyrelsesmedlem har handlet inhabilt og dette har medført selskabet et tab, men hvor bestyrelsen vel vidende om, at dette kunne ske, ikke har reageret. Eller måske endda har godkendt dispositionen. I en sådan situation, kan det komme på tale at erstatningen nedsættes eller bortfalder, jf. EAL § 24, stk. 2, idet skadelidte, for eksempel kapitalselskabet, har medvirket til skaden.

For kapitalejeren vil de ved valg af bestyrelsesmedlemmer på generalforsamling give deres samtykke til, at de pågældende bestyrelsesmedlemmer varetager deres interesser i selskabet. Kapitalejeren må indenfor en vurdering af rimelighedens grænser acceptere, at denne kan lide tab ved sin investering i selskabet. Også i tilfælde hvor der er tale om overtrædelse af reglerne om inhabilitet.

8.3 Lempelse

Når der foreligger omstændigheder, der medføre erstatningspligt, kan erstatningen efter SL § 363 nedsættes, når dette er rimeligt set i forhold til skyldgrad, skadens størrelse og sagens omstændigheder i øvrigt. Det er ikke i bestemmelse konkret beskrevet, hvilke forhold dette omfatter, men det må antages, at der ikke uden videre kan komme nedsættelse på tale, med mindre der er forhold, der udtrykkelig taler for dette. Et bestyrelsesmedlem vil aktivt kunne søge at begrænse sit ansvar i en given situation ved at tilsikre, at det i protokollen noteres, at denne ikke stemmer for eller i imod en given beslutning. I særlige tilfælde, kan bestyrelsesmedlemmet også vælge at udtræde af bestyrelsen¹¹¹. Dette gælder også i beslutninger omkring inhabilitet. Hvis der diskuteres inhabilitet i en beslutning på bestyrelsesmødet, kan bestyrelsesmedlemmet vælge at få sin stemme for eller imod noteret. For derved at tilkendegive, at vedkommende i situationen oplevede SL § 131 ville blive overtrådt. At erstatningsansvar ikke uden videre kan begrænses, heller ikke ved udtræden, ses af nedenstående dom:

U.1997.283H Bestyrelsesformand erstatningsansvarlig for tab påført selskaber efter hans udtræden af bestyrelsen

Advokat A var bestyrelsesformand og B almindelige bestyrelsesmedlem i investeringsselskaberne S. Efter deres udtræden var selskaberne uden bestyrelse, og blev efterfølgende erklæret konkurs. I forbindelse med bobehandling kom det frem, at direktøren D i selskaberne, som det eneste tilbageværende bestyrelsesmedlem,

¹¹¹ Artiklen "Erstatningsansvar for bestyrelsesmedlemmer" J. Kornerup & L. Borch, Horten Corporate Newsletter nr. 03/2008

havde påført selskaberne S tab, ved at misbruge din adgang til S midler, og sin tegningsret for S. B blev frifundet, men A blev kendt erstatningsansvarlig, da han ved sin fratræden burde vide, der forelå en risiko for, at D kunne og ville misbruge sine beføjelser. A havde derfor handlet uforsvarligt. Han skulle have underrettet investorerne.

Endvidere kan der ske lempelse af erstatningsansvaret jf. EAL § 24, stk. 1. Denne bestemmelse beskriver, at ansvaret kan bortfalde eller nedsættes, hvis det er urimeligt tyngende eller andre ganske særlige omstændigheder i øvrigt taler for dette. Ved en vurdering af, om dette skal ske, tages følgende forhold i betragtning, meget lig SL § 363, beskrevet i bestemmelse; skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, bestyrelsesmedlemmets forhold, skadelidtes interesse, og om der foreligger forsikringer, der dækker ansvaret¹¹². Om ansvaret vil være urimeligt tyngende, sker ud fra en helhedsvurdering, hvor det især kan være skadevolders økonomiske forhold i tilknytning til skadens størrelse, der kan spille ind. Normalvis anvendes dette forhold primært på privatpersoner. Ansvarets beskaffenhed kan også spille ind, i det scenarie hvor skadevolders uagtsomhed har være så lille, og forholdene også taler for det. Men et bestyrelsesmedlem vil ikke blot pga. ringe uagtsomhed, kunne fritage sig fra et erstatningskrav. Hvis skadelidte for eksempel er dækket af en forsikring, og vil være bedre stillet ved at modtage erstatningsydelse fra forsikringsselskab, kan dette også spille ind, ligesom hvis en eller flere skadevolder(e), altså bestyrelsesmedlemmet, er dækket af en forsikring¹¹³. Et eksempel på sidstnævnte ses i nedenstående dom:

UfR.1998.1137 H Medlemmer af bestyrelsen for professionel fodboldklub erstatningsansvarlige for kreditors tab ved fortsat drift.

Et aktieselskab der drev en professionel fodboldklub, blev erklæret konkurs i 1990. Efterfølgende blev 5 bestyrelsesmedlemmer tilpligtet af betale erstatning for fortsat drift i året 1989. Bestyrelsen burde have indset med behandling af årsregnskab for 1988 de viste underskud, og budget for 1989, at videreførelse af selskabet ikke var muligt uden yderligere tab.

I ovenfor anførte dom, fastlagde højesteret at bestyrelsen havde handlet uforsvarligt ved at fortsætte driften, og de blev kendt erstatningsansvarlige for tabet opstået i perioden fra 1989 til 1990. Der blev statueret solidarisk ansvar, men bestyrelsesformanden, der var advokat og dækket af en ansvarsforsikring, skulle betale hele erstatningsbeløbet, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, 2. pkt. 27.

¹¹² Lovsamling 2014, Erstatningsansvarsloven § 24

¹¹³ Lærebog i erstatningsret, Bo Von Eyben & Helle Isager, s 415-420.

Der kan endeligt også ske lempelse under ganske særlige omstændigheder, som nævnt i bestemmelsen. Dette er en ventil, der kun anvendes i meget sjældne tilfælde. Men der kan tænkes et scenarie, hvor kravene i øvrigt er opfyldt for at skadelidte kan få tilkendt erstatning, men hvor det virker urimeligt, at skadevolder skal betale denne. Dette kan netop være den situation, hvor skadelidte har lidt et tab pga. skaden, men hvor denne alligevel ikke er stillet ringede økonomisk, for eksempel fordi en forsikring dækker skaden

Endelig kan der som nævnt ovenfor ske nedsættelse af erstatningen, hvis skadelidte selv har medvirket til skaden, jf. EAL § 24, stk. 2. Herunder kan manglende kompetencer eller mangel på erfaring i erhvervet som bestyrelsesmedlem ikke medføre lempelse.

8.4 Solidarisk ansvar

I en situation hvor der er flere erstatningsansvarlige, hæfter disse solidarisk jf. SL § 363, stk. 2. Dette betyder ikke, at det er bestyrelsen som et hele, der har et erstatningsansvar, hvis ét medlem idømmes. Det betyder, at de erstatningsansvarlige hæfter for hinanden. Dog med den undtagelse, at et medlem der har fået nedsættelse jf. SL § 363, stk. 1, dog kun kan gøres ansvarlig for det nedsatte beløb.

Baggrunden for at flere erstatningsansvarlige hæfter solidarisk ligger i, at skadelidte med større sandsynlighed kan få erstatning, hvis blot en af skadevolderne kan betale¹¹⁴.

Har en enkelt erstatningsansvarlig betalt hele erstatningssummen, kan vedkommende kræve hver af de andre erstatningsansvarlig for deres respektive del af erstatningen¹¹⁵. Fordelingen vil bero på en konkret vurdering jf. EAL § 25 stk. 1 og jf. SL § 363, stk. 2, tages blandt andet graden af skyld for den enkelte, samt omstændighederne i øvrigt i betragtning. Dette ses også beskrevet i nedenstående dom:

Ufr.2001.1757 H Erstatningsansvar for uberettiget skovning og salg af juletræer tilhørende fremlejer af arealerne.

Fire kommanditselskaber K indgik aftale med M, om leje af M arealer, med henblik på plantning, skovning og salg af juletræer. M skulle varetage arealpleje og skovning. M overdrager herefter sine rettigheder til D A/S. M lejer arealerne til D, som så lejede dem til K. Herunder indgik K aftale med et datterselskab F ApS til D A/S,

¹¹⁴ Lærebog i erstatningsret, Bo Von Eyben & Helle Isager, s 415-420

¹¹⁵ Lærebog i erstatningsret, Bo Von Eyben & Helle Isager, s 388 og Lovsamling 2014, EAL § 25.

om at F skulle varetage pleje m.m. K hæver efterfølgende aftale med henvisning til misligholdelse. På trods af indsigelse fra K, skovede og solgte M, D A/S og F ApS træerne, uden at afregne provenu til K. Sagen angik K erstatningskrav mod direktøren L for D A/S og F ApS, og advokat P som formand for bestyrelsen i de to selskaber. Højeste ret fandt, at L og P burde have indset, at der ikke var nogen ret til mod K udtrykkelige indsigelser at foretage skovning og salg. De fandtes begge erstatningsansvarlige.

8.5 Opsamling på sanktion ved omgåelse af inhabilitet

Dette afsnit har søgt at besvare nedenstående arbejdsspørgsmål;

Hvad er sanktionerne, hvis et bestyrelsesmedlem tilsidesætter sin inhabilitet?

Hvis et bestyrelsesmedlem er inhabil, og bevidst om dette, men tilsidesætter dette forhold og deltager i behandling og afstemning, er afstemningen principielt ugyldig. Kan beslutningen tages om, bør dette ske. Er den handling, der blev taget beslutning om udført, er der ikke anden mulighed end at vurdere, om der skal tages forbehold eller træffes ny beslutning. Endvidere kan en aftale kendes ugyldig. Aftaleloven (AFTL) beskriver en række forhold, der kan medføre, at en aftale bliver ugyldig, herunder svig, at den strider mod almindelig hæderlighed, eller at selve aftalens indhold er i strid med redelig handlemåde. Afgørelser om inhabilitet skal afgøres efter dansk ret.

Hvis der er handlet culpøst, skal der blive tale om et erstatningsansvar. Herunder skal handlingen være foretaget bevidst eller uagtsomt. Bestyrelsesmedlemmet skal have vidst eller indset, eller burde have vidst eller indset, at handlingen ville have en given konsekvens. Ved en vurdering af, hvad bestyrelsesmedlemmet vidste eller burde vide, kan normen for bestyrelsesmedlemmers forudsætninger og kompetencer spille ind, ligesom normen for korrekt opførsel. For at der kan blive tale om et erstatningsansvar, skal der imidlertid også være lidt et tab, og dette skal kunne opgøres. Mangel af iagttagelser om inhabilitet er en fejl, men hvis fejlen ikke medfører et tab, er der ikke noget at erstatte. Herunder behøver det ikke være selskabet alene, men det kan også være tredjemand, der har lidt et tab. Tabet skal endvidere kunne knyttes til den handling, der er foretaget. Og bestyrelsesmedlemmet skal have kunnet påregne, at et givent tab ville opstå, hvis medlemmet foretog den pågældende handling. Altså hvis bestyrelsesmedlemmet bevidst ikke iagttager inhabilitet og medvirker til en beslutning, som medfører et tab for selskabet eller tredjemand, og bestyrelsesmedlemmet kunne påregne, at netop den handling ville medføre netop det tab. Da kan der være tale om erstatningsansvar.

Hvis bestyrelsen imidlertid har godkendt beslutningen, vel vidende om inhabiliteten, kan dette nedsætte eller medføre bortfald af kravet, ligesom der kan ske lempelse i forhold til skyldgrad, skadens størrelse og sagens omstændigheder i øvrigt.

Hvis der er flere bestyrelsesmedlemmer, der har overtrådt reglerne om inhabilitet, og disse alle idømmes erstatningsansvar, hæfter de solidarisk. Derved hæfter de for hinanden, og et medlem kan blive pålagt at betale hele erstatningen.

9 Konklusion

Selskabslovens (SL) § 131 omhandler inhabilitet i regi af kapital­selskaber. Som anført i bestemmelsen er det ledelsen der er omfattet. Herunder direktion, bestyrelse og tilsynsråd. Det er imidlertid kun inhabilitet i forhold til bestyrelsen, der er behandlet i denne opgave.

Som det beskrives i bestemmelsen, er det i forhold til aftaler og søgsmål mellem bestyrelsesmedlemmet selv og selskabet eller mellem tredjemand og selskabet, at inhabiliteten skal behandles efter SL §131. Ved sidstnævnte situation, er det kun, når der er tale om, at bestyrelsesmedlemmet har en væsentlig interesse i sagen, og denne er modstridende med selskabets, at situationen vil medføre inhabilitet.

Bestemmelsen anvender formuleringen ”deltage i behandling”. Denne formulering skal forstås således, at bestyrelsesmedlemmet ikke må deltage i hverken overvejelser, undersøgelser eller træffe beslutning om forholdet. Det kan imidlertid give god mening, at bestyrelsesmedlemmet redegør for sin relation til sagen, og det må derfor tolkes, at bestyrelsesmedlemmet må fremlægge denne. Det afgørende vil være, at bestyrelsesmedlemmet ikke får mulighed for at påvirke beslutningsprocessen. Bestyrelsesmedlemmet skal derfor forlade lokalet, så snart vedkommende har redegjort for og fremlagt relevante oplysninger.

Bestemmelsen anfører kun, at det er i forhold til ”aftaler” og ”søgsmål”, at inhabiliteten kan indtræde. Som udgangspunkt vil alle former for aftaler og søgsmål derfor være omfattet. Der er dog en række situationer, hvor bestyrelsesmedlemmet gerne må deltage. Dette er for eksempel i forhold til at stemme på sig selv til bestyrelsen, at deltage i behandling af generelle ansættelsesvilkår samt i økonomiske forhold vedrørende selskabet, selvom om medlemmet er investor. Derimod er det, der er omfattet af bestemmelsen, for eksempel specifikke aftaler om medlemmets eget ansættelsesforhold eller ved søgsmål mod bestyrelsesmedlemmet selv. Omfattet er også indgåelse af aftaler om køb og salg, hvis bestyrelsesmedlemmet deltager som den ene part.

Dog med den undtagelse, at bestyrelsesmedlemmet gerne må deltage, hvis handel sker på almindelige vilkår og ud fra et loyalt forretningsmæssigt hensyn overfor det selskab, bestyrelsesmedlemmet sidder i bestyrelsen i. Om der er tale om inhabilitet i en given sag, vil bero på en konkret vurdering af sagens forhold. Det afgørende vil være, om bestyrelsesmedlemmet er i stand til at varetage selskabets interesse. I de sager, hvor der er tale om forhold mellem tredjemand og selskabet, skal der endvidere som nævnt være tale om en væsentlig interesse, der er modstridende med selskabets. I de sager, hvor der er tale om forhold mellem bestyrelsesmedlemmet og selskabet, kan inhabilitet indtræde alene på baggrund af parternes forhold til hinanden.

Som nævnt i SL § 131, er det i tilknytning til aftaler og søgsmål, der kan opstå inhabilitet. Det er altså ikke de opgaver bestyrelsesmedlemmet skal varetage jf. SL § 115, der sætter rammerne for inhabilitet. De får dog alligevel indirekte betydning for risikoen for at der indtræder inhabilitet. Der stilles stadig større krav til bestyrelsesmedlemmer og deres kompetencer. At sammensætte den helt rigtige bestyrelse kan være afgørende for et selskabs evne til at overleve og skabe værdi. Det er ikke længere nok, at bestyrelsen blot gør det ok. Bestyrelsesmedlemmet skal kunne sætte sig ind i ofte komplekse globale markeder for selskabet og tage konkrete og ofte hurtige beslutninger. For at bestyrelsesmedlemmet er kompetent til opgaven, stilles der derfor krav om, at dette har indsigt og gerne erfaring fra branchen og fra lignende hverv. I forhold til inhabilitet, vil det afgørende være, at bestyrelsesmedlemmet forstår og formår, at den interesse medlemmet må have i andre selskaber eller forhold i branchen, ikke må påvirke bestyrelsesmedlemmets arbejde i selskabet. Hvis der er risiko for at den gør dette, er medlemmet inhabilt. Hvis udviklingen med stadig større krav til kompetencer forsætter, kan inhabilitet blive et stadigt mere aktuelt forhold at tage stilling til, selvom bestyrelsesmedlemmets opgaver ikke ændrer sig.

Hvis der indtræder inhabilitet for et eller flere bestyrelsesmedlemmer, kan der ske det, at bestyrelsen ikke længere kan opnå krævet fuld enighed jf. vedtægterne. Da inhabilitet imidlertid tilsidesætter kravet om fuld enighed jf. vedtægterne, vil dette ikke ændre ved det forhold, at inhabiliteten skal imødekommes. Inhabilitet kan medføre, at bestyrelsen ikke længere er beslutningsdygtig, hvis der ikke er et tilstrækkeligt antal bestyrelsesmedlemmer, der kan deltage i behandlingen. Inhabile bestyrelsesmedlemmer må ikke tælles med. Resultatet af dette kan derfor blive, at beslutningen rykkes op i generalforsamlingen. At sagen tages op til behandling på generalforsamling, kan imidlertid medføre en anden art af inhabilitet. SL § 108, generalklausulen beskriver, at ingen kapitalejere eller andre må få en utilbørlig fordel frem for andre kapitalejere eller på selskabets bekostning. Altså må bestyrelsesmedlemmet fortsat ikke deltage i en sag, hvor der sker en uretmæssig formueforskydning. Hertil skal SL § 86 også tages i betragtning. Denne

bestemmelse beskriver, at en kapitalejer eller fuldmægtig for kapitalejer, ikke må stemme på generalforsamlingen om søgsmål, hvis kapitalejeren har en væsentlig interesse heri, der strider mod selskabets. SL § 86 beskriver altså også inhabilitet. Dog afgrænset til søgsmål og kapitalejers ansvar. Ligesom den kun udelukker kapitalejer fra at deltage i afstemning, ikke behandling som sådan. Endelig beskriver SL § 127, at bestyrelsesmedlemmet generelt ikke må disponere således, at det skaffer nogle kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning. Uanset om dette er i bestyrelses- eller generalforsamlingsregi. Og i stk. 2 anføres det, at aftaler mellem enekapitalejer og kapitalselskabet skal dokumenteres.

I bestyrelsen vil det være de øvrige bestyrelsesmedlemmer og primært bestyrelsesformanden, der beslutter, om der er tale om inhabilitet. På generalforsamlingen vil det være dirigenten. Herunder kan det være klogt at kunne dokumentere, at der er taget stilling til inhabiliteten. Dette skal føres i forhandlingsprotokollen, og derudover kan der også udarbejdes almindelig dokumentation.

I forhold til inhabilitet, kan det diskuteres hvordan denne skal håndteres i relation til 100 % ejede datterselskaber. Uanset om bestyrelsen også omfatter uafhængige bestyrelsesmedlemmer, vil det være de samme aktionærs interesser, der varetages af både moder og datterselskab. Der kan naturligvis være kunder og leverandører for hvem, der kan tænkes interessekonflikter, men at forskyde en beslutning fra bestyrelsen til generalforsamlingen, vil ikke gøre nogen forskel i forhold til aktionærernes interesse.

Såkaldt soft law beskriver også, hvordan ledelsen bør agere. Dette i form af blandt andet vejledninger og anbefalinger. I OECD regi arbejdes der med OECD Principles of Corporate Governance. Disse beskriver, at beskriver bestyrelsen skal handle i god tro, og med omhu og omsorg for selskabet og aktionærernes interesse. I dansk regi arbejdes der i Komiteen for god selskabsledelse med anbefalinger til selskabets bestyrelse. Disse er "følg eller forklar" anbefalinger for noterede selskaber, men kan efterleves af alle selskaber. Anbefalingerne beskriver, at bestyrelsen skal varetage aktionærernes interesse med omhu og under behørig hensynstagen til øvrige interessenter, ligesom det er anført, at det er væsentligt, at bestyrelsen er sammensat, så den altid kan handle uafhængigt af særinteresser. Danmark er endvidere medlem af EU, og skal derfor følge EU lovgivning. I Kommissionens henstilling 2005/162/EF er begrebet inhabilitet heller ikke anført, men i stedet at bestyrelsen skal udvise uafhængighed i beslutninger, stillingstagen og behandlinger. Bestyrelsesmedlemmet må ikke søge en urimelig fordel.

Hverken OECD, EU eller Komiteen for god selskabsledelse anvender altså begrebet inhabilitet, men beskriver i stedet en række forhold, også omfattet af SL §§ 131 og 86, som bestyrelsen bør agere efter. Der sættes lighedstegn mellem det at være uafhængig og det at kunne handle uafhængigt af særinteresser. Imidlertid kan der ikke sættes lighedstegn mellem det at være uafhængig og det at være habil.

Uafhængighed vedrører bestyrelsesmedlemmets varige relation til selskabet, og et uafhængigt bestyrelsesmedlem har ikke nogen anden relation til selskabet end at sidde i bestyrelsen.

Inhabilitet er omvendt det forhold et bestyrelsesmedlem har til en konkret aftale eller søgsmål. Inhabilitet er en midlertidig og forbigående tilstand. Herunder kan et uafhængigt bestyrelsesmedlem godt være inhabil i en given sag. Ligesom et afhængigt bestyrelsesmedlem kan godt være habil. Mens det er et ufravigeligt krav, at inhabilitet jf. selskabsloven imødekommes, er uafhængighed blot anbefalet. Der er dog i SL § 111 anført, at flertallet af bestyrelsesmedlemmer ikke må være direktører, og at direktører ikke kan være formand eller næstformand. Hvis det derudover konkret i loven blev indskrevet, at et antal bestyrelsesmedlemmer skulle være uafhængige, ville det ikke nødvendigvis være en fordel for selskabet, og ikke nødvendigvis i aktionærernes interesse. Selskabet ville da ikke have frihed til at sammensætte den bedste bestyrelse på baggrund af kompetencer, hvilket er centralt for selskabet. Dette aspekt er også beskrevet i EU-kommissionens såkaldte grøn bog, Green paper, fra 2011, om god selskabsledelse i børsnoterede selskaber, hvor vigtigheden af at have en velfungerende bestyrelse, med den rigtige sammensætning samt kompetencer, er afgørende. Udfordringen er ikke nødvendigvis afhængighedsforholdet, men bestyrelsesmedlemmets evne til at træffe beslutninger i selskabets og ikke egen interesse. Det er ikke afhængighed, der er kritisk, men inhabilitet. Set i det store perspektiv er det lige så afgørende for et selskab at have uafhængige bestyrelsesmedlemmer som at have afhængige bestyrelsesmedlemmer. Uanset risikoen for inhabilitet.

I relation til inhabilitet anføres det, at det afgørende er at kunne varetage selskabets interesse. Ud fra shareholder-value perspektivet omfatter dette kun aktionærernes interesse. Imidlertid er tendensen, at også andre interesser end aktionærenes skal varetages. I generalklausulen er begrebet "andres" interesse anført konkret. Mens det i både SL §§ 131 og 86 blot er anført som selskabets interesse. I regi af OECD, Komiteen for god selskabsledelse og EU anføres også formuleringen "andre interessenter". Dermed bliver selskabets interesse en større og mere uhomogen mængde. I sidste ende er formålet med at varetage selskabets interesse imidlertid, at skabe værdi for selskabet, ved udbytterige relationer til såvel leverandører, kommuner, staten, kunder, aktionærerne m.m. Dette vil skabe mest værdi for kunden og dermed for aktionæren. Når bestyrelsesmedlemmet handler i selskabets interesse,

betegnes det, at bestyrelsesmedlemmet overholder sin loyalitetspligt. Den disposition bestyrelsesmedlemmet foretager, er med udgangspunkt i den viden og de forudsætninger, medlemmet har på dette tidspunkt. Inhabiliteten skal være til stede i beslutningsøjeblikket, og bestyrelsesmedlemmet kan ikke bebrejdes for efterfølgende handlinger.

Fokus er i forhold til inhabiliteten netop, at selskabets interesse varetages. Men der kan også tænkes det aspekt ind, at det også indirekte beskytter bestyrelsesmedlemmet. Det at være inhabil, er ikke lig det at være et uhæderligt menneske. Der er ikke noget farligt eller kriminelt i at være inhabil, blot dette forhold behandles korrekt. Selskabslovens bestemmelser for bestyrelsesmedlemmet, kan også imødekomme, at medlemmet ikke kommer i en situation, hvor dette kan blive beskyldt for uhæderlig opførsel. Når bestyrelsesmedlemmet varetager selskabets interesse, og ikke er inhabil, beskytter bestyrelsesmedlemmet også sig selv i rollen som bestyrelsesmedlem.

Hvis et bestyrelsesmedlem er inhabil, og bevidst om dette, og ikke efterlever at afstå fra behandling og afstemning, er afstemningen principielt ugyldig. Kan beslutningen tages om, bør dette ske. Er den handling der blev taget beslutning om udført, må bestyrelsen og selskabet i stedet vurdere, om en ny handling skal søge at rette op på situationen. Endvidere kan en aftale kendes ugyldig. Endvidere kan en aftale kendes ugyldig. Aftaleloven (AFTL) beskriver en række forhold, der kan medføre at en aftale bliver ugyldig, herunder svig, at den strider mod almindelig hæderlighed, eller at selve aftalens indhold er i strid med redelig handlemåde. Afgørelser om inhabilitet skal afgøres efter dansk ret. Hvis der er handlet culpøst, herunder bevidst eller uagtsomt, kan der blive tale om erstatningsansvar. Herunder skal der være lidt et tab, der kan opgøres. Og den handling der er foretaget, skal kunne relateres direkte til tabet. Ligesom bestyrelsesmedlemmet skal kunne have påregnet, at handlingen ville medføre tabet. Det kan både være et tab selskabet har lidt, men også tredjemands tab. Ved vurdering af, hvad bestyrelsesmedlemmet vidste eller burde vide, kan normen for bestyrelsesmedlemmers forudsætninger og kompetencer spille ind, ligesom for korrekt opførsel.

Hvis bestyrelsen imidlertid har godkendt beslutningen, vel vidende om inhabiliteten, kan dette nedsætte eller medføre bortfald af kravet. Ligesom der kan ske lempelse i forhold til skyldgrad, skadens størrelse og sagens omstændigheder i øvrigt. Hvis der er flere bestyrelsesmedlemmer, der har overtrådt reglerne om inhabilitet, og disse alle idømmes erstatningsansvar, hæfter de solidarisk. Derved hæfter de for hinanden, og et medlem kan blive pålagt at betale hele erstatningen.

Hermed er som ovenfor beskrevet, de arbejdsspørgsmål problemformuleringen omfattede gennemgået. Inhabilitet er et aktuelt og væsentligt forhold, som bestyrelsesmedlemmet bør have i tankerne. Det handler helt basalt om, at bestyrelsesmedlemmet altid skal varetage selskabets interesse. Kan det ikke det, bør det agere herefter.

Litteraturliste

Bøger

- Aktie- og anpartsselskabsret, Paul Krüger Andersen, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 11. udgave, 2010
- Aktie selskaber & anparts selskaber, Bernhard Gomard, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 2006
- Bestyrelsens arbejde og ansvar, Erik Werlauff, Gjellerup, 2006
- Den juridiske metode, Lone L. Hansen & Erik Werlauff, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2013
- Introduktion til dansk selskabsret I, Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Karnov Group, 4. udgave, 2014
- Juridisk metode, Morten Wegener, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave, 2000
- Lovsamlingen 2014, Redigeret af Jens Møller, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 22. udgave, 1. oplag
- Lærebog i erstatningsret, Bo Von Eyben & Helle Isager, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 6. udgave, 2007
- Retskilder & retsteorier, Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 4. reviderede udgave.
- Selskabsloven med kommentarer, Jan Schans Christensen, Karnov Group, 1. udgave, 1. oplag, 2012.
- Selskabsmasken, Erik Werlauff, GAD, 1991
- Selskabsret, Erik Werlauff, Karnov Group, 9. udgave, 2013
- Selskabsretten, Bernhard Gomard, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 1999
- Werlauffs kompendier, Erik Werlauff, Ex Tuto publishing, 3. udgave, 2014

Artikler

- Corporate Governance: Uafhængige bestyrelsesmedlemmer, Shanta Rye-Munkbak, Bech-Bruun, NTS 2014:1
- Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer i danske virksomheder, Casper Rose, Tidsskrift for arbejdsliv, 7 årg. Nr. 3, 2005

Domme og kendelser

- EU domstolen C-104/96 Coöperatieve Rabobank
- J.nr. B2013 BS-D-2565/2011 Frederiksberg Rets dom af 25 april 2013
- Kendelse af 12. januar 1998. 97-106.684. Spørgsmål om inhabilitet af medlemmer af banks bestyrelse.
- Kendelse af 17. oktober 2014 (J.nr. 2014-0036307) Bestyrelsesmedlem pålagt at nedlægge hverv med øjeblikkelig virkning.
- Kendelse af 11. februar 1997. 96-76.437 Spørgsmål om inhabilitet i forbindelse med långivning til et af en sparekasse delvist ejet selskab.
- U.1973.417H Selskabs tredjemandspantsætning af ejendom ugyldig p.g.a. bestyrelsens inhabilitet. Erhververens repræsentant i ond tro.
- U.1978.760Ø Skøde fra selskab til tegningsberettiget direktør lyst med frist til dokumentation for andet selskabsorgans tiltrædelse.
- U.1981.973H Ej godtgjort, at direktør havde pådraget sig et ansvar for overenskomstbrud.
- U.1987B.417 Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb
- U.1989.812H Bestyrelsesmedlemmers og direktørers erstatningsansvar for salg af insolvent anpartsselskab.
- U.1989.812H Bestyrelsesmedlemmers og direktørers erstatningsansvar for salg af insolvent anpartsselskab.
- U.1995.43H Direktør for og enejer af konkursramt anpartsselskab anset for erstatningsansvarlig for skattemyndighedernes tab ved manglende afregning af A-skatter.
- U.1997.283H bestyrelsesformand erstatningsansvarlig for tab påført selskaber efter hans udtræden af bestyrelsen.
- U.1998.1137H Medlemmer af bestyrelse for professionel fodboldklub erstatningsansvarlige for kreditorers tab ved fortsat drift.
- U.1999.1080V Anpartshaver, der blokerede for lovpligtig kapitalforhøjelse, handlede ansvarspådragende.
- U.1999.707H Bestyrelsesformanden i et investeringsselskab ikke erstatningsansvarlig for tab efter indsættelse af selskabets stamkapital på aftalekonto i en bank.
- U.2001.1757H Erstatningsansvar for uberettiget skovning og salg af juletræer tilhørende fremlejer af arealerne.
- U.2010.190H Direktør erstatningsansvarlig for selskabets ensidige ophævelse af samhandelsaftale
- U.2010.80V Ikke betingelse for tinglysning af skøde, der var underskrevet af samme person for både køber og sælger, at det skulle være tiltrådt af et andet habilt selskabsorgan.

- U.2011.2726/1H Opgørelse af krav mellem handelsagent og underagent efter handelsagentens uberettigede ophævelse af samarbejdet. Påstand om afvisning pga. manglende søgsmålskompetence ikke taget til følge.

Andet

- Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark, Erhvervs- og selskabsstyrelsen
- Årsberetning Komiteens virke 2014-2015, Komiteen for god selskabsledelse, september 2015
- Anbefalinger for god selskabsledelse, Komiteen for god selskabsledelse, maj 2013
- Green paper, The EU corporate governance framework, European commission, Brussels, 2011
- Modernisering af selskabsretten, Økonomi- og erhvervsministeriet, November 2008
- Selskabslovens § 131 med noter, Karnov.dk
- Selskabslovens § 86 med noter, Karnov.dk
- Selskabslovens § 124 med noter, Karnov.dk
- Selskabslovens § 108 med noter, Karnov.dk
- EU-kommissionens ønsker kommentarer til grønbog om god selskabsledelse (corporate governance), FRS.dk
- OECD Principles of corporate governance, OECD 2015
- Kommissionens henstilling af 15. Februar 2005 om den rolle, der spilles af menige bestyrelsesmedlemmer og medlemmer af tilsynsorganer i børsnoterede selskaber og om udvalg nedsat i bestyrelsen/ledelsesorganet
- Svar på spørgsmål nr. S 2317 af 28. maj 2010 stillet af Per Clausen, Finansministeriet, 2. juni 2010
- Ledelsesarbejde og ledelsesansvar, oplæg ved IBC Euroforum, Erik Werlauff, 28. Oktober 2013.
- Nye tider i bestyrelserne, Dansk erhverv, Board Survey 2013
- Bestyrelsernes sammensætning og arbejde, FSR survey, oktober 2012