

Bestyrelsesansvaret i SIFI'er

Bankers ledelse og samspillet med Corporate Governance

Board members liability in SIFIs and the value of Corporate Governance

Indhold

Forkortelser	3
1 Indledning.....	4
1.1 Baggrund	4
1.2 Problemformulering.....	4
1.2.1 Specialets opbygning.....	4
1.3 Den bagvedliggende problemstilling.....	5
1.3.1 Definitionen af bankvirksomhed.....	7
2 Afgrænsning	7
2.1 Særligt om andels- og sparekasser.....	8
2.2 Metode og retspolitik.....	9
2.2.1 Den retlige trinfølge	9
2.2.2 Retspraksis	10
3 EU-regulering – fra Lamfalussy over Lissabon til Larosière.....	10
4 Forholdet mellem SL og FIL.....	12
5 Generelt om bankvirksomhed	14
5.1 Selskabsreformen af 2009	14
5.2 Koncessionsprincippet.....	15
5.3 SIFI’ets karakteristika.....	15
5.3.1 Delkonklusion	17
6 Selskabsledelsens organer	17
6.1 Generalforsamlingen	18
6.2 Direktionen	18
6.3 Bestyrelsens opgaver og pligter.....	19
6.3.1 Dobbeltmandat	20
6.3.2 Delkonklusion	21
6.4 Direktionens samspil med bestyrelsen	21

6.4.1	Delkonklusion	24
6.5	Bestyrelsens ledelse af selskabet efter FIL.....	25
6.6	Den overordnede og strategiske ledelse	27
6.7	The business judgement rule	29
6.7.1	Delkonklusion	32
6.8	Forretningsordenen.....	32
6.8.1	Delkonklusion	34
6.9	Forsvarligt kapitalberedskab.....	35
6.10	Fit and proper-kravene	38
6.10.1	Det enkelte bestyrelsesmedlems ansvar	40
7	Corporate Governance.....	41
7.1	Introduktion	42
7.2	Formålet med Corporate Governance.....	43
7.2.1	Corporate Governance funktion i praksis.....	43
7.3	Følg eller forklar-princippet	44
7.3.1	Naming and shaming.....	45
7.4	Corporate Governance i banker	45
7.5	Delkonklusion.....	46
8	Erstatningsansvaret.....	47
8.1	Ansvarsbedømmelsen.....	48
8.2	Det selskabsretlige ledelsesansvar	50
8.3	De almindelige erstatningsbetingelser	51
8.3.1	Flere erstatningsansvarlige	51
8.4	Professionsansvarets normer smhm. fit and proper-kravene.....	52
8.5	Ansvaret for advokater og bestyrelsesformænd	53
8.6	Behovet for forsikring	55
8.6.1	Delkonklusion	56

9	Konklusion	57
10	Summary	60
11	Litteratur.....	61
11.1	Bøger.....	61
11.2	Retspraksis	62
11.3	Afgørelser	62
11.4	Artikler.....	62
11.5	Rapporter.....	62
I.	Bilag	64

Forkortelser

ASL: Aktieselskabsloven

- LBK nr. 649 af 15/06/2006

EAL: Erstatningsansvarsloven

- LBK nr. 266 af 21/03/2014

FIL: Lov om finansiel virksomhed

- LBK nr. 182 af 18/02/2015

SL: Selskabsloven

- LBK nr. 1089 af 14/09/2015

ÅRL: Årsregnskabsloven

- LBK nr. 1580 af 10/12/2015

ET: Erhvervsjuridisk Tidsskrift

RR: Revision og Regnskab

SIFI: Systemisk Vigtigt Finansielt Institut

1 Indledning

1.1 Baggrund

Specialets problemformulering har sit afsæt i efterdønningerne fra finanskrisen i 2008 og selskabsreformen i 2009. Den internationale finansverden havde i flere år givet stigende udlån på et stadig mere spinkelt grundlag. Udviklingen skabte dermed et stigende misforhold mellem kapitalgrundlag og udlånseksponering (funding ratio). Dette misforhold førte til en øget eksponering for udsving i markedet. Da de internationale finansielle markeder lukkede for likviditetsadgangen efter Lehmann Brothers konkurs, blev også de danske pengeinstitutters finansieringsgrundlag ramt af en flaskehals.¹ I forlængelse af finanskrisen har der været øget politisk fokus på bankers generelle rentabilitet som følge af banksektorens eksponering på risikobetonede markeder og manglende økonomiske modstandsdygtighed mod markedskræfternes udsving. Et eksempel på lovgivers imødegåelse af sådanne risici er særlovgivningen i FIL, og herunder helt konkret de pejlemærker, som Finanstilsynet anser som udtryk for pengeinstitutvirksomhed med forhøjet risiko, jf. tilsynsdiamanten (bilag 2).

I 2011 var der hele 117 pengeinstitutter i Danmark.² I 2015 var dette tal reduceret til 76.³ Til trods for de nu 76 pengeinstitutter, står de fem største – Danske Bank, Nordea, Jyske Bank, Nykredit og Sydbank – for ca. 90 % (2014)⁴ af hele sektorens ind- og udlån, op fra ca. 80 %⁵ i 2011.

1.2 Problemformulering

Hvilken betydning har retsopgøret i den finansielle sektor haft for bestyrelsens handlefrihed og udstrækningen af the business judgement rule? Hvad indebærer fit and proper-kravene for bestyrelsens sammensætning i SIFI'er, og hvordan klarlægges det enkelte bestyrelsesmedlems ansvar? Kan der i særlovgivningens samspil med visse af principperne i Corporate Governance indfortolkes et skærpet ansvar?

1.2.1 Specialets opbygning

Specialet består af en redegørende del om bankers (SIFI'ers) centrale placering i samfundet som udtryk for den skærpede regulering, der definerer udgangspunktet for ansvarsbedømmel-

¹ Den finansielle krise i Danmark, s. 34, afsnit 2.3

² Clausen, s. 27

³ Finansrådets hjemmeside → Tal & fakta → Statistik og tal → Pengeinstitutter, filialer og ansatte i tal

⁴ Finansrådets årsrapport 2014

⁵ Clausen, s. 27. DLR Kredit er som nyudnævnt SIFI ikke medregnet.

sen. Efter redegørelsen følger den diskuterende del, hvor problemformuleringen søges besvaret.

1.3 Den bagvedliggende problemstilling

Pengeinstitutter spiller med deres kreditgivende funktion en central rolle for samfundets økonomiske udvikling. Pengeinstitutterne er som institution med til at drive væksten fremad ved at forbinde opsparing med udlån og således stille kreditfaciliteter til rådighed for de økonomiske agenter i samfundsøkonomien. Denne betydning til trods er pengeinstitutter blot private virksomheder, der opererer under de frie markedskræfter, og som søger rentabel drift og indtjening.

Den kraftige mediebevågenhed og de respektive bankpakker (I-VI) kan give udenforstående den opfattelse, at større banker, i særdeleshed SIFI'erne, har så stor systemisk betydning, at de i sidste instans har staten som garant,⁶ ”[...] idet ledelsesmæssige svigt er blevet anset som en væsentlig årsag til, at flere pengeinstitutter er kommet i krise eller er blevet nødlidende.”⁷ Herved opstår et misforhold mellem de almene betingelser for ledelsens drift af en bank, dvs. primært reglerne om forsvarligt kapitalberedskab, og den forskydning, der ligger i ikke at være underlagt kapitalismens grundlæggende betingelser om insolvens: Risikoen for at gå konkurs.

Lovgivningens funktion er her, smhm. formålet for selskabsreformen af 2009, at skabe rammerne for fleksibel og bæredygtig selskabsledelse. Specialet vil beskrive og redegøre for, at lovgivningen i stigende omfang overlader beslutningskompetencen til selskabsledelsen efter devisen: ”frihed under ansvar.”

Folketingets Erhvervsudvalg udtalte i sin betænkning af 15. maj 2009, at ”I denne tid [tiden efter finanskrisen], hvor det for mange er ekstra svært at drive en rentabel virksomhed, er det ikke mindre nødvendigt med fornuftig lovgivning og effektive regler, der både opstiller sikre rammer, men som også giver den fornødne fleksibilitet for dansk erhvervsliv.”

Det er i dette lys man skal vurdere selskabsreformens fremtidige indvirkning på ledelsens omfang af ansvar og pligter, herunder de muligheder og begrænsninger, der principielt definerer ledelsens handlefrihed efter den private selskabsretlige partsautonomi.

⁶ Termen ”too big to fail” udtrykker dette internationale dilemma.

⁷ Clausen, s. 114

Ud fra en generel betragtning om, at det er statens rolle at skabe rammerne inden for hvilke erhvervslivet kan operere under de frie markedskræfter, opstår spørgsmålet: I hvilket omfang kan lovgivning regulere markedets mest centrale aktører (bestyrelsen i SIFI'er), således at lovgivningen, både *hard* og *soft law*, sikrer optimal frihed til at drive erhvervmæssig bankvirksomhed og samtidig understøtter den fornødne tillid i samfundet som helhed, en tillid som driften af enhver finansiell virksomhed er betinget af.

I dette skisma indtager bestyrelsen i en finansiell virksomhed en afgørende rolle. For så vidt kan det konstateres, at de indledende paragraffer i SL kap. 7, om kapitalsekskabets ledelse (§§ 111-115), kun omtaler formelle og generelle krav til bestyrelsen. Det er bestyrelsen, der fastsætter sekskabets strategi og udstikker retningslinjerne for direktionen. Det er bestyrelsen, der som "alvidende" organ – med udgangspunkt i direktionens og revisorers indberetninger – har indsigt i sekskabets struktur, herunder kapitalberedskab. Det er bestyrelsen, der definerer kriterierne for virksomhedens forsvarlige risikovillighed. Se bilag 1 for et grelt eksempel på en bestyrelse i en mindre bank, der antageligt ikke besad de fornødne kompetencer, endsige havde det fornødne overblik.

Valget af SIFI'er som specialets udgangspunkt bunder dels i ovenstående betragtninger, dels i reglen i ÅRL § 107 b, hvorefter sekskaber i regnskabsklasse D har pligt til ved udarbejdelsen af årsrapporten at medtage en redegørelse for virksomhedsledelse (Corporate Governance). Redegørelsen skal omfatte de i stk. 1, nr. 1-7 nævnte forhold efter et *comply-or-explain*-princip (følg-eller-forklar). Børsnoterede sekskaber, dvs. sekskaber, hvis kapitalandele er optaget til handel på et reguleret marked, skal følge reglerne for regnskabsklasse D, jf. ÅRL § 7, stk. 1, nr. 4. I skrivende stund omfatter det Danske Bank, Nordea og Jyske Bank ift. OMXC20. Regnskabsklasse D er kendetegnet ved at definere de skærpede krav, der stilles til oplysningerne i årsregnskabet, jf. ÅRL §§ 102-107 b. Specialet opstiller en begrundet antagelse, om at principperne for god sekskabsledelse i Corporate Governance vil have den største gennemslagskraft i SIFI'erne.

Specialet søger herefter at klarlægge omfanget af bestyrelsens ansvar i SIFI'er, som værende de banker, hvis konkurs vil have størst betydning for samfundsøkonomien, og hvor reglerne om Corporate Governance som en integreret del af bestyrelsens beslutninger vil have størst betydning.

1.3.1 Definitionen af bankvirksomhed

”Begrebet pengeinstitut er en fælles betegnelse for en række finansielle virksomheder, heriblandt banker, sparekasser og andelskasser, der traditionelt defineres ud fra deres kreditgivende funktion. En *bank* er således traditionelt en virksomhed, som modtager midler fra offentligheden til opbevaring eller forrentning (indlån). Tillige med bankens egen kapital udlånes/placeres disse midler mod et afkast (udlån/investering).”⁸ Bankvirksomhed er således defineret ved *forvaltningen af penge*.⁹

FIL opererer med begrebet *finansiell virksomhed*, som nærmere defineret i § 5, stk. 1, nr. 1, som samlebetegnelse for de virksomhedstyper loven finder anvendelse på, jf. § 1, stk. 1. I specialet anvendes terminologien *bank/SIFI* for enkelthedens skyld.

2 Afgrænsning

Pengeinstitutter varierer i størrelse og virksomhedsområder. Fælles for dem alle er, at de er underlagt koncessionsprincippet som begrænsning for omfanget tilladt virksomhed. De respektive tilladte virksomhedsområder som et pengeinstitut kan drive, skal ikke beskrives nærmere, men opmærksomheden skal henledes på de forskelle, hvorpå forskellige pengeinstitutter kan differentiere sig og den alsidighed, der ligger i branchen. Eksempelvis fra de helt små og lokale andels- og sparekasser til såkaldte universalpengeinstitutter, der på koncernniveau tilbyder totalløsninger inden for bank, forsikring, pension mv.

Specialet tager udgangspunkt i bestyrelsesansvaret for den rene bankvirksomhed, og forholder sig ikke til beslægtede emner inden for anden tilladt virksomhed som SIFI’et måtte have tilladelse til at udøve, om end lovgiver er sig bevidst om sådanne indbyrdes koncernrelationer, jf. f.eks. FIL § 308 om udpegningskriterierne for et SIFI.

Fokus vil herefter primært være på SIFI’ets bestyrelse, dernæst direktion som følge af disse ledelsesorganers nære samspil i beslutningsprocessen. Generalforsamlingen, som ejerorgan, bliver kun omtalt i mindre grad. De selskabsretlige regler om intern og ekstern revision bliver ligeledes kun omtalt i begrænset omfang, ligeledes fsva. de børsretlige aspekter, der gør sig gældende for SIFI’er. Der sondres ikke mellem generalforsamlings- og medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, da disse er underlagt samme ansvar.¹⁰

⁸ Clausen, s. 26

⁹ En nærmere opregning af begrebet pengeinstitutvirksomhed fremgår af bilag 1 til LBK, nr. 182 18/02/2015.

¹⁰ Jf. bek. 344 af 30/03/2012 § 20

Specialet forudsætter at bestyrelsens medlemmer handler inden for rammerne af deres hverv, således at andre ansvarsgrundlag end de, der følger af SL og FIL, ikke bliver diskuteret, jf. f.eks. U 2007.1713 Ø om AFTL § 25, og ej heller fsva. problemstillinger vedrørende inhabilitet.

Specialet vil ikke redegøre for definitionen af de almindelige erstatningsretlige betingelser for ansvarspålæggelse, idet disse forudsættes bekendt.

Specialet søger ikke at give en forklaring på det samspil af årsager, der førte til at finanskrisen opstod, men det skal dog have in mente, at finanskrisen og dens baggrund selvsagt spiller en betydelig rolle for udformningen af de nugældende danske regler for finansielle virksomheder som helhed. Retsopgøret efter finanskrisen i den finansielle sektor er således kendetegnet ved lovgivers stillingtagen til de almene betingelser for sund drift af bankvirksomhed.

Specialet vil heller ikke beskæftige sig med afviklingen af nødlidende pengeinstitutter, endsi-ge Finansiell Stabilitets funktion som ”statens skraldespandsselskab.” Sådanne globalt systemisk vigtige finansielle institutter (G-SIFI) udelades også af hensyn til specialets omfang.

Corporate Governance indeholder i principperne for god selskabsledelse et bredt spektrum af anbefalinger. De enkelte anbefalinger gemmængås ikke, idet der refereres til disse som et samlet hele, dog således at anbefalingerne til kønsfordeling, aflønning og aldersdifferentiering helt udelades. Principperne for Corporate Governance er forsøgt indarbejdet i specialet efter et kriterium om relevans for egentlig selskabsledelse.

For at give et overordnet og retvisende billede af sektoren som helhed er det fundet ønskværdigt undervejs at redegøre for visse af det finansielle markedes væsentlige aktører, som Finanstilsynet.

2.1 Særligt om andels- og sparekasser

Andels- og sparekasser kan betragtes som særegne selskabsformer at drive pengeinstitutvirksomhed i. Andels- og sparekasser skal ikke defineres yderligere her, men der gælder f.eks. andre organisatoriske regler og ejerstrukturen er anderledes.

Den grundlæggende sondring mellem banker og sparekasser bunder i de forskelle, hvor omfanget af tilladte virksomhedsformer adskilte sig indtil bankreformen i 1975: ”I dag er der ikke nogen reel forskel mellem banker og sparekasser, der således er underlagt fælles regulering

i lovgivningen.”¹¹ Én årsag til at udelade andels- og sparekasser, er, at disse ikke længere kan stiftes med henblik på at drive pengeinstitutvirksomhed: ”I dag kan der ikke længere stiftes nye [andels- og] sparekasser, idet nye pengeinstitutter skal oprettes som aktieselskaber, dvs. banker.”¹²

Andels- og sparekasser kan således betragtes som (fortsat) eksisterende pengeinstitutter, der i selskabsretligt regi ikke har fremtiden for sig. På denne baggrund, og da ingen af de nuværende andels- eller sparekasser opfylder kravene til et SIFI, er disse udeladt af specialet.

2.2 Metode og retspolitik

Specialet er udarbejdet under anvendelse af den retsdogmatiske metode. Der anvendes således de samme retskilder og fortolkningsprincipper, som i det praktiske liv, idet: ”*Retsdogmatikens opgave er at beskrive, fortolke, analysere og systematisere gældende ret.*”¹³ Den retsdogmatiske metode skal fastlægge de almene principper for konfliktregulering. Den er baggrundslæren for juraens funktion i praksis.¹⁴

Specialets problemformulering, om bestyrelsens og det enkelte medlems ansvar i forlængelse af finanskrisen, knytter sig i et vist omfang til retspolitiske forhold, nemlig den offentligretlige indgriben i privatrettens partsautonomi, herunder det bagvedliggende formål med selskabsreformen af 2009 og særlovgivningen i FIL: ”Retten udvikler sig i stigende omfang og med stigende kompleksitet, og særlige hensyn kan gøre sig gældende,” bl.a. samfundshensyn og hensyn til effektiv forvaltning.¹⁵ Specialets retspolitiske sondringer søger herefter at analysere problemer og anvise mulige løsninger/fortolkninger gennem retsdogmatiske hensynsafvejninger.

2.2.1 Den retlige trinfølge

Specialets anvendte materiale følger reglerne om den retlige trinfølge, idet ”retsordenen er opbygget i en hierarkisk struktur,”¹⁶ hvorefter lovgivning ikke må stride mod en trindhøjere lov. ”Øverst står grundloven, derefter følger de regler, der er fastsat ved almindelig lov, og under loven står de administrative retsforskrifter, der er udstedt i form af anordninger [bekendtgørelser].”¹⁷ I forlængelse heraf inddrages retspraksis som domstolene fortolker gælden-

¹¹ Clausen, s. 26

¹² Clausen, s. 26-27

¹³ Munk, s. 95

¹⁴ Blume, s. 66-67

¹⁵ Munk, s. 101

¹⁶ Germer, s. 21

¹⁷ Germer, s. 21, inkl. dennes note 33 (Max Sørensen's definition)

de ret, juridisk litteratur og juridiske artikler til at belyse konkrete problemstillinger som en del af specialets samlede retskildegrundlag. Der vil i et vist omfang indgå materiale fra ministerier, herunder Finanstilsynet.

2.2.2 Retspraksis

I lovgivningen har beskrivelsen af bestyrelsens opgaver og pligter traditionelt været holdt i generelle termer, jf. f.eks. SL § 115 og hhv. Sofruds og Samuelssons definitioner, jf. herom senere. Resultatet af retsopgøret er de skærpede regler i FIL, der præciserer de almindelige opgaver og pligter for bestyrelsen. Specialet søger herefter at klarlægge og udfylde indholdet af bestyrelsesansvaret efter gældende ret iht. SL og FIL.

”Den foreliggende danske retspraksis om bestyrelsesansvar er afgrænset til overvejende at vedrøre bestyrelsens pligter i situationer, hvor selskabets økonomiske sammenbrud er nært forstående. Få bestyrelsesansvarssager i dansk retspraksis vedrører bestyrelsens basale pligter og opgaver i et selskab, som er i almindelig drift. Dette skyldes selvfølgelig, at bestyrelsesansvarssager ofte aktualiseres af et økonomisk sammenbrud.”¹⁸ Retsopgøret i den finansielle sektor var foranlediget af flere danske bankers konkurser, men som citatet illustrerer, er det ikke konkursen som sådan, der er afgørende, men (grundlaget for) de beslutninger, der er truffet forud herfor.

3 EU-regulering – fra Lamfalussy over Lissabon til Larosière

Dette afsnit skal give en generel redegørelse for den overnationale EU-retlige struktur for så vidt angår vedtagelse og håndhævelse af den finansielle lovgivning i EU, dvs. baggrunden for reglerne, der ligger bag væsentlige dele af FIL.

”Lamfalussyproceduren er en lovgivningsprocedure, der i 2001 blev indført med henblik på at effektivisere lovgivningsprocessen på det finansielle område. Siden er der løbet meget vand i åen. I 2009 trådte Lissabontraktaten i kraft, og den finansielle krise gav anledning til oprettelsen af et nyt europæisk tilsynssystem med ikrafttræden i 2011.”¹⁹ Ændringen indebar en ny fælles tilsynsstruktur med oprettelsen af tre nye europæiske tilsynsmyndigheder, såkaldte ESA'er.

Disse fungerer ved, modsat de tidligere tilsynsudvalg, at være egentlige juridiske personer med juridiske beføjelser: ”Mens tilsynsudvalgene havde en forholdsvis passiv rolle og særligt

¹⁸ Neville, s. 331-332

¹⁹ ET, 2012.211, s. 1

i begyndelsen af den finansielle krise - manglede evne og juridiske beføjelser til at træffe og gennemføre hurtige og nødvendige beslutninger, fremstår ESA'erne som handlekraftige europæiske myndigheder med en central rolle i såvel lovgivnings- som tilsynsprocessen på det finansielle område.”²⁰

Den EU-retlige regulering af den finansielle sektor består af ”rammedirektiver/-forordninger, der fastlægger en række overordnede principper, der reflekterer de politiske valg, som det med den konkrete retsakt er hensigten at lovgive om. Ved alene at lade de overordnede principper og ikke de nærmere tekniske detaljer være genstand for den almindelige (og tunge) lovgivningsprocedure øges tempoet i lovgivningsprocessen.”²¹

Selve implementeringen af lovgivningen er niveauiuddelt efter intensitet, der bl.a. udmønter sig i de nationale tilsynsmyndigheders internationale samarbejde. Dette ”med henblik på at sikre en fælles og ensartet implementering, anvendelse og håndhævelse af EU-lovgivningen i de enkelte medlemslande. Samarbejdet mellem de nationale tilsynsmyndigheder giver grundlag for sammenligning af de enkelte medlemsstaters lovgivnings- og tilsynspraksis og herigennem udformning af best practice.”²² Som det senere vil fremgå, er best practice et af de primære formål bag principperne for god selskabsledelse i Corporate Governance.

Fra den 1. januar 2011 har en ny europæisk tilsynsstruktur været i kraft. Den bygger på Larosièrere-rapportens anbefalinger om det fremtidige finansielle tilsyn i EU. ”Den finansielle krise havde afsløret, at der manglede samarbejde, koordinering, ensartethed og tillid mellem de nationale tilsyn, der ikke var tilpasset det forhold, at mange finansielle virksomheder i dag driver forretning på tværs af landegrænserne.”²³

Tilsynsstrukturen består af et makro- og mikrotilsyn, der varetager henholdsvis det overordnede ansvar med EU's finansielle system som helhed, og tilsynet med de enkelte finansielle virksomheder. Førnævnte ESA'er forestår det fælles europæiske mikrotilsyn efter deres respektive finansielle ressortområder.

De nationale tilsynsmyndigheder forestår det egentlige tilsyn med den enkelte finansielle virksomhed og den nærmere regulering af sektoren som helhed: i Danmark Finanstilsynet.

²⁰ ET, 2012.211, s. 5

²¹ ET, 2012.211, s. 1

²² ET, 2012.211, s. 1

²³ ET, 2012.211, s. 2

Finanstilsynets hovedopgave er tilsynet med de finansielle selskaber. Selve tilsynsaktiviteten består i at overvåge selskabernes kapitalberedskab i forhold til de risici, de har påtaget sig, herunder at de finansielle selskaber overholder den finansielle lovgivning. Foruden tilsynsvirkomheden medvirker Finanstilsynet ved udformningen af den finansielle lovgivning og udsteder bekendtgørelser på det finansielle område.²⁴ Den formelle kompetence til udstedelse af bekendtgørelser ligger hos erhvervs- og vækstministeren, jf. FIL § 43, men "[i] realiteten er bekendtgørelserne udarbejdet af Finanstilsynet [...]".²⁵ Størstedelen af de danske bekendtgørelser på det finansielle område har hjemmel i FIL § 43.

"Med henblik på at fastlægge en konsekvent og effektiv tilsynspraksis i Unionen og sikre en fælles, ensartet og konsekvent anvendelse af EU-retten har tilsynsmyndighederne beføjelse til at udstede retningslinjer og henstillinger rettet til kompetente myndigheder eller finansielle institutioner, jf. ESA-forordningernes art. 16, stk. 1. De kompetente myndigheder og finansielle institutioner skal bestræbe sig bedst muligt på at efterleve disse retningslinjer og henstillinger, jf. art. 16, stk. 3."²⁶ De nationale tilsynsmyndigheder er herigennem underlagt overnationale principper om *comply or explain* og *naming and shaming*. Det vil fremgå at disse principper tillige spiller en central rolle i udformningen af reglerne om Corporate Governance som en afart juridisk spill-over fra EU-institutionerne over de nationale tilsynsmyndigheder og ned til den enkelte finansielle virksomhed i hver enkel medlemsstat.

4 Forholdet mellem SL og FIL

I en bankretlig kontekst fastlægger SL de overordnede juridiske rammer for banken som *selskab*. SL fastlægger således en række almindeligt kendte handlepligter for bestyrelsen, f.eks. SL § 115 om bestyrelsens opgaver og § 119 om kapitaltab. Ved at klarlægge bestyrelsesansvaret for de selskaber, der underlagt den mest omfattende regulering, kan der udledes begrundede formodninger om retstilstanden for bestyrelsen i almindelige A/S'er. Denne antagelse understøttes af lovgivers videreførsel af culpereglen som fælles retlig standard. Nedenfor nævnes et par eksempler på, at banker er underlagt den formelle lovgivning i SL, der på flere punkter suppleres, uddybes og fraviges i FIL.

Ved at sammenholde FIL §§ 12, stk. 1, 1.-3. pkt. og 13, stk. 1 kan der spores en strømning af den selskabsretlige regulering i den finansielle lovgivning, hvor banker er underlagt et skær-

²⁴ www.finanstilsynet.dk → Om os → Finanstilsynets opgaver

²⁵ Clausen, s. 187

²⁶ ET, 2012.211, s. 4

pet regelsæt, der tilsigter en simpel og ensartet selskabsstruktur. Forskellene mellem den almindelige regulering efter SL og FIL ligger bl.a. i, at pengeinstitutvirksomhed i dag skal stiftes som bank i A/S-form, og at de lempelige stiftelsesvilkår, der følger af SL §§ 33, stk. 1, 1. pkt. (om indskud af selskabskapital) og 35, stk. 1 (om apportindskud), er fraveget for bankers vedkommende. Kapitalkravene ved stiftelse af bankvirksomhed er således gjort uafhængige af konjunkturudsving.

Det gælder ligeledes at bankers ledelsesorganer er begrænset til den enstrengede ledelsesstruktur med bestyrelse og direktion, således at en tostrengt ledelsesstruktur med et tilsynsråd ikke er mulig, jf. FIL § 12, stk. 2 (der derved fraviger udgangspunktet i SL § 111 om valgfri organisationsstruktur). Når banker i dag skal stiftes som A/S'er, er det derfor SL som udgør det formelle juridiske fundament for reguleringen af A/S'et som kooperativ, dvs. den ramme hvorunder en flerhed af personer udøver økonomiske rettigheder og forvaltningsmæssige beføjelser. I forlængelse heraf er banker, som andre finansielle virksomheder, yderligere reguleret af FIL, der efter princippet om *lex specialis* i vidt omfang ændrer og skærper den almindelige selskabsretlige lovgivning efter et EU-retligt forbillede.

Den nærmere opregning af bestyrelsens opgaver og pligter i FIL og ledelsesbekendtgørelsen, må antages at præcisere udgangspunktet for bestyrelsens ansvarsbedømmelse. Dette må yderligere antages at få en vis afsmittende effekt på fastlæggelsen af bestyrelsesansvaret i almindelige aktieselskaber. Ikke nødvendigvis gennem traditionel analog anvendelse, men som rettesnor med de fornødne tilpasninger, der følger af at andre kapitalselskaber ikke er underlagt tilsvarende regulering, f.eks. i relation til bestyrelsesmedlemmers opfyldelse af fit and properkravene.²⁷

Når rammerne for stiftelse og drift af bankvirksomhed ikke nyder samme fleksibilitet som den almindelige selskabslovgivning tillader, må det dels forstås som et ønske om strammere regulering i form af almen risikominimering, dels må det antages at medføre, at retspraksis, herunder Finanstilsynets praksis, på området fremadrettet vil have en *større* præjudikatværdi henset til at sammenligningsgrundlaget har flere (tvungne) ligheder. Det juridiske spillerum er dels indskrænket i en formel selskabsretlig henseende, dvs. banken som selskab smhm. særlovgivningen i FIL, og er dels i ledelsesmæssig henseende underlagt en fast organisationsstruktur som ramme for driften. Der skal hermed i ansvarsbedømmelsen ikke differentieres

²⁷ At et ledelsesmedlem ved sin tiltræden i det angivne institut over for Finanstilsynet skal afgive forpligtende erklæring (i skemaform) om sin egnethed og hæderlighed (fit & proper-vurdering).

mellem de potentielle forskelligartede forhold, der *kan* gøre sig gældende i ansvarsfordelingen ved forskellige sammensætninger af selskabets ledelse, både fsva. organisationsstruktur og kompetencekrav (fit and proper).

5 Generelt om bankvirksomhed

En velfungerende og stabil finansiel sektor er en væsentlig forudsætning for en moderne samfundsøkonomi. Et funktionelt bankvæsen bygger på et vist minimum af grundlæggende tillid de respektive interessenter imellem, herunder i forholdet til andre banker ved indbyrdes låntagning. Bankers solvensgrad udtrykker hvorvidt virksomhedsdriften kan karakteriseres som sund. Credit rating agencies, som f.eks. Moody's, lever af løbende bl.a. at vurdere bankers funding ratio og dermed deres evne til at tilbagebetale lån. Den rente den enkelte bank skal betale som følge af sin rating udtrykker ratingbureauets tillid til bankens drift, hvad enten denne tillid er høj eller lav. ”En relativ høj solvensprocent kan endvidere have positiv betydning for pengeinstituttets rating og dermed for prisen for pengeinstituttets funding (lånoptagelse).”²⁸ Bestyrelsens opgave er i denne henseende, at tilrettelægge bankens overordnede ledelse og strategi på en sådan måde, at betingelserne for rentabel drift og vækst er til stede på et tillidsfuldt betryggende grundlag.

5.1 Selskabsreformen af 2009

Den danske selskabslovgivning bestod indtil selskabsreformen i sin helhed af to hovedlove: aktieselskabsloven af 1973 og anpartsselskabsloven af 1996.

”I 2006 nedsatte Økonomi- og erhvervsministeren et moderniseringsudvalg med henblik på at udarbejde et forslag til en gennemgribende modernisering af aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven. Moderniseringsudvalget offentliggjorde i november 2008 betænkning nr. 1498. På grundlag af moderniseringsudvalgets betænkning fremsatte Økonomi- og Erhvervsministeren i marts 2009 lovforslag 2008/09 L 170 for Folketinget, der den 29. maj 2009 vedtog lov om aktie- og anpartsselskaber, jf. lov nr. 470 af 12. juni 2009.”²⁹

Om baggrunden for selskabsreformen udtaler kommissoriet at: ”I den mellemliggende periode har den teknologiske udvikling, den stigende internationalisering, udviklingen på kapitalmarkedsområdet og den øgede fokusering på at lette de administrative byrder for især erhvervsli-

²⁸ Clausen, s. 82

²⁹ Hansen, s. 19

vet fået en meget betydelig rolle i fastlæggelsen af rammebetingelserne for erhvervslivet. Den gældende selskabslovgivning trænger således til et ”servicetjek” [...].”³⁰

Vedtagelsen af SL gennemførte dels en forenkling af de eksisterende regler ved at fusionere aktie- og anpartsselskabslovene i én ny hovedlov, SL, og dels en afskaffelse af visse danske særlove, der gik videre end EU-direktivets minimumskrav.³¹

5.2 Koncessionsprincippet

Udøvelse af finansiell virksomhed, herunder at drive en bank, forudsætter tilladelse fra Finanstilsynet. ”Tilladelsessystemet bygger på et koncessionsprincip, hvilket indebærer, at tilladelse kun gives til udøvelse af bestemte aktiviteter. Ønsker en finansiell virksomhed at udføre andre aktiviteter, kræver det en yderligere tilladelse.”³² De enkelte tilladte aktiviteter skal, som nævnt, ikke uddybes yderligere, men det skal herved bemærkes, at FIL § 43, stk. 1 omfatter alle bankers tilladte aktiviteter, jf. erhvervs- og vækstministerens delegation til Finanstilsynet. Koncessionsprincippet udtrykker derfor en ret klar og grundlæggende forskel mellem den almindelige selskabsretlige lovgivning og FIL, idet det for finansielle virksomheder gælder, at registrering i erhvervsstyrelsens it-system, jf. SL § 41, først kan ske, når Finanstilsynet har givet koncessionstilladelse, jf. FIL §§ 14 og 15, stk. 1.

5.3 SIFI’ets karakteristika

SIFI’et er en overbygning på den traditionelle bankvirksomhed, hvor betingelserne for udpegning er et størrelseskriterium og et kriterium om substituerbarhed: ”Nogle finansielle institutioner, herunder pengeinstitutter, har en sådan størrelse målt på balance og udlån, at det vil få betydelige konsekvenser for samfundsøkonomien generelt, hvis disse finansielle institutioner bliver nødlidende og må erklæres konkurs. Man taler da om systemisk vigtige finansielle institutioner (forkortet SIFI).”³³ Systemiskheden er et mål for de enkelte SIFI’ers indbyrdes rangorden som udtryk for det individuelle ekstra kapitalkrav (solvenskrav), der gælder for SIFI’er.³⁴

Foruden at banker generelt indtager en central placering i samfundsøkonomien, så tegner SIFI’erne sig for, som nævnt i indledningen, en så stor del af den samlede aktivitet i den finansielle sektor i Danmark, at disse ikke umiddelbart kan erstattes på kort sigt. Det vil blandt an-

³⁰ Bet. 1498, s. 16

³¹ Et helt konkret eksempel herpå er Moderniseringsudvalgets overvejelser om mindstekrav ctr. fleksibilitet vedr. udformningen af forretningsordenen efter nugældende SL § 130, jf. bet. 1498, s. 328.

³² Clausen, s. 62

³³ Clausen, s. 90

³⁴ Ragnvid, s. 9 og 11 inkl. dennes note 13

det sige, at det enkelte Safis samlede engagementer ikke kan overtages af, eller fordeles mellem, allerede eksisterende banker/SIFI'er, uden at disses samlede risikospredning i henhold til tilsynsdiamanten, jf. bilag 2, samtidig bliver overskredet, hvorefter Finanstilsynet må forventes at reagere, jf. derved bilag 3. Dette er den primære årsag til at inddele de allerstørste banker i en særskilt gruppe, hvorom der gælder skærpede (kapital)krav.

Finanstilsynet udpeger en gang årligt SIFI'er i Danmark, som udgangspunkt på koncernniveau, jf. FIL § 308, stk. 1. Et SIFI identificeres på baggrund af overskridelse af én af følgende tre indikatorer i to på hinanden følgende år, jf. FIL § 308, stk. 2, nr. 1-3:

1. Instituttets balance udgør mere end 6,5 pct. af Danmarks bruttonationalprodukt.
2. Instituttets udlån i Danmark udgør mere end 5 pct. af de danske penge- og realkreditinstitutters samlede udlån i Danmark.
3. Instituttets indlån i Danmark udgør mere end 5 pct. af de danske pengeinstitutters samlede indlån i Danmark.

Ad 1: Forholdet mellem SIFI'ets balance og BNP er en indikator, der angiver den præsumerede sværhedsgrad ved en eventuel krisehåndtering (forestående insolvensbehandling), og hvordan en sådan krisehåndtering vil ramme samfundsøkonomien generelt.

Ad 2: Udlånsaktiviteten er et helt centralt forretningsområde for den almene bankvirksomhed. De likviditets- og kapitalkrav, der er oplyst i tilsynsdiamanten, har bl.a. til formål at angive rammerne inden for hvilke større udlån kan overtages af andre banker/SIFI'er på kort sigt. Hvor udlånsaktiviteten ikke står mål med et fornødent likviditets- og kapitalberedskab efter lovens minimumskrav, opstår risikoen for væsentlige tab og en potentiel afvikling af SIFI'et med den afledte risiko, der heraf følger for en generel begrænsning af udlånsaktiviteten i hele sektoren.

Ad 3: Grænsen for indlån relaterer sig først og fremmest til det tab almindelige kunder og investorer vil lide fsva. indeståender (der i sin tid ikke omfattedes af indskydergarantiordningen efter bankpakke I). Manglende tillid fra samfundet til SIFI'ets evne til at honorere indeståender, vil i sidste instans kunne påvirke den økonomiske udvikling og udviklingen i den finansielle sektor negativt. Det følger f.eks. af FIL § 70, stk. 4, at Finanstilsynet i sit hjemmelsgrundlag er forpligtet til at varetage netop tilliden til sektoren som helhed i sin forvaltning.

At SIFI'erne er karakteriseret ved deres centrale betydning for realøkonomien og den finansielle sektor som helhed kommer bl.a. til udtryk i FIL § 308, stk. 4 om ophør af SIFI udpeg-

ningen. Et SIFI skal ligge under ovennævnte tre indikatorer i *tre* på hinanden følgende år for ikke længere at opfylde SIFI-betingelserne. Den længere naturlige afvikling af SIFI'ets – engagementer end kriterierne for oprindelig udpegning – indebærer, at lovgiver herved har pålagt et SIFI skærpede kapitalkrav som værende præsumptivt stort, trods en eventuel kalkuleret neddrogning af SIFI'ets aktiviteter.

5.3.1 Delkonklusion

Sammenfattende udtrykker de tre ovennævnte indikatorer målbare kriterier, der i relation til det tidligere nævnte størrelseskriterium, samtidig udgør lovgivers præsumerede grænse for, hvornår den enkelte banks størrelse bliver af en sådan karakter, at dets samlede engagementer ikke umiddelbart kan overtages af eksisterende banker/SIFI'er uden samfundsøkonomiske konsekvenser. Bestemmelsen i FIL § 308, stk. 4 udtrykker i forlængelse heraf, at når betingelserne for skærpede krav opfyldes lettere end de kan afstås, sikres en økonomisk konsolideringsbuffer for selv et SIFI, hvis engagementer peger i retning af et kommende almindeligt pengeinstitut. FIL § 308 er herefter den principielle baggrund for problemformuleringen, derved at bestyrelsens ansvar er størst i de største banker, og at lovgiver i retsopgøret har udvist størst intensitet i (sær)reguleringen af disse.

6 Selskabsledelsens organer

Med selskabsreformen åbnedes mulighed for frit valg af ledelsesstruktur, hvad enten denne skulle være en- eller tostrengt. Moderniseringsudvalgets mål var bl.a. at lette administrative byrder og gøre selskabsretten mindre rigid i sin opbygning. I relation til ledelsens sammensætning er ”reglerne i SL om opgaver og rollefordeling mellem bestyrelse og direktion er generelle og fleksible. Opgaven at finde den ordening, som er bedst for det enkelte selskab, kræver kendskab til dette selskabs forhold og persongalleri.”³⁵ Hvor friheden til sammensætningen af bestyrelsen i en bank tidligere var ens med andre A/S'er, gælder der i dag en række væsentlige begrænsninger, jf. f.eks. FIL § 12. Det vil sige at i aktieselskaber med en bestyrelse udgør denne på en og samme tid både det øverste og det centrale ledelsesorgan, og at dette er et ufravigeligt krav for banker. Bestyrelsesansvaret, i banken som aktieselskab, er således underlagt en lovbestemt topstyring af ansvarsreguleringen, der følger indflydelsen i tilrettelæggelsen af selskabets risikoprofil.

³⁵ Gomard, s. 330

6.1 Generalforsamlingen

Generalforsamlingen er den øverste myndighed i et aktieselskab, om end ikke et egentligt *ledelsesorgan*. I selskabsloven kommer generalforsamlingens kompetence til udtryk i SL § 76, hvorefter kapitalejernes ret til at træffe beslutninger i selskabet udøves på generalforsamlingen. Det er bl.a. generalforsamlingen, der udpeger og om nødvendigt afsætter bestyrelsesmedlemmer, jf. SL § 121, stk. 1, 3. pkt.

”Der er en langvarig tradition for at betragte selskabets organer således, at de udgør et hierarki, hvor generalforsamlingen er øverst. Under generalforsamlingen kommer bestyrelsen [...]. Herunder kommer direktionen.”³⁶

Generalforsamlingens sammensætning, funktion og betydning for selskabet som helhed vil ikke blive omtalt yderligere, da generalforsamlingen som ejerorgan ikke aktivt udøver selskabets ledelse.

6.2 Direktionen

Når direktionen som ledelsesorgan indtager en beskeden rolle i specialet, skyldes det først og fremmest, at direktionen varetager den daglige ledelse, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. efter instruks fra bestyrelsen. Ansvar for direktionen vil oftere bestå i handlinger, og for bestyrelsen i undladelser. ”Direktionens kompetence beror som udgangspunkt på én lovbestemmelse, nemlig SL § 117, [...] men i øvrigt er det ikke meget, SL fastlægger om direktionens funktioner. Bestyrelsen må derfor være opmærksom på, at mens den selv automatisk er underlagt lov, vedtægt og forretningsorden, beror store dele af selskabets retlige relationer til direktionen på de nærmere aftaler med og instrukser til denne.”³⁷

Som led i den daglige ledelse er direktionen ansvarlig for at orientere bestyrelsen om ekstraordinære begivenheder, jf. SL § 117, stk. 1, og for at indsamle oplysninger til brug for bestyrelsens beslutningsproces, f.eks. udarbejdelse af beslutningsgrundlag, som bestyrelsen herefter kan vurdere. Bestyrelsen har ikke sin daglige gang i selskabet, og ”bestyrelsen kan derfor ikke forventes at erkende eventuelle problemer i samme omfang som den daglige ledelse. Den må indrette sin beslutningsproces i tillid til, at direktionen videreformidler information til bestyrelsen.”³⁸ I forhold til bestyrelsen er direktionens fornemteste opgave at filtrere relevant information. En direktør, der ikke følger disse grundsætninger, risikerer at ifalde ansvar idet

³⁶ Werlauff, s. 426

³⁷ Werlauff, s. 438-439

³⁸ Sofsrud, s. 408

bestyrelsen følgelig fratages muligheden for at reagere i forhold til en given situation, jf. i det hele SL § 115, nr. 1-5 (fsva. forsvarligt kapitalberedskab smhm. SL §§ 115, nr. 5 og 118, stk. 2). SL § 115 udtrykker således interdependensen mellem bestyrelse og direktion. Det kan udtrykkes således, at ”bestyrelsen er ansvarlig for den overordnede struktur, hvorefter direktøren har ansvaret for at udfylde strukturen [...]”³⁹

Af det i dette afsnit indtil videre anførte fremgår det, at direktionen er sidste led i den formelle ansvarskæde, og som ovenfor nævnt er direktionen som ledelsesorgan ikke på samme måde som bestyrelsen genstand for regulering. Derved ikke sagt at direktionsmedlemmer ikke kan ifalde ansvar; det er blot et ansvar, der falder uden for denne fremstillings rammer, om end det næsten uvægerligt vil spille en rolle i fastlæggelsen af bestyrelsens ansvar.

6.3 Bestyrelsens opgaver og pligter

Spørgsmålet om bestyrelsens opgaver og pligter indgår som et naturligt led i fastlæggelsen af ansvaret. SL § 115 opregner fem fokuspunkter, som bestyrelsen skal *påse*: ”Med dette udtryk signaleres det, at bestyrelsen ikke selv skal udføre de pågældende opgaver, men at den skal sørge for samt holde øje med, at det faktisk sker.”⁴⁰ Bestyrelsen skal forestå den overordnede og strategiske ledelse. Dette indebærer at udstikke de generelle og overordnede retningslinjer for direktionens daglige ledelse. I en konkret culpabedømmelse forekommer dette ikke at være videre operativt, i hvert fald ikke direkte anvendeligt, når SL på en og samme tid skal være fleksibel i sin regulering af flere forskellige selskabsformer i Danmark og anviser håndfaste parametre for ansvarsbedømmelsen i koncernrelationer, der opererer inden for komplekse virksomhedsområder.

Det er ikke muligt udtømmende at opregne samtlige bestyrelsens pligter, men ”ved at beskrive bestyrelsens opgaver fastlægges samtidig omfanget af den ansvarsbegrundende pligt – det objektive element i culpareglen.”⁴¹ Afsnittet tjener følgelig til at beskrive de klassiske opgaver bestyrelsen varetager, ”dvs. pege på nogle grundlæggende ledelsespligter, der kan anvendes som grundlag for ansvarsbedømmelsen.”⁴² Samuelsson foretager en negativ definition: ”I princippet er reglerne om ledelsens erstatningsansvar en refleks af de normer, der kan fast-

³⁹ Neville, s. 344

⁴⁰ Werlauff, s. 440

⁴¹ Sofsrud, s. 154

⁴² Sofsrud, s. 155

lægges om ledelsens pligter. Det er derfor nødvendigt ved fastlæggelsen af ledelsens erstatningsansvar at tage stilling til de pligter, der påhviler ledelsen.”⁴³

Sofsrud kommer i sin doktordisputats ikke nærmere en egentlig konklusion, men hæfter sig ved at bestyrelsens funktion er at betegne som ”komplementær til den daglige ledelse, dvs. som udøvelse af den *ikke-daglige ledelse*, herunder dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning.”⁴⁴ Werlauff udtaler om udtrykket *strategisk ledelse* i SL § 115 at: ”Uanset at heller ikke dette begreb er præcist, ligger der i hvert fald i begrebet, at der ikke alene er tale om tilsyns- og kontrolopgaver, men også om egentlige ledelsesopgaver, blot ikke daglig ledelse.”⁴⁵

Ovenstående udgør det formelle teoretiske udgangspunkt efter SL § 115, og dermed også for banker som selskaber. Som et resultat af retsopgøret i den finansielle sektor går FIL videre i sin regulering, derved at der opstilles kompetencekrav (fit and proper-krav) til bestyrelsesmedlemmer og fastlægges en uddybende, men ikke fuldstændig, opregning af bestyrelsens opgaver og pligter i banker, jf. f.eks. ledelsesbekendtgørelsens § 4 og FIL § 70.

6.3.1 Dobbeltmandat

Efter SL § 111, stk. 1, nr. 1 kan et almindeligt A/S med en enstrengt ledelsesstruktur vælge, at en eller flere personer skal være repræsenteret i både bestyrelse og direktion, dog således at flertallet i bestyrelsen ikke udgøres af direktionsmedlemmer. Det i selskabsretligt regi tilladte dobbeltmandat gør sig ikke gældende for banker. Efter FIL § 73, stk. 1, 1. pkt. kan hvervet som bestyrelsesmedlem og direktør ikke forenes.

Forbuddet skal ses i sammenhæng med reglerne om arbejds- og ansvarsfordeling. Denne fuldstændige adskillelse af bestyrelses- og direktionsmedlemmer sikrer opretholdelsen af uafhængige organer, hvor interne ledelsesinteresser ikke risikerer at influere den overordnede og strategiske ledelse af banken.⁴⁶ Dette har yderligere den fordel, at der i erstatningsretlig henseende kan trækkes en klarere linje mellem ledelsesorganernes indbyrdes ansvar med udgangspunkt i den formelle kompetencefordeling.

⁴³ Samuelsson, s. 13

⁴⁴ Sofsrud, s. 159

⁴⁵ Werlauff, s. 440

⁴⁶ Bet. 1498, s. 304-305

Som kuriosum kan det nævnes, at Komitéen for God Selskabsledelse (*Komitéen*) anbefaler den enstrengede ledelsesstruktur,⁴⁷ men at Moderniseringsudvalget ikke så sig kompetent til at fastlægge den optimale ledelsesmodel under hensyn til ”at selskaberne bør have mulighed for at indrette sig ledelsesmæssigt, som de finder bedst.”⁴⁸ Denne afvigelse må antages at bero på forskellene i de respektive arbejdsområder, derved at Komitéen ved sin udarbejdelse af principperne for Corporate Governance primært henvender sig til selskaber af en vis størrelse, smhm. anvendelsesområdet for ÅRL § 107 b, og at Moderniseringsudvalget skulle tilgodese en overordnet og generel fleksibilitet i selskabslovgivningen. Denne argumentation synes at imødegå kritikken i Neville.⁴⁹

6.3.2 Delkonklusion

Bestyrelsens pligter kan som nævnt ikke defineres entydigt men varierer afhængig af selskabets størrelse, forretningsmodel og risikoprofil (virksomhedsområder) mv. som præmis for FIL § 70, stk. 1, nr. 2. På den ene side kan bestyrelsen ikke fralægge sig ethvert ansvar med henvisning til direktionen som primær ansvarlig for den daglige ledelse. På den anden side skal bestyrelsens medlemmer fungere som generalister, der ikke skal beskæftige sig med enhver detalje vedrørende bankens drift: ”På et nærmere fastlagt niveau og nedefter må bestyrelsen kunne overlade den nærmere udformning af organisationen til direktionen, som igen må kunne videredelegere til mellemledere etc.”⁵⁰ Citatet er centralt for den videre diskussion om den erstatningsretlige adækvansbetingelse for bestyrelsesansvaret.

På baggrund af forbuddet mod dobbeltmandat og smhm. Finanstilsynets prøvelse iht. fit and proper-kravene må det antages, at omfanget af sager, hvor andre reelt har fungeret som ledelse vil reduceres betydeligt.

6.4 Direktionens samspil med bestyrelsen

Ved at sammenholde ordlyden af SL §§ 118, stk. 1 og 115, nr. 3 og 4, kan det udledes, at direktionen har et ansvar for bl.a. korrekt bogføring. Dernæst at bestyrelsen er ansvarlig for at sikre, at direktionens korrekte rapportering om selskabets finansielle forhold sker på en betryggende måde. Reglerne udtrykker for så vidt to sider af samme sag, herunder en indbyrdes gensidig afhængighed selskabsorganerne imellem, hvis formål er at sikre en fyldestgørende

⁴⁷ Komitéen, s. 8, hvor det udtales, at ”selskaber med værdipapirer optaget til handel på et reguleret marked bør efter komitéens opfattelse organisere sig med bestyrelse og direktion, fordi det er komitéens vurdering, at denne organisering giver et konstruktivt og værdiskabende samspil mellem de to ledelsesorganer.”

⁴⁸ Bet. 1498, s. 293

⁴⁹ Neville, s. 99

⁵⁰ Neville, s. 344

tilvejebringelse af relevant og korrekt information til bestyrelsen. Moderniseringsudvalget udtaler herom at: ”Bestyrelsens mulighed for at leve op til sine opgaver og for at føre tilsyn med direktionens arbejde er i sagens natur afhængig af kvaliteten og omfanget af den information, som bestyrelsen får fra direktionen. Det er i den forbindelse en opgave for bestyrelsen at sikre sig et tilstrækkeligt rapporteringssystem.”⁵¹

Når det enkelte bestyrelsesmedlem skal træffe en beslutning, skal det ske på et velfunderet grundlag, som minimum et grundlag, der efter omstændighederne og beslutningens kompleksitet taget i betragtning, tilbyder et grundlag, hvor de mest nærliggende risici kan afvejes. Når bestyrelsen som helhed ved sine flertalsafgørelser træffer beslutning om et givent forhold, skal dette flertal afspejle det enkelte medlems kvalificerede stillingtagen til en given problemstilling.

Et tilstrækkeligt informationsgrundlag synes at forudsætte, at dette begrænser beslutningsusikkerheden mest muligt. Dette under hensyn til, dels beslutningens kompleksitet og beskaffenhed, (tunge beslutninger kræver større vidensgrundlag), dels bestyrelsesmedlemmernes respektive kvalifikationer, dvs. evnen til at erkende og handle på problemstillinger og dels til hvad bestyrelsen selv vurderer er en rimelig tid at tildele den konkrete problemstilling. Det skal herved bemærkes, at FIL § 64 a bestemmer, at et ledelsesmedlem skal afsætte tilstrækkelig tid til varetagelsen af sit hverv, og løbende vurdere om den afsatte tid er tilstrækkelig. Direktionsmedlemmer må forventes, at bruge den overvejende del af sin tid i selskabet, hvorfor bestemmelsen forudsætningsvis henvender sig til bestyrelsesmedlemmer, der ikke på samme måde har sin daglige gang i selskabet. Det skal herved bemærkes, at der gælder et maksimum for antallet af SIFI-bestyrelsesposter det enkelte medlem kan bestride samtidig, jf. FIL § 313, stk. 1.

Lovgiver har herved fastsat et udgangspunkt om topstyring af ansvarsfordelingen derved, at direktionens primære funktion, foruden at varetage den daglige ledelse af selskabet, er at give bestyrelsen fyldestgørende (økonomiske) oplysninger som en del af bestyrelsens beslutningsgrundlag for den overordnede strategiske ledelse af selskabet.

Denne topstyring af ansvaret bygger på en forudsætning om dels fraværet af svig fra direktionens side. Dels at de informationer, direktionen formidler, er *egnede* som fyldestgørende beslutningsgrundlag for bestyrelsen i dens virke som varetager af selskabets overordnede og strategiske ledelse.

⁵¹ Bet. 1498, s. 897

Herved opstår spørgsmålet om bestyrelsens grundlæggende tillid til de oplysninger, direktionen videreformidler, og som bestyrelsen berettiget *bør* kunne forholde sig til som værende troværdige, herunder i hvilket omfang graden af utroværdige oplysninger fritager bestyrelsen for ansvar, og hvornår der fra bestyrelsens side indtræder en reaktionspligt.

Det fremgår af ÅRL § 9, stk. 1, nr. 2, at bankens årsregnskab skal give et *retvisende billede* af virksomhedens aktiver og passiver. Det fremgår yderligere af FIL § 187, stk. 2, at årsrapporten skal udarbejdes således, at den støtter regnskabsbrugerne i deres økonomiske beslutninger, herunder at den oplyser om forhold, der normalt er relevante for regnskabsbrugerne, jf. stk. 3. Oplysningerne skal desuden være pålidelige i forhold til, hvad regnskabsbrugerne normalt forventer. Det skal herved bemærkes, at det bagvedliggende formål om et retvisende billede i FIL § 187, stk. 1 og definitionen af ”regnskabsbrugere” i stk. 2, i helt overvejende grad følger baggrunden for principperne i Corporate Governance og Nørby-udvalgets definition af interessenter.

U 1923.871 H (Landmandsbanken) er et eksempel på mangelfuld kommunikation mellem ledelsesorganerne, og hvornår der for bestyrelsen indtræder en reaktionspligt. I landsrettens dom udtales det, at den administrerende direktør ved ”Fortielser, urigtige og vildledende Meddelelser til Bestyrelsen baade med Hensyn til faktiske Enkeltheder og med Hensyn til Bankens Stilling i det Hele ... har ført Bestyrelsen bag Lyset, uden at det kan tilregnes denne som Uagtsomhed eller dog som grov Uagtsomhed, at den har stolet på hans Opgivenders Rigtighed.” Højesteret dømte dog bestyrelsesmedlemmerne ud fra en overordnet betragtning der, begrundet i både nationale og internationale forhold, burde have vakt bestyrelsesmedlemmernes årvågenhed, derved at bestyrelsesmedlemmerne ”har ladet sig nøje med Forklaringer fra den eller de Direktører, der ved deres uheldige Ledelse væsentlig havde bidraget til Bankens vanskelige Stilling.”

Landsrettens henholdsvis Højesterets begrundelser for domsafsigelserne illustrerer forskellene mellem behovet for troværdige oplysninger fra direktionen, den nødvendige grundlæggende tillid ledelsesorganerne imellem og udstrækningen af the business judgement rule, som ”skal-keskjul” for bestyrelsens manglende kontrol med direktionen.

Fra nyere retspraksis kan nævnes U 2015.2075 H (Memory Card), om en direktørs regnskabsmanipulation. Den afgående økonomidirektør (Ø) havde ved sin opsigelse gjort bestyrelsesformanden (B) opmærksom på den administrerende direktørs (A) uberettigede lageropskrivninger. B havde herved udbedt sig en redegørelse fra A. Herom udtaler Højesteret at

”Højesteret finder, at [B] i varetagelsen af sit hverv har levet op til sine forpligtelser som bestyrelsesformand. Det var dog en fejlsvurdering, at han på baggrund af bl.a. sit mangeårige tillidsfulde samarbejde med [A] [...] godtog dennes svar af 3. marts 2000 på kritikken i brevet af 1. marts 2000 fra den fratrådte [Ø] [...] uden at orientere de andre bestyrelsesmedlemmer og revisorerne derom. Efter en samlet vurdering finder Højesteret imidlertid, at der ikke på grund af en enkeltstående fejl af denne karakter er grundlag for at pålægge [B] erstatningsansvar.”

Dommen er konkret begrundet, men viser at de relevante forhold ikke afvejes isoleret, men i stedet indgår som et samlet hele i den konkrete culpavurdering. På baggrund heraf kan der, afhængig af den konkrete uagtsomhed, argumenteres for, at det har formodningen for sig, at et bestyrelsesmedlem i et selskab med en forsvarlig organisation ikke har handlet uagtsomt, henset til selskabets generelle beslutningsproces.⁵² I forlængelse heraf må det nødvendigvis være en forudsætning, at det ikke påhviler bestyrelsen at påse, at der ikke sker ulovligheder, medmindre der konkret er anledning til at undersøge sådanne forhold, der ikke ligger helt uden for det påregnelige.

6.4.1 Delkonklusion

Når bestyrelsens beslutningsproces baserer sig på redelig information fra direktionen, påhviler det bestyrelsen som helhed, og i særdeleshed et medlem, der efter sit ressortområde er dette nærmest, at afklare forhold, hvor det ikke vurderes, at det eksisterende informationsgrundlag er tilstrækkeligt. Herunder forhold, hvor der er indikationer på uredelig adfærd fra direktionen. Culpabedømmelsens fleksibilitet skal således tage højde for tidspunktet for dels bestyrelsens reaktionspligt, dels hvornår et (ressort)medlems formodede indsigt bør give anledning til reaktion, jf. f.eks. U 1923.871 H, hvor Højesteret forholder sig til bestyrelsens positive pligt til at udbede sig oplysninger.

⁵² RR 2015.12.0036, s. 2

6.5 Bestyrelsens ledelse af selskabet efter FIL

Ifølge FIL § 70, stk. 1, nr. 1-3 skal bestyrelsen:

1. fastlægge, hvilke hovedtyper af forretningsmæssige aktiviteter virksomheden skal udføre
2. identificere og kvantificere virksomhedens væsentlige risici og fastlægge virksomhedens risikoprofil, herunder fastsætte, hvilke og hvor store risici virksomheden må påtage sig
3. fastlægge politikker for, hvorledes virksomheden skal styre hver af virksomhedens væsentlige aktiviteter og de risici, der er knyttet hertil, under hensyntagen til samspillet mellem disse

FIL § 70 gælder alle finansielle virksomheder, herunder koncerner.⁵³ Det vil sige at bestyrelsen i et moderselskab (universalpengeinstitut), skal forholde sig til den samlede risikoprofil for koncernen. Herunder forholde sig til hvordan risici identificeres på tværs af koncernens respektive selskaber og moderselskabet som helhed.⁵⁴

Ad 1: Tilsynsdiamanten er først og fremmest et værktøj til (intern) risikostyring, der ud fra fem pejlemærker identificerer de mest risikobetonede aspekter ved almindelig bankvirksomhed. I relation til FIL § 70, stk. 1, nr. 1 vil en analog anvendelse af tilsynsdiamantens fem pejlemærker ligeledes afspejle bestyrelsens stillingtagen til de væsentligste forretningsområder for banken.

Ad 2: Efter bestyrelsens stillingtagen til nr. 1 skal de væsentligste risici og den samlede risikoprofil vurderes i relation til de acceptable risici, der er forbundet med de valgte forretningsområder (det kan f.eks. være branchespecifikt som tilfældet er for DLR Kredit, der historisk set primært henvender sig til landbruget).

Ad 3: Hvor nr. 1 og 2 omhandler de teoretiske overvejelser (det forretningsmæssige skøn), så indebærer nr. 3, at bestyrelsen skal forholde sig til den egentlige implementering af den valgte forretningsmodel, dvs. *hvordan* virksomheden skal drives iht. den valgte risikoprofil. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med ledelsesbekendtgørelsens § 4 om virksomhedens politikker og identifikation af risikoområder.

⁵³ De særskilte koncernregler findes i FIL kap. 12, og skal ikke gennemgås yderligere her.

⁵⁴ Hjetting, s. 331

Efter SL § 115, stk. 1, skal bestyrelsen sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed. Den korresponderende bestemmelse i FIL § 71 omhandler forsvarlig drift og effektive former for virksomhedsstyring i form af bl.a. en klar organisatorisk struktur med gennemskuelig og konsekvent ansvarsfordeling, skriftlige forretningsgange for væsentlige aktivitetsområder og ”effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for,” jf. FIL § 71, stk. 1, nr. 4. FIL § 71, stk. 1, nr. 1-10 opregner mindre summarisk de forhold, der kendetegner effektiv virksomhedsstyring.

Specialet forholder sig til udvalgte poster i nr. 1-10. Som det ses fremgår de relevante forhold for bestyrelsens overordnede og strategiske ledelse med større tydelighed i FIL.

Af FIL § 71, stk. 1, nr. 1 fremgår, at bestyrelsen skal sikre selskabets organisatoriske struktur ved tydeligt definerede ansvars- og arbejdsområder med det overordnede formål, ”at udførelsen af opgaver adskilles fra kontrollen af disse.”⁵⁵ I forlængelse heraf bestemmer nr. 6, at der skal foreligge procedurer til funktionsadskillelse i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter.

FIL § 71, stk. 1, nr. 3 bestemmer, at der skal være skriftlige forretningsgange for alle de væsentligste aktivitetsområder. Det er individuelt for den enkelte bank hvilke områder, der kan karakteriseres som væsentlige, men fælles er dog, at de generelle krav i FIL § 70 skal udfærdiges på skrift, jf. eksplicit FIL § 70, stk. 2 om bestyrelsens instruktion til direktionen.

Finanstilsynet har med hjemmel i FIL § 71, stk. 2 bl.a. udstedt ledelsesbekendtgørelsen,⁵⁶ der indeholder nærmere regler om bestyrelsens strategiske funktion og bestyrelsens og direktionens opgaver og ansvar.

6.5.1.1 Delkonklusion

Ved at sammenholde FIL § 71, stk. 1, nr. 1, 3 og 4, kan det konkluderes, at bestyrelsen i sin fastlæggelse af den organisatoriske struktur, internt i virksomheden, skal sikre, at der sker rapportering af relevante oplysninger til trindhøjere ledelsesniveau med henblik på at påse en effektiv overvågning af bankens risici og forretningsområder. Herved sikres en løbende risikovurdering, der fungerer som indikator for selskabets udvikling og gerne skal tjene som værktøj til at imødegå potentielle tab og styrke betingelserne for rentabel drift. Om end principperne heri formentlig også kan udledes af de almindelige regler i SL, så indebærer denne

⁵⁵ Clausen, s. 108. Et tilsvarende hensyn ses varetaget i SL, hvorefter bestyrelsen kan gribe ind i konkrete anliggender i den daglige ledelse, men ikke generelt må overtage denne.

⁵⁶ Bek. 1321 af 25/11/2015

tydeliggørelse i FIL, at området for negligering indskrænkes. Der er således tale om en præcisering af bestyrelsens opgaver og pligter, og dermed ansvaret som helhed.

6.6 Den overordnede og strategiske ledelse

Bestyrelsen varetager den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. Heri ligger at bestyrelsen ansætter og afskediger medlemmerne af direktionen, og fører tilsyn med den daglige ledelse efter de retningslinjer, bestyrelsen har udstukket, jf. SL §§ 115-118. Denne kompetencefordeling udtrykker at den ikke-daglige ledelse kontrollerer den daglige ledelse. Bestyrelsen kan desuden træffe beslutning i alle sager, der ikke særskilt er henlagt til generalforsamlingen, jf. SL §§ 115 og 117.

Ledelsesbekendtgørelsen er herved mere præcis i sin opregning af bestyrelsens varetagelse af den overordnede og strategiske ledelse, derved at det i dennes § 4, stk. 2 påhviler bestyrelsen at vedtage konkrete politikker for en række udvalgte områder. Dette skal yderligere sammenholdes med bestyrelsens årlige revision af sit arbejde, sammensætning og forretningsmodel.

”I SL er bestyrelsens og revisors kontrolfunktion blevet understreget, for bestyrelsens vedkommende i SL §§ 115 og i 130 om forretningsordenen, der gælder for alle kapitalselskaber, ikke blot for børsselskaber.”⁵⁷ Bestyrelsens effektive kontrolfunktion er betinget af et uafhængigt forhold til direktionen. Bestyrelsen må således ikke reelt ”være underkastet direktionen eller på anden måde være ukritisk i forhold til den.”⁵⁸ Efter FIL § 70, stk. 2, nr. 3 skal bestyrelsen udfærdige regler om den handlefrihed og dispositionsmaksime, der tilkommer bestyrelsen i sit hverv og direktionen i sit virke. ”For de finansielle virksomheder, der er direkte omfattet af selskabslovens § 115, må det antages, at bestemmelsen skal betragtes som et krav om præcisering af arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion ud over det, som følger direkte af selskabsloven.”⁵⁹

Når det tilkommer bestyrelsen at træffe beslutning i alle sager, herunder direktionsanliggender, må dette have undtagelsens karakter. Hvis kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion skal fungere optimalt, indebærer det, at der som udgangspunkt ikke må ske overlap mellem de opgaver, der er henlagt til det enkelte organ. Herved risikerer bestyrelsens kontrolfunktion af direktionen at forspildes. Dette princip er yderligere varetaget i FIL § 71, stk. 1, nr. 7 om interne kontrolprocedurer, der har til formål at sikre, ”at manglende overholdelse af

⁵⁷ Gomard, s. 334, inkl. herinævnte note 23: Jf. betænkning nr. 1498/2008, s. 917 f.

⁵⁸ Bet. 1498, s. 311

⁵⁹ Hjetting, s. 331

de udarbejdede forretningsgange bliver opdaget, samt at der er taget udtrykkelig stilling til, hvem der har ansvaret for at rette op på fejl og mangler.”⁶⁰ Dette gælder særligt fsva. bankens lovpligtige complianceafdeling, jf. ledelsesbekendtgørelsens § 17, stk. 1 og 2 smhm. stk. 4 nr. 2.

Forholdet mellem bestyrelsens pligter efter SL §§ 111 og 115, smhm. FIL §§ 70 og 71 og direktionens varetagelse af den daglige ledelse efter SL § 117 afføder spørgsmålet om, hvor langt bestyrelsens pligter (og dermed ansvar) rækker, og hvornår direktionen eller andre medarbejdere forudsætningsvis må overtage ansvaret for forhold som værende for fjerne til at karakterisere som overordnet og strategisk ledelse.

U 2013.1107 H, om prospektmangler, udtrykker en formodningsregel om kausalitet for så vidt angår forhold, der er den professionelle part nærmest at afklare. Højesteret udtaler i dommen at, ”når en aktietegning i et selskab er sket på grundlag af et prospekt med mangler i form af urigtige og manglende oplysninger, der efter en samlet bedømmelse er af væsentlig betydning for bedømmelsen af selskabet, er der en formodning for, at aktietegningen ikke var sket, hvis prospektet havde indeholdt rigtige og fuldstændige oplysninger.” Højesteret forholder sig her til den erstatningsretlige grundsætning om *conditio sine qua non*. Det vil sige, hvorvidt et givent forhold (prospektets mangler) udgør en nødvendig årsagsbetingelse ved at sammenligne det faktiske sagsforløb ”med et tænkt, hypotetisk forløb, hvor det ansvarsbegrundende forhold elimineres, og spørger så, om dette ville gøre nogen forskel i forhold til skadens indtræden.”⁶¹ Kapitalejerne traf beslutning på baggrund af rådgivning fra banken, der hvilede på prospektet. Kapitalejerne havde ikke læst prospektet forud for beslutningen om aktietegning, men Højesteret fandt ikke at dette afkræftede formodningen, da bankens rådgivning forudsætningsvis ikke ville have været anderledes.

Højesterets stillingtagen til kapitalejernes manglende gennemlæsning af prospektet, udtrykker graden af agtpågivenhed, der kan forventes fra dels køber (*caveat emptor*), dels sælger (*caveat venditor*). Højesterets konklusion må antages at hvile på en implicit hensynsafvejning af den almindelige obligationsretlige grundsætning om gensidig loyal oplysningspligt, hvor en ”alle-rede fordi”-argumentation fritager kapitalejerne for ansvar (egen skyld) for ikke at have læst et mangelfuldt prospekt.

⁶⁰ Hjetting, s. 336

⁶¹ von Eyben, s. 286

6.7 The business judgement rule

The business judgement rule bygger på et udgangspunkt om tilbageholdende domstolsprøvelse af bestyrelsesbeslutninger, der hviler på et forretningsmæssigt skøn baseret på tilstrækkelig oplyst grundlag. Ifølge Sofsrud er der i dansk ret en generel accept af princippet bag begrebet, der defineres som følger: ”Bestyrelsen er ansvarsfri, hvis dens beslutning bygger på et forretningsmæssigt skøn udøvet i god tro, selv om beslutningen viser sig at være tabsvoldende og må betegnes som et fejlskøn.”⁶² Et erstatningsansvar er betinget af uagtsomhed efter culpa-normen, hvilket indebærer, ”at beslutninger, som efterfølgende viser sig at være tabsgivende, ikke kan føre til ansvar, hvis de er truffet på et forsvarligt grundlag.”⁶³

Fra nyere retspraksis kan nævnes Capinordic,⁶⁴ hvor landsretten udtaler at ”der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevilling af lån,” og U 2013.1312 H, om en grundejerforening, hvor Højesteret udtaler at: ”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer.”

Den acceptable margin for fejlskøn udtrykker forholdet mellem den flerhed af faktorer, der indgår i enhver beslutning om selskabets strategiske ledelse, og det skøn, der nødvendigvis må være overladt bestyrelsen, når disse faktorer skal afvejes i forhold til hinanden og en beslutning følgelig gennemføres som led i direktionens daglige ledelse. The business judgement rule bygger på en præmis om, at selv en højt kvalificeret bestyrelse, der træffer beslutninger med en lav grad af beslutningsusikkerhed ikke i enhver henseende kan være alvidende. Bestyrelsesmedlemmerne skal, som generalister, *skønne* hvad, der er bedst i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse.

Tanken er således at bestyrelsen, som organ, er bedst kvalificeret til at træffe overordnede beslutninger, og at domstolene, som konsekvens heraf, i deres vurdering skal holde sig til den del af den retlige subsumption, der ikke direkte relaterer sig det forretningsmæssige skøn. Denne regel om begrænset ansvarsfrihed hviler på en forudsætning om bestyrelsens loyale varetagelse af selskabets interesser.⁶⁵ Denne forudsætning om loyal varetagelse hviler igen på to betingelser: Dels en betingelse om at ”bestyrelsen selv skal være af den overbevisning, at den

⁶² Sofsrud, s. 136-137

⁶³ Bet. 1498, s. 41

⁶⁴ Østre Landsrets dom af 9. oktober 2015. Dommen er anket til Højesteret.

⁶⁵ Jf. Sofsrud, s. 134-135, der redegør for begrebet efter amerikansk forbillede, herunder begreberne the duty of care og the duty of loyalty, jf. dennes kap. 1, afsnit 2.3.

valgte handlemulighed er egnet til at opfylde det forudsatte mål.”⁶⁶ Dels at der foreligger ”en rationel sammenhæng mellem beslutningens mål og den valgte handlemulighed [...]”⁶⁷

U 2002.2067 H (Hafnia) omhandler en banks, revisorerens og ledelsens fejl i relation til et børsprospekts indhold. SØ- og Handelsretten frifandt ledelsen i Hafnia under henvisning til personlige forhold og et generelt tidspres, smhm. FIL 64 a. Højesteret stadfæstede SØ- og Handelsrettens dom om frifindelse af sagsøgte direktør og bestyrelsesformand, men frifandt banken tillige med den begrundelse, at der ”ikke [var] grundlag for at fastslå, at selskabets ledelse og Danske Bank forud for iværksættelsen eller i perioden frem til nettoprovenuets udbetaling [en emission] til selskabet [Hafnia] burde have forudset, at der ville indtræde sådanne yderligere kursfald på aktiemarkedet, at forsøget på at sikre selskabets beståen var urealistisk.” SØ- og Handelsrettens afgørelse viser, ”at det professionsansvar, der kan ramme et emissionsinstitut (SØ- og Handelsretten ville jo dømme Danske Bank og revisorerne), ikke nødvendigvis samtidig vil ramme emittentselskabets bestyrelse og direktion, som må have en lidt bredere margin for fejlskøn mv.”⁶⁸ Herved kan der argumenteres for en vis accept af enkeltstående fejl i ledelseshvervet, smhm. U 2015.2075 H, når Højesteret udtaler ”[...] at den kritik, som på enkelte punkter kan rettes mod prospektet [...] ikke kan bevirke, at der er grundlag for at pålægge erstatningsansvar [...]”

The business judgement rule udtrykker som begreb den juridiske gråzone, der er ved i en retrospektiv culpabedømmelse at statuere ansvarspådragende adfærd⁶⁹ contra det forretningsmæssige skøn, der, alt andet lige, må være tillagt bestyrelsen som led i udøvelsen af den *overordnede og strategiske ledelse* af selskabet – både tidligere som nu. Afgørende må være, om en given beslutning på tidspunktet for afgørelsen, det tilstedeværende beslutningsgrundlag taget i betragtning, kunne anses for ansvarlig/berettiget.

Sofsrud⁷⁰ finder ikke at denne begrænsning af bestyrelsesansvaret er velbegrundet: Der kan således rejses principielle indvendinger imod at opstille en regel om ikke-prøvelse af skønsmæssige beslutninger, ligesom den forretningsmæssige vurdering ikke principielt er unddraget en ansvarsmæssig bedømmelse.

⁶⁶ Sofsrud, s. 135

⁶⁷ Sofsrud, s. 135

⁶⁸ Werlauff, s. 594

⁶⁹ Den hertil knyttede særskilte problematik er sat på spidsen i U 1989.1108 H (Eternit-sagen), hvor Højesteret ikke forlader sig på en retrospektiv culpabedømmelse over 30-40 år, men statuerer et ulovbestemt objektivi ansvar, jf. von Eyben, s. 195.

⁷⁰ Sofsrud, s. 466

Denne kritik er for så vidt teoretisk korrekt, men ud fra realitetsbetragtninger kan et gennemsnitligt bestyrelsesmedlem ikke forventes at kende samtlige potentielle udfald, som en given beslutning *kan* medføre. At lægge en sådan bonus pater-vurdering med tilbagevirkende kraft til grund må antages at ville påvirke rekrutteringsgrundlaget for bestyrelser og virke unødigt hæmmende for eksisterende bestyrelsesmedlemmers varetagelse af deres egentlige hverv som generalister.

Som nævnt er det ofte beslutninger truffet forud for et økonomisk sammenbrud, der er genstand for et erstatningsretligt opgør. I U 1998.1137 H (Fodboldselskabet) foretog landsret hhv. Højesteret en vurdering af, hvornår bestyrelsen burde have erkendt, at den fortsatte drift ikke længere var forsvarlig. Modsat i U 1997.1642 H (Midtfyns Festival), hvor Højesteret konkluderede at en aflysning af festivallen ville have haft uoverskuelige økonomiske konsekvenser.

Som det ses afspejler et ansvar i relation til håbløshedstidspunktet efter the business judgement rule hensynet bag reglerne om forsvarligt kapitalberedskab efter SL § 115, nr. 5 og for så vidt FIL § 124. Moderniseringsudvalget udtaler om dette at: ”Det er både ledelsens ret og pligt at videreføre et selskab i finansiell krise og forsøge at overvinde denne, men ledelsen må ikke pådrage selskabet yderligere forpligtelser, som det realistisk ikke kan dække. Ledelsens ansvar for selskabets forsvarlige drift indebærer dermed også en pligt til at standse dets virksomhed, når en forsvarlig videreførelse ikke længere er mulig. Ved vurderingen af, hvorvidt kapitalberedskabet kan siges at være forsvarligt, skal der særligt lægges vægt på det fremadrettede, dvs. at afvejningen skal ske blandt andet i forhold til kapitalselskabets budgetter mv.”⁷¹

Corporate Governance søger at fordre gode betingelser for godt bestyrelsesarbejde. FIL søger tilsvarende at professionalisere bestyrelsesarbejdet ved gennem individuelle og kollektive kompetencekrav at reducere den generelle beslutningsusikkerhed i bestyrelsesarbejdet.

Det må antages, at dette forende formål bedst bliver varetaget gennem en legislativ incitamentsstruktur. Dette i modsætning til en adfærd, der er begrundet i frygt for ansvar, som risikerer at indskrænke det enkelte bestyrelsesmedlems loyale risikovillighed (skønsudøvelsen) i varetagelsen af selskabets interesser. Blandt andet derfor må det antages, at the business judgement rule fortsat vil spille en rolle i fremtidig retspraksis, derved at de ansvarsbegrun-

⁷¹ Bet. 1498, s. 896-897

dende forhold rykkes i forgrunden, således at det er beslutningsprocessen som helhed, der bliver udgangspunktet for ansvarsbedømmelsen.

Kravene til godt bestyrelsesarbejde adskiller sig fra kravene til frihed for retligt ansvar. Det endelige erstatningsopgør forener dårlig selskabsledelse med tilsidesættelse af bestyrelsens pligter. Det er to sider af samme sag. Medmindre der sker fuldstændig frifindelse hænger dårligt bestyrelsesarbejde nært sammen med et principielt ansvar, jf. f.eks. U 2004.2253 H, hvor de øvrige ansvarlige bestyrelsesmedlemmer blev friholdt efter EAL § 25. The business judgement rules rolle er her at bygge bro mellem forretningsdelen (det gode bestyrelsesarbejde, dvs. selve ledelsen, dens organisation og den heraf følgende skønsudøvelse) og ledelsens juridiske indsigt, jf. det herved nødvendige spillerum for ansvarsfrihed.

6.7.1 Delkonklusion

Sofsrud⁷² er generelt afvisende over for the business judgement som regel i retsanvendelsen., Når the business judgement rule, med rette, bliver kritiseret for ikke at angive et bestemt kriterium som normgivende element i vejledningen for ansvarsbedømmelsen tager denne kritik ikke højde for culpareglens indhold og definition i domstolenes ansvarsbedømmelse. The business judgement rule kan vel kritiseres for ikke at give det enkelte bestyrelsesmedlem nogen reel mulighed for at forudse sin retsstilling, men det ligger i selve ansvarsbedømmelsen, at culpareglen har et relativt indhold, der heller ikke i sig selv giver nogen reel vejledning. Når lovgiver har bestemt, at det er dansk rets almindelige erstatningsregler, der gælder, så indebærer det helhedsskøn, der er tillagt domstolene, at forskellige forhold tillægges indbyrdes forskellig vægt. I den konkrete vurdering af bestyrelsens skøn er det således ikke et normgivende element i en teoretisk udlægning, der er afgørende. Den samlede bedømmelse består af en flerhed af faktorer, der tilsammen bestemmer udfaldet, hvorfor også the business judgement rule som skønsvurdering af bestyrelsens skøn må indgå med en relativ vægt efter domstolenes fri bevisbedømmelse.

6.8 Forretningsordenen

Bestyrelsen skal træffe nærmere bestemmelse om udførelsen af sit hverv, jf. SL § 130 og FIL § 65, jf. ledelsesbekendtgørelsens bilag 6 pkt. 1. ”Forretningsordenen er det regelsæt, der fastlægger, hvordan bestyrelsen skal arbejde, i det omfang der ikke er fastsat regler i lovgivningen herom.”⁷³ Det er således forretningsordenens formål ”at sikre en forsvarlig ramme for be-

⁷² Sofsrud, s. 149-154

⁷³ Hjetting, s. 323

styrelsens arbejde.”⁷⁴ Der skal herved tages udgangspunkt i selskabets virksomhed og behov, jf. stk. 2, 1. pkt., dvs. at forretningsordenen skal ”*tilpasses netop dette selskabs behov* [...]”⁷⁵ I SL § 130, stk. 2, 2. pkt. opregnes en række behov som bestyrelsen særligt bør overveje, dvs. hvornår der efter forretningsordenen indtræder en handlepligt for bestyrelsen: ”Det er ikke en forudsætning for ansvar, at forholdet er omtalt i forretningsordenen, idet ansvaret for god og ansvarlig selskabsledelse gælder under alle omstændigheder, men ved at medtage et forhold i forretningsordenen synliggøres og indskærpes dette ansvar over for medlemmerne.”⁷⁶

Vedtægternes forrang for forretningsordenen skal herved præciseres: ”Under en civil erstatningssag kan det ikke i sig selv udgøre et bevis hverken for retsstridighed eller for culpa, at selskabets forretningsorden er overtrådt. Derimod kan man tage forretningsordenen og i særdeleshed SL § 130, stk. 2, som en tjekliste for, hvad et *bonus-pater*-bestyrelsesmedlem normalt skal iagttage.”⁷⁷ Werlauff går skridtet videre i forhold til Moderniseringsudvalgets overvejelser om forretningsordenen,⁷⁸ og gør sig til fortaler for ”en mere proaktiv forretningsorden, der afspejler kravet i SL § 111, stk. 1, nr. 1, om, at bestyrelsen har – og faktisk også udøver – den overordnede og strategiske ledelse.”⁷⁹ Denne proaktive tilgang er kendetegnet ved en stillingtagen til bl.a. bestyrelsens sammensætning, selvevaluering, strategi og risikostyring. Disse forhold er helt centrale for reguleringen i FIL, og på denne baggrund, kan der argumenteres for et juridisk spill-over, der bekræfter en del af antagelsen om en afsmitning fra den finansielle lovgivning til den almindelige selskabsretlige.

I det omfang der måtte ske fravigelser fra disse interne retningslinjer, hviler ansvaret på sagligt begrundede forhold som udtryk for et præsumptionsansvar. I Capinordic udtaler landsretten at ”sådanne mulige overtrædelser indebærer ikke i sig selv, at de ansvarlige for overtrædelser har pådraget sig erstatningsansvar. Det afgørende er, om overtrædelser har været årsag til et tab for Banken.”

”De tidligere specificerede regler [om forretningsordenens indhold ...] som blev indført i 1993 i kølvandet på Nordisk Fjer-skandalen, er ophævet i forbindelse med SL. For finansielle virksomheder er man gået den modsatte vej.”⁸⁰ FIL § 65, stk. 1 svarer i sit indhold til SL § 130, men efter FIL § 65, stk. 2 kan Finanstilsynet træffe nærmere bestemmelse om forretningsor-

⁷⁴ Neville, s. 348

⁷⁵ Werlauff, s. 411

⁷⁶ Bunch, s. 354

⁷⁷ Werlauff, s. 412 (oprindelige referencer udeladt).

⁷⁸ Bet. 1498, s. 328, jf. note 31

⁷⁹ Werlauff, s. 412-413

⁸⁰ Neville, s. 347

denens indhold, jf. ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, der i pkt. 2 e) henviser til FIL § 70 , stk. 4 om bestyrelsens funktion som kollektiv enhed. Forretningsordenen indtager herefter en fremtrædende rolle i bestyrelsens tilrettelæggelse af sit hverv, derved at lovgiver præciserer og forklarer kravene til indholdet som værende retligt bindende efter ledelsesbekendtgørelsen, jf. FIL §§ 65, stk. 2, 70, stk. 7 og 71, stk. 2. Som det herved ses er principperne for god selskabsledelse i Corporate Governance ophøjet til lov for banker i deres overordnede tilrettelæggelse af virksomhedens almene drift. Det vil sige at forretningsordenens funktion er at sikre, at rammerne for beslutningsprocessen fordrer et kvalificeret og oplyst grundlag. En bonus pater-ledelse vil således ved dokumentation herfor lettere kunne argumentere for frifindelse under henvisning til, at et forhold er omfattet af the business judgement rule.

6.8.1 Delkonklusion

Forretningsordenen er et redskab til at tilrettelægge hensigtsmæssige beslutningsgange i selve bestyrelsesarbejdet med udgangspunkt i en række fornuftige overvejelser om almindeligt forekomne problemstillinger. Formuleringen af SL § 130 kendetegner den generelle fleksibilitet i SL men kan ikke antages at indgå som et udslagsgivende forhold i en vurdering af bestyrelsesansvaret i en bank. Lovgiver nævner bl.a. forhold som arbejdsdeling, bestyrelsens tilsyn med direktionen og skriftlighed. Henset til at disse forhold er genstand for væsentlig nærmere regulering i FIL, må princippet om lex specialis medføre, at en evt. tilsidesættelse af forretningsordenen efter et rent selskabsretligt forbillede i bedste fald kan indgå som et subsidiært moment i en finansiel culpavurderings helhedsbedømmelse.

For banker skal der derimod sondres mellem indhold, der er medtaget efter lovmæssigt fastsatte krav (for hvilke der vil kunne være et ansvar, jf. Capinordic), og forhold, som det tilkommer bestyrelsen at ændre af egen kraft. Hvis forretningsordenen skal fungere efter sit formål indebærer det, at bestyrelsen ikke kan fralægge sig ansvar under henvisning til, at bestyrelsen frit kan ændre dele af forretningsordenens indhold. Dette gælder særligt fsva. de opgaver og pligter, det tilkommer bestyrelsesformanden at varetage efter SL § 123 og FIL § 74, om f.eks. bestyrelsens mødefrekvens, jf. tillige U 2007.497 H, hvor der ikke blev ”afholdt noget egentligt bestyrelsesmøde”⁸¹ i selskabets levetid.

Et ansvar begrundet i en tilsidesættelse af lovbestemte pligter som foreskrevet i forretningsordenen, støttes ikke på dennes indhold, men på lovens krav. Indholdet tjener i denne henseende kun til at synliggøre ansvaret for bestyrelsesmedlemmerne. En overtrædelse af forretningsor-

⁸¹ RR.2015.12.0036, s. 2

denens deklatoriske bestemmelser vil medføre en påtalepligt fra den øvrige bestyrelse, og e.o. indgå som en skærpende omstændighed afhængig af, om et tab konkret kan henføres her til eller om overtrædelsen har ”været egnet til at påvirke de beslutninger, som bestyrelsen har truffet.”⁸² Forretningsordenen kan derved siges at uddybe culpareglen for bestyrelsesmedlemmer i banker. Der er således en sammenhæng mellem forretningsordenens samlede indhold, bestyrelsens beslutningsgrundlag og den acceptable beslutningsusikkerhed smhm. den valgte forretningsmodel ”og de hermed forbundne risici,” jf. princippet i FIL § 70, stk. 4.

Forretningsordenen må derfor karakteriseres som et i finansielt ansvarsmæssigt henseende delvist subsidiært instrument, hvor culpareglens fleksible funktion er at inkorporere en given tilsidesættelse som et led i den samlede helhedsbedømmelse, hvor overtrædelsens beskaffenhed kan være vejledende.

6.9 Forsvarligt kapitalberedskab

SL § 115, nr. 5 pålægger bestyrelsen til enhver tid at påse, at kapitalberedskabet er forsvarligt. Ved at sammenholde bestemmelsen med konkurslovens betingelse for insolvens og insolvensformodningsregel i hhv. §§ 17, stk. 2 og 18, udtrykker bestemmelsen en overordnet selskabsretlig præventiv tilgang. I forlængelse heraf skal bestyrelsen i en bank, som led i den overordnede og strategiske ledelse, vedtage en kreditpolitik⁸³ efter et princip om forsigtighed, jf. ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 2, jf. § 4, stk. 2, nr. 1.

”I bestemmelsen [SL § 115, nr. 5] skal derfor indfortolkes en handlenorm knyttet til et likviditetskriterium.”⁸⁴ Bestyrelsen deler dette ansvar med direktionen, jf. SL § 118, stk. 2. Rent terminologisk kan der måske indfortolkes en forskel i de konkrete handlenormer, når bestyrelsen skal *påse*, og direktionen *sikre* kapitalberedskabet.

Bestyrelsen skal herved samtidig ”føre den fornødne kontrol med direktionens opgavevaretagelse,”⁸⁵ jf. SL § 115, nr. 4. ”Omfanget af bestyrelsens handlepligt må afhænge af de konkrete forhold, når der konstateres ændringer i selskabets økonomiske forhold. Herunder må der tages stilling til, hvilket materiale der bør tilgå bestyrelsen.”⁸⁶ SL § 115, nr. 5 skal således ”sikre, at et kapitalselskabs kapitalgrundlag ikke undermineres, uden at bestyrelsen har været opmærksom på eller vidende om den mindskede soliditet eller væsentlige risici, som direktionen

⁸² Neville, s. 351

⁸³ Jf. om udlånsengagementer i FIL § 308

⁸⁴ Bunch, s. 335

⁸⁵ Bunch, s. 335

⁸⁶ Bunch, s. 336

eller andre i kapitalsekskabet er bekendt med.”⁸⁷ Heri ligger at bestyrelsen, foruden selv at påse kapitalberedskabets tilstrækkelighed, også skal påse, at direktionen yder sit. U 2007.497 H er et helt konkret eksempel på manglende overholdelse af disse regler.

Til illustration kan nævnes U 2015.257 V om direktionens og bestyrelsens ansvar for kreditors tab ved kreditkøb af et vareparti i relation til håbløshedstidspunktet. I sagen var det kura-tors vurdering, ”at driften af virksomheden burde have været indstillet på et tidligere tidspunkt [...],” på hvilken baggrund et ledelsesansvar gjordes gældende. Landsretten konkluderer i sin afgørelse, at der efter den fortsatte drift ”ikke [var] grundlag for at fastslå, at en fusion eller anden samarbejdsaftale ikke i en eller anden form var en realistisk og reel mulighed. [Det] findes efter en samlet vurdering betænkeligt at lægge til grund, at ledelsen og bestyrelsen forud for d. 3. maj 2010 burde have indset, at en videreførelse af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab.” Dommen udtrykker herved forholdet mellem the business judgement rule og ledelsens ansvar for påtagne forpligtelser smhm. et forsvarligt kapitalberedskab.

Reglerne om bankers solvens og kapitalgrundlag findes i FIL kap. 10.⁸⁸ Det fremgår af FIL § 124, stk. 1, at en banks bestyrelse og direktion skal sikre, at instituttet har et tilstrækkeligt kapitalgrundlag og råder over interne procedurer til risikomåling og risikostyring til løbende vurdering og opretholdelse af et kapitalgrundlag af en størrelse, type og fordeling, som er passende til at dække instituttets risici. Disse procedurer skal underkastes regelmæssig intern kontrol for at sikre, at de vedbliver at være fyldestgørende og stå i rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af bankens virksomhed.

Det følger af koncessionsbetingelsen i FIL § 124, at bankers selskabskapital udgøres af basis-kapitalen, der ”er den kapital, der udgør grundlaget for, at et pengeinstitut kan drive virksomhed i henhold til lov om finansiel virksomhed.”⁸⁹ ”Hvis et pengeinstitut [...] har opgjort den tilstrækkelige basiskapital og dermed solvensbehovet forsvarligt, må det antages, at kravet i [SL § 115 ...] i almindelighed er opfyldt.”⁹⁰ Opgørelsen af det tilstrækkelige kapitalgrundlag skal revurderes så ofte, som det er nødvendigt for at sikre, at alle risici er dækket tilstrækkeligt, og at det tilstrækkelige kapitalgrundlag er udtryk for den aktuelle risikoprofil.⁹¹ ”Finans-tilsynet har endvidere i bilag 1 til kapitaldækningsbekendtgørelsen^[92] angivet krav til den in-

⁸⁷ Bet. 1498, s. 897

⁸⁸ Reglernes samlede omfang og detaljeringsgrad falder uden for denne fremstillings rammer.

⁸⁹ Clausen, s. 78, jf. FT 2005-06, Tillæg A, s. 6427

⁹⁰ Hjetting, s. 528

⁹¹ Jf. bek. nr. 295 af 27/03/2014, bilag 1, pkt. 1, nr. 20

⁹² Ibid.

terne proces, rapportering, revurdering og overvågning samt krav til dokumentation af opgørelsen af den tilstrækkelige basiskapital og solvensbehovet.”⁹³

”Kravet [om forsvarligt kapitalberedskab] udtrykker ifølge udvalgets opfattelse en opfordring til, at bestyrelsen løbende vurderer selskabets likviditetsmæssige og økonomiske stilling.”⁹⁴ Dette står i kontrast til SL § 115, nr. 5 om hvilken Bunch udtaler at: ”Bestyrelsen bør løbende vurdere kapitalsekskabets finansielle stilling.”⁹⁵ Når bestyrelsen efter en almindelig ordlydsfortolkning af SL § 115 ”skal påse at” og ”til enhver tid er forpligtet til at,” så synes der ikke at være plads til et sådant ”bør” i beskrivelsen af bestyrelsens handlenorm. At der skulle være tale om ”en opfordring til, at bestyrelsen løbende vurderer”⁹⁶ kapitalberedskabet er under alle omstændigheder en klar forskel til den restriktive pengepolitiske dagsorden, der præger den finansielle lovgivning om bestyrelsens opgaver og pligter i relation til bankens solvensprocent (som udtryk for det lovbestemte minimumskapitalberedskab).

FIL § 124, stk. 1 samler reglerne i SL §§ 115, nr. 5 og 118, stk. 2 og frembyder ikke samme grundlag for diskussion, derved at formuleringen præciserer opgave og pligt, men overlader det til banken selv nærmere at tilrettelægge den interne kontrol, herunder hvorledes bestyrelse og direktion vil påse et forsvarligt kapitalberedskab. Bankens bestyrelse og direktion skal efter stk. 1 opgøre et individuelt solvensbehov på baggrund af bankens risikoeksponering, jf. stk. 2. Hvor FIL § 124, stk. 1 og 2 udtrykker ledelsens opgaver gennem frihed under ansvar, så modificeres dette i stk. 3, hvorefter Finanstilsynet efter en konkret vurdering kan fastsætte et højere krav til kapitalgrundlaget i form af et tillæg. Såfremt banken ikke imødekommer dette, kan/skal Finanstilsynet, jf. FIL § 225, stk. 1, inddrage tilladelsen til at drive pengeinstitutvirksomhed, men dog således at Finanstilsynet i sin tilsynsvirksomhed vil ”anlægge en mere tålmodig tilgang til overholdesen af et pengeinstituts kapitalkrav [...]”⁹⁷

En delkonklusion efter FILs skærpede solvensregler, herunder tilsynsdiamantens funktion, kan eksemplificeres ved Finanstilsynets afgørelse af 31.10.2008 om Sparekassen Spar Mors, hvor bestyrelsen meddelte, at solvensbehovet er opgjort til 16,7 %, men at solvensprocenten er 16,1 %. Finanstilsynets funktionsundersøgelse afstedkom et solvenskrav på 18,5 %. Som begrundelse herfor udtales det at: ”Finanstilsynet begrundet overordnet fastsættelsen af et højere solvenskrav med, at sparekassen har en høj andel af svage engagementer, og at sparekas-

⁹³ Hjetting, s. 528

⁹⁴ Bet. 1498, s. 302

⁹⁵ Bunch, s. 335

⁹⁶ Bet. 1498, s. 302

⁹⁷ Clausen, s. 83, inkl. herinævnte referencer til lovkommentarerne til lovforslag nr. 87 af 21/11/2012

sens kreditstyring generelt fremstår som mangelfuld. Finanstilsynet har i fastsættelsen af et højere solvenskrav desuden tillagt det vægt, at sparekassen siden Finanstilsynets sidste undersøgelse i oktober 2007 og frem til ultimo september 2008 har haft en udlånsvækst på 35 pct., og at væksten især kan tilskrives de store engagementer, der er steget betydeligt både i antal og volumen. Endvidere har Finanstilsynet tillagt det vægt, at en væsentlig del af sparekassens udlån og sikkerheder, herunder særligt i forhold til de store engagementer, relaterer sig til ejendomsbranchen. Finanstilsynet vil tage stilling til en eventuel fristforlængelse, såfremt sparekassen anmoder herom og vil være indstillet på en forlængelse, såfremt der ved fristens udløb er udsigt til en løsning.”⁹⁸

6.10 Fit and proper-kravene

Bestyrelsens primære opgave er som nævnt at varetage den overordnede og strategiske ledelse af banken. Et bestyrelsesmedlems hverv adskiller sig fra direktionens varetagelse af den daglige ledelse og eksterne rådgiveres ressortområder derved, at hovedopgaven består i som generalist at tegne det store billede i bankens ledelse.

Det kan synes naturligt at udøveren af et hverv skal være kvalificeret hertil, men, som det fremgår af bilag 1, har dette ikke nødvendigvis altid været tilfældet. Der kan være grund til at tro, henset til formålet med fit and proper-kravene, at der i det konkrete tilfælde forelå en sådan mangel på erfaring og indsigt hos medlemmerne af bestyrelsen, at man aldrig nåede til en erkendelse af, at visse beslutninger indeholdt visse risici. På den baggrund kan der argumenteres for en nøje sammenhæng mellem en bestyrelses kvalifikationer, og evnen til at overskue problemstillinger og konsekvenser i et større perspektiv inden for komplekse forretningsområder, dvs. evnen til at være en god generalist.

FIL § 64, stk. 1 bestemmer, at et medlem af bestyrelsen i en bank til enhver tid skal have tilstrækkelig viden, faglig kompetence og erfaring til at kunne udøve sit hverv: ”De krav bestemmelsen stiller, gælder både ved stiftelse af finansielle virksomheder, ved udskiftning i direktion og bestyrelse og løbende under den fortsatte drift.”⁹⁹ Det er Finanstilsynet, der foretager den individuelle vurdering ved det enkelte bestyrelsesmedlems indtræden, jf. FIL § 64, stk. 5. Ved vurderingen heraf skal Finanstilsynet lægge vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, jf. stk. 4. I lovbemærkningerne¹⁰⁰ udtales det, at denne tillid skal tillægges større betydning, når det skal vurderes om et indgreb over for et siddende ledel-

⁹⁸ Afgørelsen, om en sparekasse, er medtaget da det anvendte regelsæt er ens for banker

⁹⁹ Hjetting, s. 315

¹⁰⁰ Som refereret i Hjetting, s. 321 om lovforslag L 175 2009/2010 om ændring af FIL

sesmedlem er proportionalt i forhold til de forsømmelser, vedkommende har udvist. Finanstilsynet forventes at reagere, hvor det vurderes, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Netop proportionalitetsbetragtningen udtrykker fleksibiliteten i Finanstilsynets udøvelse af retsskabende virksomhed. Når der foretages en konkret vurdering i forhold til den enkelte stilling, så afskærer det ikke nødvendigvis vedkommende fra at blive godkendt til en anden stilling i den finansielle sektor, jf. FIL § 64, stk. 4. Det kan for så vidt være en ulempe, at reglen er formuleret i så åben en vending, men det tillader samtidig Finanstilsynet at anlægge en ganske konkret vurdering, der antageligt vil være mindre indgribende end domstolenes ”enten-eller”-afgørelser.

Finanstilsynet vurderer i forhold til FIL § 64, om vedkommende har en relevant uddannelse, relevant tidligere ansættelse inden for den finansielle sektor og/eller ledelseserfaring. Kravene til det enkelte direktions- eller bestyrelsesmedlem er proportionelle med størrelsen og kompleksiteten af virksomheden. Desuden stilles der større krav til direktionsmedlemmer end til bestyrelsesmedlemmer. Der er ikke et krav om, at et bestyrelsesmedlem skal have erfaring fra den finansielle sektor eller særlig indsigt i finansielle virksomheders forhold, idet anden relevant erfaring kan være tilstrækkelig. De øvrige bestyrelsesmedlemmers kompetencer inddrages ikke i forbindelse med vurderingen af et bestyrelsesmedlems egnethed og hæderlighed, idet det er en individuel vurdering, om personen opfylder kravene til egnethed og hæderlighed¹⁰¹ (fit and proper). De større krav til direktionen afspejler dels Finanstilsynets vurdering, dels bestyrelsen ansættelse af en kompetent direktion. ”Der kan ikke opstilles generelle kriterier for, hvilke teoretiske eller praktiske krav et medlem af direktionen eller bestyrelsen skal opfylde,¹⁰² men ”for direktørers vedkommende må det antages, at der altid vil blive stillet krav om indsigt i finansielle virksomheders forhold.”¹⁰³

Den individuelle vurdering foretages på baggrund af de oplysninger, som medlemmet selv har indberettet. Heri ligger et element af frihed under ansvar for det enkelte bestyrelsesmedlem. Finanstilsynet har udarbejdet en fit and proper-vejledning af 29/10/2014, hvor de enkelte krav beskrives nærmere. Den brede formulering af FIL § 64, stk. 4 gør det ikke nemt at forudse

¹⁰¹ Finanstilsynets Fit and proper-vejledning af 15. maj 2014 pkt. 5.1

¹⁰² Hjetting, s. 315

¹⁰³ Ibid.

egen retsstilling, men henset til den af Finanstilsynet udarbejdede fit and proper-vejledning, vil der kunne gøres begrundede antagelser om udfaldet af Finanstilsynets afgørelse.

Vedrørende hæderlighed udtales det i førnævnte vejledning at: ”Medlemmet anses ikke for at have et godt omdømme, hvis vedkommendes personlige eller forretningsmæssige adfærd giver anledning til begrundet tvivl om vedkommendes evner til at sikre en sund og sikker ledelse af den finansielle virksomhed.” Til illustration kan nævnes Finanstilsynets afgørelse af 26/10/2015.¹⁰⁴ I forbindelse med indsendelse af oplysningsskema til Finanstilsynet oplyste direktøren, at han mistede sit tidligere job i en bank, fordi han ikke som lovet havde fået solgt en aktie for en kunde. Da han opdagede fejlen, undlod han at gøre bankens ledelse opmærksom herpå i håb om at kursen på aktien skulle rette sig. Dette skete imidlertid ikke, og kunden fik udbetalt kompensation for sit tab fra banken. Finanstilsynet vurderede ikke, at direktøren i den konkrete sag havde udvist en sådan adfærd, at der var grund til at antage, at han ikke ville varetage stillingen på forsvarlig måde, jf. FIL § 64, stk. 2, nr. 4.

Modsat i Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010, hvor en bestyrelsesformand for et forsikringsselskab blev påbudt at nedlægge sit hverv, jf. FIL § 64, stk. 2, nr. 4. Det var formanden, der førte bestyrelsesprotokollen, der på flere områder var særligt mangelfuld og havde denne i sin personlige besiddelse. Endvidere havde formanden påhæftet protokollen yderligere materiale tilbage i tiden. En skærpende omstændighed var, at formandens præmierestancer til forsikringsselskabet ikke fremgik af protokollen og derfor gav anledning til usikkerhed om, hvorvidt der reelt var tale om, at formanden havde et ikke-bevilget engagement hos forsikringsselskabet.

I sidste instans tilkommer det Finanstilsynet med sine beføjelser at godkende eller afvise et indtrædende bestyrelsesmedlem, herunder påbyde et siddende bestyrelsesmedlem at nedlægge sit hverv, hvis denne ikke (længere) opfylder kravene til fit and proper, jf. FIL § 351, stk. 2, eller hvis bestyrelsens eksisterende sammensætning ikke korresponderer med selskabets risikoprofil, påbyde bestyrelsen at foretage de fornødne tilpasninger under trussel om inddragelse af koncessionstilladelsen, jf. FIL § 351, stk. 9.

6.10.1 Det enkelte bestyrelsesmedlems ansvar

En bestyrelse fungerer som et kollegialt organ derved, at overvejelser drøftes og beslutninger træffes i fællesskab. Det enkelte bestyrelsesmedlem har i medfør heraf et individuelt ansvar

¹⁰⁴ Som gengivet i Hjetting, s. 320

for sit bidrag til det kollegiale organs virke. Det er hovedreglen, at et bestyrelsesmedlem ikke i sin egenskab af bestyrelsesmedlem hæfter for beslutninger truffet af andre medlemmer. Det er herefter en betingelse for ansvar, at medlemmets individuelle beslutning, som minimum, kan karakteriseres som uagtsom.

Ansvarer beror således på adskillelsen af to principielt usammenlignelige grundlag, idet de vurderes efter forskellige parametre, jf. U 2002.2067 H, men som er indbyrdes afhængige, thi ”det afgørende i sidste ende [er] resultatet af *bestyrelsens* beslutning.”¹⁰⁵ Heri ligger det centrale paradigme for bestyrelsesansvaret. Hvorledes skal den retlige kvalifikation foretages, når det enkelte medlems bidrag til bestyrelsens kollegiale beslutning skal udskilles og være genstand for en individuel culpabedømmelse? Det vil sige dels hvilke krav kan der stilles til det enkelte bestyrelsesmedlems ressortområde, dels hvilken betydning har det enkelte bestyrelsesmedlems beslutning haft på bestyrelsens endelige beslutning? I forlængelse heraf bliver den retlige kvalifikation ikke nemmere, når der i domstolenes retrospektive culpabedømmelse skal indlægges antagelser eller forudsætninger om forhold, der for det enkelte bestyrelsesmedlem på tidspunktet for en given beslutning ikke nødvendigvis fremtrådte med den tilstrækkelige tydelighed, der fordres for en kvalificeret stillingtagen til en konkret problemstilling. En vurdering af bestyrelsesansvaret skal således vurdere den acceptable margin for fejlskøn. Det er jo netop resultatet af den konkrete problemstilling, der i sidste ende udmønter sig i bankens adfærd over for de respektive interessenter. Culpareglens fleksibilitet kommer til syne derved, at en almindelig ansvarsstandard udgør målestokken for de respektive kravs forskellighed, som kan stilles til det enkelte bestyrelsesmedlem.

7 Corporate Governance

Principperne bag Corporate Governance er kendetegnet ved som selvstændig disciplin at anske selskabsledelse i et bredt og overordnet perspektiv, hvor selve reguleringen foregår i to tempi. Der skelnes mellem uforbindende anbefalinger (soft law), og bindende lovregler (hard law). Fælles for dem begge er ønsket om at anspore god selskabsledelse. Nørby-udvalget konkluderer bl.a., at behovet for et (uforpligtende) regelsæt om Corporate Governance ”beror på erkendelsen af, at tingene altid vil kunne gøres bedre, og at der er behov for løbende at udvikle og tilpasse ledelsen af selskaber til nye eller ændrede krav.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Sofsrud, s. 65

¹⁰⁶ Nørby, s. 9

Corporate Governance regulerer bl.a. forholdet til interessenterne og organisering og sammensætning af ledelsen. Regelsættet supplerer derfor den eksisterende selskabslovgivning.

7.1 Introduktion

Corporate Governance er ikke et entydigt begreb, endsi­ge nogen nyskabelse i en selskabsret­lig kontekst. Corporate Governance tager sit internationale udgangspunkt i den engelske Cadbury-rapport fra 1992, hvor det defineres som ”det system, hvorefter selskaber ledes og kontrolleres.” I dag har de fleste OECD-lande et nationalt kodeks for Corporate Governance. EU Kommissionen har i sin handlingsplan for selskabsretten (dec. 2012) lagt op til, at Corporate Governance reguleres på europæisk niveau, men efter national udfærdigelse.¹⁰⁷

I Danmark introduceredes Corporate Governance med Nørby-udvalgets rapport af 2001. Nørby-udvalget definerer Corporate Governance som: ”De mål, et selskab styres efter, og de overordnede principper og strukturer, der regulerer samspillet mellem ledelsesorganerne i selskabet, ejerne samt andre, der direkte berøres af selskabets dispositioner og virksomhed (her kollektivt benævnt selskabets ”interessenter”). Interessenter omfatter bl.a. medarbejdere, kreditorer, leverandører, kunder og lokalsamfund.”¹⁰⁸ Interessenterne er således *alle* de tredje­mænd, og disses respektive interesser og hensyn, der i en meget vid forstand bliver berørt af selskabets aktiviteter.

Der er sket meget siden Nørby-udvalgets rapport udkom, og især den finansielle krise har sat en ny dagsorden for vurderingen af Corporate Governance. Den følgende diskussion vil vise, at Corporate Governance ikke er helt så frivilligt som oprindeligt forudsat for banker. I dag defineres dansk Corporate Governance af Den Danske Komité for God Selskabsledelse, der senest har revideret og opdateret regelsættet ”Anbefalinger for god selskabsledelse” i november 2014. Det udtales heri at: ”Komitéens anbefalinger er retningslinjer for ”best practice” for ledelse af selskaber, som er optaget til handel på et reguleret marked, herunder NASDAQ OMX Copenhagen A/S.^[109] Anbefalingerne skal ses i sammenhæng med de krav, som stilles i lovgivningen, herunder ikke mindst selskabsloven og årsregnskabsloven [...], hvorfor disse regler forudsættes bekendt.”¹¹⁰ Der kan herved opstilles en formodning for at ledelsen af de største selskaber vil have en vis indvirkning på ledelsen af mindre selskaber generelt.

¹⁰⁷ Hansen, s. 52

¹⁰⁸ Nørby, s. 7

¹⁰⁹ Det fremgår af Nasdaq OMXs regler for udstedere af aktier pkt. 2.5, at et børsnoteret selskab, skal offentliggøre sin stillingtagen til corporate governance-reglerne som betingelse for optagelse til handel.

¹¹⁰ Komitéen, s. 3 og 4

7.2 Formålet med Corporate Governance

Når anbefalingerne primært er rettet mod børsnoterede selskaber indebærer det, at ”disse selskaber har valgt at være offentligt handlede selskaber. Af hensyn til investorer og andre interessenters mulighed for at bedømme forholdene i disse selskaber er transparens vigtig.”¹¹¹ Komitéen udtaler i sine anbefalinger, at formålet med Corporate Governance er, ”at understøtte værdiskabende og ansvarlig ledelse, og dermed bidrage til selskabernes langsigtede succes. Anbefalingerne skal være med til at sikre tillid til selskaberne gennem rettidig informationsformidling og gennemsigtighed. Grundlæggende handler det om at gøre det attraktivt at investere i selskaberne. God selskabsledelse, der leder til økonomisk værdiskabelse, gør det lettere for selskaberne at få adgang til kapital, hvorved selskabernes omkostninger reduceres. Det væsentligste i anbefalingerne er at sikre, at aktionærerne får indsigt i selskaberne og forståelse for selskabernes potentiale.”¹¹²

Netop hensynet bag transparens i Corporate Governance må antages, at fungere præventivt i relation til en ledelses potentielle ansvar. Når dette sammenholdes med den tilsvarende (teoretisk) præventive tilgang i SL om forsvarligt kapitalberedskab, kan der argumenteres for, at de forhold, der tidligere har udgjort ansvarsgrundlaget i dag gøres synlige for interessenterne. ”Kravet om, at bestyrelsen træffer sin beslutning som kollegialt organ, må navnlig anses for begrundet i et ønske om at træffe bedre beslutninger, at øge *beslutningsresultatets kvalitet* ved at reducere den beslutningsusikkerhed, der er knyttet til valget af handlemulighed i forhold til et bestemt mål.”¹¹³ Corporate Governance kan på sin vis siges at udbygge citatet, derved at bestyrelsen i sin organisation, uafhængighed, ansættelse af og samspil med en kompetent direktion skaber forudsætningerne for værdiskabelse.

7.2.1 Corporate Governance funktion i praksis

Corporate Governance er først og fremmest soft law. Dette er kendetegnet ved det enkelte selskabs frivillige implementering og selvregulering, herunder fraværet af sanktionselement. Neville definerer ”*soft law* [som] regler, der er tiltænkt en styringsfunktion, men ikke er bindende og derfor heller ikke sanktionsbar. *Soft law* kan såvel være regelsæt vedtaget i privat regi, som den kan udspringe fra en myndigheds hånd.”¹¹⁴

¹¹¹ Werlauff, s. 35

¹¹² Komitéen, s. 3

¹¹³ Sofsrud, s. 65

¹¹⁴ ET 2014.165, s. 2

Selskabsreformen af 2009 har øget fleksibiliteten i hard law-reguleringen af selskaber, derved at ledelsens ansvar præciseres som minimumsstandarder i generelle formuleringer. ”Man kan derfor godt sige, at SL berører spørgsmål om corporate governance, eftersom kravene til ledelsens opmærksomhed og kontrol i høj grad skærpes.”¹¹⁵ Werlauff konkluderer i forlængelse heraf, at anbefalingerne ikke er lovregler, men kan ”få en styrke næsten svarende til lovregler,”¹¹⁶ herunder når henses til betingelserne for optagelse til handel på Nasdaq OMX og følg eller forklar-princippet (comply or explain). Frivilligheden giver tillige den fleksibilitet, der sikrer den optimale implementering i det enkelte selskab,¹¹⁷ og den dynamik, der sikrer tidsvarende anbefalinger.

I en undersøgelse¹¹⁸ fra 2010 konkluderes det, ”at danske børsnoterede virksomheder forholder sig aktivt til anbefalingerne om god Corporate Governance. Selskaberne forholder sig til 70 procent af anbefalingerne dvs. enten ved at leve op til en given anbefaling, eller forklare, hvorfor man har valgt ikke at følge anbefalingen. Dog er det også værd at fremhæve, at langt de fleste selskaber forholder sig til følgende anbefalinger; [...] selskabets interessenter, [...] alle anbefalingerne om risikostyring, bestyrelsens mødefrekvens, bestyrelsens uafhængighed, [...] selvevaluering, [...] forretningsorden og information fra direktion til bestyrelse, som alle ligger meget højt.”

7.3 Følg eller forklar-princippet

Hovedreglen er at et børsnoteret selskab følger anbefalingerne, eller angiver og begrundes, hvorfor dele af anbefalingerne ikke følges. Heri ligger det frivillige element af Corporate Governance: Der er fra lovgivers side opstillet et deklatorisk regelsæt, som det forventes at større selskaber følger, men hvor manglende efterlevelse ikke sanktioneres som ved hard law. En af fordelene ved Corporate Governance som soft law er muligheden for løbende at tilpasse anbefalingernes indhold i takt med samfundets udvikling,¹¹⁹ og de behov der herved opstår. Det tillader en øget fleksibilitet i anbefalingernes regulerende funktion.

Følg eller forklar-princippet indebærer, at ”selv af rapporteringen vedrørende god selskabsledelse alene [skal] foretages i forhold til komitéens konkrete anbefalinger – og ikke i forhold

¹¹⁵ Werlauff, s. 34

¹¹⁶ Werlauff, s. 34

¹¹⁷ Smhm. note 36.

¹¹⁸ RR.2010.12.0046, s. 3 og 4. Det skal herved bemærkes, at Komitéen siden har revideret anbefalingerne.

¹¹⁹ Komitéen, s. 3

til kommentarer eller vejledninger,¹²⁰ dvs. at begrundede fravigelser skal ”vedrøre den enkelte anbefaling og sætte læseren i stand til at forstå selskabets ledelsesform.”¹²¹

7.3.1 Naming and shaming

Begrebet ”naming and shaming” udtrykker modstykket til comply or explain, som soft laws sanktionselement, derved at selskaber, der ikke følger anbefalingerne og ikke begrundet et sådant fravalg, risikerer at lide omdømmetab, idet der må kræves særlige holdepunkter for ikke at følge *best practice*.

7.4 Corporate Governance i banker

Dele af Corporate Governance anbefalinger vedrørende bestyrelsen er for bankers vedkommende tidligere blevet kritiseret som værende overflødige, ”da disse er underlagt anden lovgivning.”¹²² Og Komitéen udtaler da også i de nyeste anbefalinger, at ”finansielle virksomheders særlige forhold er lovreguleret, hvorfor komitéen har valgt ikke at indføre specifikke anbefalinger for den finansielle sektor.”¹²³ Neville udtaler herom: ”Komitéen signalerer herved, at reguleringsformen af finansielle virksomheders corporate governance system er differentieret. Det står der ganske vist ikke direkte, men *særlige forhold* læses som et signal om, at der nu er etableret en hjemmel til at føre et offentligt tilsyn med betydelige dele af finansielle virksomheders corporate governance.”¹²⁴

Banker er underlagt offentligt tilsyn ved Finanstilsynets tilsynsfunktion, jf. FIL § 344, hvor holdbarheden af bankers forretningsmodel prioriteres. Det indebærer dels, ”at tilsynet skal vurdere, hvordan pengeinstituttet er indrettet organisatorisk, og hvordan det bliver ledet, dvs. dets corporate governance system,”¹²⁵ dels at Finanstilsynet som offentligt myndighed er underlagt legalitetsprincippet,¹²⁶ hvorfor der nødvendigvis må brydes med ”traditionen for, at corporate governance reguleres gennem soft law.”¹²⁷

De nuværende regler i FIL §§ 64, 65, 70 og 71 og Finanstilsynets udstedelse af kapitaldæknings- og ledelsesbekendtgørelsen er alle eksempler på Corporate Governance principper implementeret ved hard law. ”*Lex specialis principet* medfører således, at selskabsloven viger

¹²⁰ Komitéen, s. 5

¹²¹ Komitéen, s. 6

¹²² RR.2010.12.0046, s. 3

¹²³ Komitéen, s. 5

¹²⁴ ET 2014.165, s. 7

¹²⁵ ET 2014.165, s. 2

¹²⁶ Se herom Sten Bønsing, Almindelig Forvaltningsret, 2. udgave, 2012, s. 251 f.

¹²⁷ ET 2014.165, s. 2

for FIL på området for corporate governance regler. Eksempler er regler om autorisations- og kapitalkrav, regler om ledelse og styring af virksomheden samt, at bankerne er underlagt et offentligretligt tilsyn.”¹²⁸

Komitéen udtaler om Corporate Governance, at ”anbefalingerne eller dele heraf kan desuden være til inspiration for selskaber, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked. Det gælder eksempelvis [...], også større selskaber i øvrigt.”¹²⁹ I førnævnte undersøgelse opstilles en begrundet formodning om Corporate Governance fremtidige implementering: ”Desuden er der sket en positiv udvikling i perioden, således at man også i de kommende år kan forvente, at endnu flere selskaber forholder sig aktivt til anbefalingerne om god Corporate Governance.”¹³⁰ Når anbefalingerne er reguleret ved lov, får banker således mulighed for at være primus motor for den fremtidige implementering af Corporate Governance i dansk selskabsret som helhed.

Herefter foregår bankers Corporate Governance i to tempi. SIFI-erne skal altså stadig oplyse, hvorvidt man opfylder kravene til *best practice* efter de almindelige Corporate Governance regler, jf. ÅRL § 107 b, og følge reglerne i FIL mm., idet Finanstilsynets endelige sanktion er inddragelse af koncessionstilladelsen, jf. FIL § 224, stk. 1, nr. 1. Følgelig må det antages, at den frivillige del af Corporate Governance, for bankers vedkommende, i højere grad afspejler en anvendelse af soft law som instrument til at højne best practice med det primære formål at imødegå fremtidige lovindgreb – ikke at gøre ledelsen bedre.

7.5 Delkonklusion

Begrebet Corporate Governance er en samlebetegnelse for de grundlæggende principper, der definerer *god selskabsledelse* i det 21. århundrede. Særkendet ved Corporate Governance er, *at* der stilles krav til ledelsen, (ud over hvad lovgivningen (SL) foreskriver), *at* dette regelsæt bygger på frivillighed fra selskabets side (soft law) og et eget ønske om større ejeraktivisme (forholdet til interessenterne og disses tilsyn med selskabet), *at* der sondres mellem retsvirkningerne af manglende overholdelse af lovens regler og principperne for god selskabsledelse og herunder, *at* formålet med Corporate Governance er at skabe et bredt funderet samspil mellem selskabets ledelse og dets interessenter og samfundsøkonomien som helhed. De principper, der definerer Corporate Governance har både et nationalt og internationalt perspektiv, idet bankvirksomhed, og ikke mindst SIFI'er, i høj grad foregår på tværs af landsgrænser.

¹²⁸ ET 2014.165, s. 2

¹²⁹ Werlauff, s. 35 og Komitéen, s. 5

¹³⁰ RR.2010.12.0046, s. 4

Herunder at de generelle principper bag Corporate Governance er generelt accepteret internationalt.

Det er svært at konkludere noget entydigt endsige alment gældende om et så elastisk begreb som *soft law*. Et begreb, der i sin natur er fleksibelt og uden reelt sanktionselement, og som først materialiserer sig ved det enkelte selskabs egentlige implementering som led i direktionens daglige ledelse efter instruktion fra bestyrelsen, er i bedste fald udtryk for en helt generel rettesnor. Skismaet mellem politiske visioner for ideel selskabsledelse og faktisk udførelse af frivillige ”regler” medfører en vis usikkerhed om de fremtidige virkninger. Derved er ikke sagt, at Corporate Governance ikke vil medføre ændringer i beslutningsgangene.

Realiteten bag Corporate Governance er lovgivers generelle ønske om, at anspore en (delvis) frivillig, smhm. ÅRL § 107 b, ændring af prioriteringen i bestyrelsens varetagelse af selskabets overordnede og strategiske ledelse. En ændret prioritering, der tager udgangspunkt i en række mere eller mindre klart definerede punkter, som er udtryk for hensynet til selskabets interesser og bestyrelsens refleksion over selskabet som et led i samfundsøkonomien som helhed (qua grundlaget for SIFI’ets definition). Substansen manifesterer sig følgelig som en kontinuerlig og progressiv udvikling over tid. Ledelsen inddrager således forhold, der for det enkelte selskab ikke direkte relaterer sig til kortsigtet profitmaksimering men til en langsigtet vurdering af virksomhedsprofilen.

8 Erstatningsansvaret

Et selskab hæfter for den korrekte opfyldelse af de kontrakter, der indgås på vegne af selskabet, og selskabet er ligeledes ansvarlig for kontraktbrud begået af selskabets organer og ansatte. Dette følger af den juridiske persons retsevne, dvs. at hverken bestyrelse eller direktion er medansvarlige for kontraktbrud, der påhviler banken som juridisk person.

SL viderefører i al væsentlighed de daværende bestemmelser i aktieselskabsloven om ansvarsreguleringen.¹³¹ Efter SL § 115, nr. 5 er der ”ikke tilsigtet en skærpelse af den hidtil gældende retstilstand for så vidt angår ledelsens ansvar over for kreditorerne i tilfælde af selskabets konkurs.”¹³² Det er således stadig det i dansk ret uskrevne og almengyldige¹³³ princip om

¹³¹ Jf. f.eks. Gomard, s. 614 og Werlauff, s. 576

¹³² Bunch, s. 335

¹³³ Jf. Gomard2, s. 470-71: ”Det var før selskabslovene af 1973 almindeligt antaget både i retspraksis og teori, at culpereglen gælder også på selskabsrettens område.”

erstatning, der er gældende, dvs. et culpaansvar og ikke et professionsansvar.¹³⁴ Inden for det finansielle område er dette fastlagt eksplicit for så vidt angår regler omfattet af delegationsbestemmelsen i FIL § 43, stk. 2, 1. pkt., jf. FIL § 43 a.

Moderniseringsudvalget fremhæver i sine overvejelser¹³⁵ U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser) som et konkret eksempel på domstolenes ansvarsstandard inden for selskabsretten, hvor det også udtales at ”det, som typisk begrundet et ansvar, er, at ledelsen har udvist passivitet eller undladt at holde sig informeret om selskabets situation.”¹³⁶ I relation til the business judgement rule kan der for en nystartet virksomhed, antageligt, indrømmes en bredere skønsmargin til fremskaffelse af kapital, derved at der i den indledende fase ofte vil være behov for mere risikobetonede engagementer. Højesterets dom i U 2007.497 H bygger dog på et omfattende ledelsessvigt, og selskabets forretningsmodel som præsumptivt insolvent.

8.1 Ansvarsbedømmelsen

Betænkningerne nr. 362/1964 s. 195 f og nr. 540/1969 s. 173 og FT 1972/73, tillæg A, sp. 4541 udtrykker en forventning om, at en kodificering af culpaansvaret inden for selskabsretten ville virke præventivt adfærdskorrigerende ved at påpege de retlige konsekvenser af mangelfuld ledelse.¹³⁷ Dette kan dette tages til indtægt for den spæde begyndelse til en indledende og løbende nærmere fastlæggelse af det selskabsretlige ledelsesansvar, jf. daværende ASL §§ 140-142. Denne præcisering medførte ikke nogen ændring af culpabedømmelsen, men tjente til at angive, at ethvert bestyrelsesmedlem i et A/S har et selvstændigt ansvar for forsvarlig ledelse.

Det skal herved bemærkes, at den klassiske uagtsomhedsbedømmelse i retspraksis er afløst af ”en klar ændring i retning af [en] mere objektiv culpabedømmelse.”¹³⁸ Selve uagtsomhedsbedømmelsen tager altså hverken udgangspunkt i den klassiske bonus pater vurdering eller en såkaldt gennemsnitsadfærd. Uagtsomhedsbedømmelsen tager i stedet udgangspunkt i, ”om den handling eller undladelse, der foreligger til påbedømmelse, afviger fra et på handlingens/undladelens tidspunkt anerkendt adfærdsmønster.”¹³⁹ Den traditionelle bonus pater-vurdering har været genstand for kritik i nyere erstatningsretlig litteratur derved, at skadevolders subjektive forhold indtager en for fremtrædende rolle i bedømmelsen.

¹³⁴ Jf. Gomard, s. 615-616

¹³⁵ Bet. 1498, s. 37

¹³⁶ Bet. 1498, s. 38

¹³⁷ Gomard2, s. 471

¹³⁸ von Eyben, s. 88

¹³⁹ von Eyben, s. 88

Culpabedømmelsen tager herefter sit dikotomiske afsæt i domstolenes subjektive indlevelse i en handling/undladelse gennem en objektiv vurdering af de for forholdet relevante retskilder. ”Udvikling[en] i debatten om selskabsledelse (corporate governance) og i lovgivningen har ikke hidtil ført til en klar væsentlig stramning af retspraksis. Der kan i hvert fald endnu ikke spores en almindelig tendens hertil.”¹⁴⁰ Retsspraksis fra tiden før selskabsreformen bevarer således sin retskilde- og præjudikatværdi til fulde.

¹⁴⁰ Gomard, s. 620

8.2 Det selskabsretlige ledelsesansvar

Ledelsens ansvar over for selskabet har karakter af et kontraktsansvar. Da banker er organiseret som A/S'er, gælder ansvarsreglerne herom i SL.¹⁴¹ Det formelle selskabsretlige ledelsesansvar findes i SL § 361, stk. 1, der lyder som følger:

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

SL § 361, stk. 1 regulerer ansvarsgrundlaget som følge af en retsstridig handling eller undladelse, der kan tilregnes som forsætlig eller uagtsom. Det er således dansk rets almindelige betingelser for ansvar, der er gældende. Herefter statueres ansvar ved simpel uagtsomhed.

Ved ansvarsbedømmelsen lægges der vægt på, hvilke krav der normalt kan stilles til en person med en tilsvarende stilling. Denne bedømmelse er forskellig fra professionsansvaret derved, at der indrømmes mulighed for individuelle undskyldelige forhold, hvorefter der ikke nødvendigvis statueres ansvar.

Det vil sige, at der som udgangspunkt anvendes samme culpastandard for alle bestyrelsesmedlemmer. Såfremt et medlem besidder særlig fagkundskab, kan dette imidlertid skærpe culpabedømmelsen for vedkommende i det omfang, skaden kan henføres til nævnte fagkundskab.¹⁴² ”Men det fritager dog ikke de øvrige bestyrelsesmedlemmer for at have et vist kendskab til de selskabsretlige og forretningsmæssige forhold, selvom der er en specialist i bestyrelsen.”¹⁴³ Tilsvarende udtaler Moderniseringsudvalget, at: ”Bestyrelsesmedlemmer har i øvrigt selv et ansvar for aktivt at sætte sig ind i og løbende holde sig orienteret om selskabets og den pågældende branches situation.”¹⁴⁴

Domstolenes praksis¹⁴⁵ om anvendelse af samme normstandard i culpabedømmelsen for alle bestyrelsesmedlemmer sikrer et formelt hensyn om ensartethed i retsanvendelsen. Det er betryggende fra et retssikkerhedsmæssigt standpunkt, at der ikke på forhånd hersker tvivl om, hvilket ansvarsgrundlag der er gældende.

¹⁴¹ Clausen, s. 119

¹⁴² Bet. 1498, s. 41

¹⁴³ Samuelsson, s. 28

¹⁴⁴ Bet. 1498, s. 308

¹⁴⁵ Bet. 1498, s. 41

8.3 De almindelige erstatningsbetingelser

Grundlaget for at tilkende erstatning bygger på dansk rets almindelige kumulative betingelser. Disse skitseres i det følgende, idet der som udgangspunkt henvises til den relevante litteratur.

Det er for det første en betingelse, at skadelidte har lidt et tab, der kan opgøres økonomisk. For det andet skal der være årsagsforbindelse (kausalitet) mellem den udviste adfærd – handling eller undladelse – og det påståede tab. Den tredje, og typisk mest centrale, betingelse er tilstedeværelsen af et ansvarsgrundlag: ”Er det fastslået, at der foreligger en ansvarspådragende adfærd, og at denne har forårsaget et tab, vil erstatningsansvaret sædvanligvis ligge fast.”¹⁴⁶

For det fjerde skal der mellem en konstateret skade og en konkret adfærd foreligge påregnelighed (adækvans), dvs. at adfærden (beslutningen) skal kunne henføres til skaden. Netop spørgsmålet om adækvans er på området for bestyrelsesansvar af væsentlig betydning i forhold til almindelige erstatningsretlige betragtninger. ”De handlinger og undladelser, der kan tilregnes en bestyrelse, vil jævnlige kunne få virkning i mange led.”¹⁴⁷ Adækvanskriteriet for bestyrelsesansvaret kan siges at svækkes for hvert led en beslutning gennemgår. Adækvanskriteriet for bestyrelsesansvar definerer derfor grænsen mellem fjerntliggende skadefølger, for hvilke der ikke er ansvar, og de forhold, der konkret og direkte kan henføres til bestyrelsens beslutning. Det centrale spørgsmål er således i hvilket omfang bestyrelsens beslutning har forøget risikoen for tab, og herefter om den konkrete beslutning kan anføres som begrundelse for erstatningskravet. Det vil forudsætningsvis være svært at føre bevis for culpa i beslutningsprocessen, hvorfor adækvanskriteriet tidligere har afskåret erstatningskrav. FIL og Corporate Governance fremstår her som et samlet regelsæt, der bl.a. har til formål at belyse beslutningsprocessen.

8.3.1 Flere erstatningsansvarlige

Er flere samtidigt erstatningspligtige, hæfter de solidarisk for erstatningen, jf. SL § 363, stk. 2, 1. pkt. ”Som nævnt i *FT 1983-84*, 2. samling, Tillæg A, spalte 123, berøres *regresreglerne* i særlovgivningen ikke af bestemmelsen i EAL § 25. Det betyder, at ... selskabslovens § 363 ... stadig er gældende.”¹⁴⁸ Bestemmelserne indtager en, i hvert fald teoretisk, fremtrædende rolle, derved at en bestyrelse fungerer som et kollegialt organ, der handler i forening. Et eksempel

¹⁴⁶ Samuelsson, s. 210

¹⁴⁷ Samuelsson, s. 211

¹⁴⁸ von Eyben, s. 438

herpå er FIL § 66, hvorefter den tegningsret, som efter SL § 135, stk. 2, tilkommer medlemmer af bestyrelsen eller direktionen, kun kan udøves af mindst to i forening.

8.4 Professionsansvarets normer smhm. fit and proper-kravene

Denne redegørelse for professionsansvaret skal sammenholdes med reglerne om bestyrelsens kvalitative sammensætning i FIL § 64, stk. 1, og diskussionen om ansvarsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmer – også selv om lovgiver har bestemt, at den almindelige culparegel er gældende. Indledningsvis synes det påfaldende, at teorien bag professionsansvarets anvendelsesområde i en vis udstrækning er sammenfaldende med opfyldelseskriterierne for fit and proper-kravene. Herved kan man spørge om lovgiver har tilsigtet en (indirekte) skærpelse af culpabedømmelsen for bestyrelsesarbejde på det finansielle område? Lovgiver har således opstillet kompetencekrav til bestyrelsesmedlemmer for derigennem, antageligt, at begrænse anvendelsesområdet for the business judgement rule, hvorefter et implicit professionsansvar bliver udgangspunktet for en ”almindelig” culpabedømmelse.

Professionsansvaret betegnes ofte som ”strengt” eller ”skærpet,” og adskiller sig fra den almindelige culpabedømmelse, derved at udgangspunktet for vurderingen ”er baseret på den adfærdsstandard, som kan kræves af en professionsudøver,”¹⁴⁹ dvs. en fagstandard. Uagtsomhedsbedømmelsen afspejler kravene til forholdene inden for det givne livsområde, f.eks. finansiel rådgivning, hvor den skadevoldende adfærd er udvist, ”nemlig den professionelle pligt til at præstere en *god faglig indsats*, dvs. en indsats, der honorerer de krav, man med rette kan stille til en sagkyndig på området.”¹⁵⁰ En professionsudøver vil herefter svært kunne undskylde sig med, at subjektive forhold ikke tillod en kyndig og erfaren standard.

Reglerne om bestyrelsens sammensætning fremgår af FIL §§ 64 og 71, der udtrykker henholdsvis de individuelle krav til det enkelte bestyrelsesmedlem og de kollektive krav til bestyrelsen som helhed. Kriterierne efter FIL § 64 kan ikke defineres entydigt, f.eks. vil betingelserne være forskellige fra direktører og bestyrelsesmedlemmer og banker imellem. Opfyldelse afhænger af den konkrete banks forretningsmodel, størrelse og overordnede risikostyring, hvor relevante momenter vil være uddannelses- og ansættelsesmæssig baggrund, herunder om vedkommende har ledelseserfaring. Af ovennævnte gælder ligeledes at opfyldelse af fit and proper-kravene i én bank ikke nødvendigvis kan overføres til en anden bank. Dog må det antages at opfyldelse af fit and proper-kravene i et SIFI, som udgangspunkt, kan overføres til et

¹⁴⁹ von Eyben, s. 112

¹⁵⁰ von Eyben, s. 115

(mindre) SIFI, og at et bestyrelsesmedlem med sådanne kompetencer også vil kunne varetage en bestyrelsespost i en bank, der ikke har status som SIFI.

”Inden for mange professionsområder gælder – også ifølge lovgivningen – et princip om, at udøverne af den pågældende virksomhed skal iagttage »god skik« på området, og et tilsvarende princip kan følge af brancheetiske regler og lign. Sådanne regler er udtryk for en sædvanemæssig fastlæggelse af kravene til forsvarlig professionsudøvelse, således at en overtrædelse af en norm for »god skik« normalt vil være ensbetydende med, at der er handlet culpøst.”¹⁵¹ Heri ligger, at der ved ansvarsbedømmelsen må skeles til, hvad der anses for normalt inden for en given branche. En professionsudøver må kunne forvente at blive vurderet efter normerne for pågældende virksomhedsart og i en vis udstrækning efter hvad der anses for sædvane inden for området.

Professionsansvaret er, ligesom andre ansvarsgrundlag, at betragte som væsentlige undtagelser¹⁵² til culpareglens universelle anvendelsesområde. Begrundelsen herfor er culpareglens fleksibilitet, dvs. dens relativistiske indhold, der tilgodeser individuelle hensyn på forskelligartede områder,¹⁵³ dels inden for selskabsretten, dels for det enkelte bestyrelsesmedlem, afhængig af dennes stilling, kvalifikationer mv. Herved undgås tillige en stillingtagen til sammenstød mellem forskellige ansvarsgrundlag, der skal ”efterreguleres” ved indbyrdes skyldgrad.

8.5 Ansvar for advokater og bestyrelsesformænd

Advokater, der er bestyrelsesmedlemmer, men ikke fungerer som sådanne, ifalder samme ansvar som andre menige bestyrelsesmedlemmer. Der gælder en almen bestyrelsesansvarsnorm, hvor der ikke skeles til advokatens faglige baggrund, så længe denne ikke virker ved egentligt advokatarbejde. I så fald gælder en professionsansvarsnorm. En advokats faglige viden kan dog tillægges betydning ved vurderingen af, om der foreligger et bestyrelsesansvar,¹⁵⁴ og ved en eventuel fordeling af erstatningsbyrden mellem flere erstatningsansvarlige.

Tilsvarende gælder for en bestyrelsesformand. Det ligger i forholdets natur, at en bestyrelsesformand må antages forudsætningsvis at have et bedre og mere overordnet kendskab til selskabets forhold end de menige bestyrelsesmedlemmer: ”Bestyrelsens formand har som følge af dennes hyppigere kontakt med den daglige ledelse ofte særlige konkrete forudsætninger for

¹⁵¹ von Eyben, s. 112

¹⁵² von Eyben, s. 83

¹⁵³ Gomard, s. 612

¹⁵⁴ Sofsrud, s. 485-486

at bedømme virksomhedens situation.”¹⁵⁵ Dette til trods gælder der ikke en anderledes ansvarsnorm, men tidspunktet for reaktion i henhold til vidste/burde-viden kan e.o. indtræde tidligere, og derved påvirke den konkrete culpabedømmelse.

Det forhold, at formanden besidder et forsvarligt informationsgrundlag, fritager ikke denne for ansvar, hvis det må lægges til grund, at pågældende information ikke har været genstand for diskussion i beslutningsprocessen ved en senere culpabedømmelse. Det vil sige at bestyrelsens mulighed for at erkende en problemstilling og mulighed for at træffe de fornødne foranstaltninger ikke må udviskes som følge af ”tilbageholdelse” af relevant information. Selve tilvejebringelsen af relevant information fungerer som kvalitetssikring af beslutningsprocessen. Det er som nævnt bestyrelsens opgave, at tilrettelægge informationsgangene fra direktionen hensigtsmæssigt, men det er i særdeleshed formandens opgave at sørge for, at denne information også bliver formidlet i det interne bestyrelsesarbejde.

Om bestyrelsesformænds og advokaters ansvar argumenterer Werlauff for en tendens i retning af ”en generelt øget ansvarsrisiko, uanset at dette nu udspringer af ansvarsstandarder, af den bevismæssige nærhed ved beslutningerne eller en kombination af begge disse faktorer [...]”¹⁵⁶

Et eksempel herpå er U 1998.1137 H (Fodboldselskabet), hvor bestyrelsen fortsatte driften ud over håbløshedspunktet og følgelig ifaldt ansvar over for långivende kreditor. Bestyrelsens formand formåede i sagen at forene egenskaberne advokat, formand og forsikringsdækket i en i ansvarsmæssig henseende uheldig kombination. Dommen udtrykker tillige udgangspunktet om den erstatningsretlige regresfordelingsnøgle, derved at formanden skulle friholde de øvrige medlemmer efter EAL § 25, stk. 2.

Et ligelydende eksempel findes i U 2004.2253 H, hvor et bestyrelsesmedlem, som advokat, sammen med revisor, skulle dele erstatningsbyrden lige, for herved at friholde de øvrige ansvarlige bestyrelsesmedlemmer, da advokat og revisor ved tilsidesættelse af deres respektive pligter havde besværliggjort de øvrige medlemmers bestyrelsesarbejde.

De to ovenstående domme er blot eksempler på, at individuel ansvarsforsikring som bestyrelsesmedlem kan have vidtrækkende konsekvenser. Når der i erhvervslivet, og i særdeleshed inden for banksektoren, ofte vil være tale om betydelige beløb, kan der argumenteres for en

¹⁵⁵ Samuelsson, s. 34

¹⁵⁶ RR.2013.33.0044, s. 7

kollektivt dækkende ansvarsforsikring, der bedre kan absorbere tabet frem for domstolenes, om end kvalificerede, skønsmålte erstatninger, herunder at de almindelige lempelsesregler i EAL § 24 og SL § 363 ikke nødvendigvis i enhver henseende tilgodeser skadelidtes økonomiske behov for genopretning.

8.6 Behovet for forsikring

Behandlingen af enhver erstatningsretlig problemstilling indebærer en stillingtagen til, hvorledes ansvaret eventuelt kan rummes af en forsikring. Henset til at Capinordic er anket, at Roskilde Bank, Amagerbanken og EIK Bank ikke er afsluttet, må det antages, at diskussionen om forsikring fremadrettet ikke vil blive mindre.

Selve forsikringens teknik er defineret ved, ”at et større antal personer eller virksomheder er udsat for *den samme risiko*, men at risikoen inden for en vis periode erfaringsmæssigt kun rammer en mindre del af dem.”¹⁵⁷ Forsikringens funktion er således, at fordele den enkelte risiko på flere. En sådan solidarisk risikofordeling må antages, i et vist omfang, at give bestyrelsesmedlemmer (endnu) mere frihed til at varetage selskabets interesser ved svære beslutninger uden bekymring for et potentielt fremtidigt ansvar. Forsikringen må også antages at give en fremtidig skadelidt et mere fyldestgørende erstatningsgrundlag. Sidstnævnte særligt henset til de ofte betragtelige summer, der relaterer sig til sagsgenstanden.

Erstatningsansvaret kan lempes efter den almindelige regel i EAL § 24 og/eller SL § 363, der gælder sideløbende med hinanden. Domstolene har således mulighed for at træffe ganske konkret begrundede afgørelser. Den korresponderende bestemmelse til SL § 363 i den daværende ASL § 142, blev i U 2001.873 H anvendt på bestyrelsesmedlemmer, der ikke var forretningskyndige. Foruden at lempelsesreglernes anvendelsesområde kan være rimelige i det konkrete tilfælde, modvirker ansvarsfrihed som følge af manglende forretningskyndighed lovgivers generelle ønske om professionalisering af bestyrelsesarbejdet i SIFI'er. ”Kravene til en virkelig god, effektiv bestyrelse, der i samarbejde med direktionen kan føre selskabets fremad, er helt andre end kravene til frihed for retligt ansvar.”¹⁵⁸ Det er således et åbent spørgsmål, om lempelse af ansvaret contra fordeling af ansvarsbyrden (evt. under hensyn til forsikringsdækning) i det endelige erstatningsopgør bedst tilgodeser formålet med reglerne i FIL om bestyrelsens sammensætning og principperne i Corporate Governance om god selskabsledelse.

¹⁵⁷ Jønsson, s. 36

¹⁵⁸ Gomard, s. 620

Det overordnede hensyn bag den finansielle lovgivning i FIL og Corporate Governance er, at en bank som selskab gennem skærpede kapitalkrav og effektive kontrolforanstaltninger kan imødegå, hvis ikke eliminere, risikoen for tab. For indeværende synes bestyrelsesansvarets erstatningsretlige opgør at fordele sig mellem dels en accept af risikoen for ansvarspådragende fejl gennem det enkelte selskabs selvforsikring, fsva. bestyrelser uden enkeltmedlemmers individuelle forsikring. Dels en sprængfarlig cocktail for de bestyrelsesmedlemmer, der qua deres forsikring oftest ender med det endelige ansvar.

8.6.1 Delkonklusion

Valget af en kollektivt dækkende bestyrelsesansvarsforsikring er selvsagt et anliggende for den enkelte bestyrelse i det enkelte selskab. De skærpede lovkrav, der følger af FIL, og den forventede, positive indvirkning af Corporate Governance på selskabet som helhed, herunder et transparent forhold til interessenterne, gør det imidlertid ikke til et åbent valg. Det må derfor klart anbefales, at enhver bestyrelse, der er sig sit potentielle ansvar bevidst, som minimum diskuterer fordele og ulemper ved en sådan forsikring. Dokumentation for god og effektiv Corporate Governance må også antages, at indgå i forsikringsselskabets vurdering af påtagne risici og dermed afspejle sig i forsikringspræmien.

9 Konklusion

Selskabsreformen af 2009 tillader en generel fleksibilitet i den strukturelle ledelse af kapital-selskaber med begrænset ansvar. Inden for den finansielle sektor begrænser FIL selv samme fleksibilitet ud fra en betragtning om behov for nærmere regulering af for samfundet centrale institutioner. Fleksibiliteten for finansielle virksomheder kan siges at ligge i den frihed under ansvar, der kendetegner den finansielle lovgivning som rammelovgivning, jf. f.eks. *comply or explain* i Corporate Governance.

Sammenholdes interessenternes forskellige og indbyrdes anerkendelsesværdige beskyttelses-hensyn, og defineres lovgivers rolle som den gensidige varetager af disse hensyn, må enhver lovregulering ske med mindst mulig indgriben ud fra en proportionalitetsbetragtning. Når lovgiver har tillagt Finanstilsynet som offentlig myndighed beføjelse til, under nærmere bestemte kriterier, at ændre eller på anden måde (in)direkte at præge udviklingen i bestyrelses-arbejdet (og dermed banken som helhed), så medfører det forvaltningsretlige legalitetsprincip en vis begrænsning af partsautonomien, og dermed en principiel begrænsning af friheden til at sammensætte en bestyrelse.

Flere af de regler, der findes i FIL, bekendtgørelser og Corporate Governance er efter deres ordlyd ikke direkte møntet på bankvirksomhed, men er af så generel karakter, at de opgaver og pligter, der beskrives, tillige vil kunne indgå i vurderingen af bestyrelsesansvaret for et almindeligt selskab. Delvist afgørende for en fremtidig afsmitning synes snarere at være selskabs størrelse som udtryk for bestyrelsens samlede ansvar over for interessenterne. Herved må det forventes, at (rets)praksis med de fornødne tilpasninger vil være vejledende for ikke finansielle selskaber. Om ikke andet, så en bonus pater-rettesnor for god selskabsledelse.

Kravene om uddannelses- og ledelsesmæssig erfaring (*fit and proper*) fungerer ved at sikre, at beslutningsprocessen fremadrettet har et vist minimum af kvalitativ substans. Den traditionelle margin for fejlskøn, der følger af SLs generelle formuleringer, er ved den finansielle lovgivning skærpet, men ikke ophørt. Det enkelte medlem kan ikke forventes at være alvidende i sin vurdering, men den finansielle lovgivning stiller nye, skærpede og specialiserede krav til det enkelte medlems kompetencer til at anskue beslutningers potentielle konsekvenser i et større perspektiv. Deri ligger skærpelsen – og beskyttelsen. Herved begrænses samtidig anvendelsesområdet for the business judgement rule ved at gøre gråzonen af ansvarsfrihed for forretningsmæssig uduelighed mindre. En gentagelse af hændelsesforløbet i bilag 1, må således anses for udelukket. Der ligger som nævnt et underforstået skønselement i definitionen at

være generalist som bestyrelsesmedlem, og den kvalitative sikring, der følger af fit and proper-kravene vil formentlig være den mest markante forbedring i varetagelsen af interessenternes interesser. Ovenstående betragtninger forklarer også, hvorfor det enkelte medlems ansvar ikke er skærpet, endstige underlagt en professionsansvarsnorm.

Når the business judgement rules anvendelsesområde relaterer sig til den flydende grænse mellem casus og simpel uagtsomhed, og dette område begrænses, kan der opstilles en hypotese om en tilsvarende begrænsning i antallet af fremtidige sager om bestyrelsesansvar, der ikke omhandler grov forsømmelighed.

Resultatet af samspillet mellem fit and proper-kravene og den effektive efterlevelse af Corporate Governance må medføre, at den fremtidige vurdering af bestyrelsesansvaret antageligt vil indtage en mere tilbagetrukket rolle som værende præsumptivt fejlfri (med de ikke ubetydelige forbehold, der følger af at være ”præsumptivt fejlfri”): Når bestyrelsens sammensætning er kvalitativt godkendt af Finanstilsynet, hvis beslutningsprocessen ikke bærer præg af at være forhastet og hvis det antages at informationsgrundlaget på tidspunktet for beslutningen var tilstrækkeligt, har det formodningen for sig, at et forretningseskø (beslutningen), der viser sig tabsgivende, er omfattet af the business judgement rule, eller at problemstillinger vedrørende adækvans afskærer et erstatningskrav støttet på bestyrelsens ansvar.

Forretningsordenens funktion er at sikre fornuftige beslutningsgange, en klar(ere) arbejdsfordeling end hidtil og dermed en større grad af sikkerhed for ansvarets placering. I det omfang, der kan rejses begrundet tvivl om beslutningsgrundlaget, den afsatte tid eller bestyrelsens kollektive viden, kan der opstilles en formodning om, at dette har påvirket beslutningsprocessen, der kun lader sig afkræfte gennem et præsumptionsansvar. En tilsidesættelse af forretningsordenens indhold vil under alle omstændigheder indgå som et skærpende moment, derved at rammen for bestyrelsens funktion ikke er respekteret.

Den fortsatte anvendelse af culpereglen som ansvarsgrundlag med dens relative indhold og mulighed for helhedsbedømmelser medvirker til at sikre en grundlæggende tillid til domstolsprocessen, der ikke kan antages at afskrække bestyrelsernes fremtidige rekrutteringsgrundlag, derved at et overordnet (og grundlæggende) princip om ensartethed i retsanvendelsen tilgodeses.

Det vil forudsætningsvis være vanskeligt for skadelidte at føre bevis for ansvarspådragende adfærd i beslutningsprocessen, jf. skønsbeføjelsen og anvendelsesområdet for the business

judgement rule. Hertil fungerer de transparente tiltag i Corporate Governance som modstykke ved at øge tilliden på et præsumptivt grundlag, for derigennem, principielt, at give interessenterne bedre mulighed for at reagere præventivt over for bestyrelsen. Tiden vil vise om denne tiltænkte kobling reelt manifesterer sig, eller om soft law er og bliver *soft law*.

Det er svært at spå – især om fremtiden. Men hvis man opererer med en vis begrundet antagelse om fortsat implementering og efterlevelse af Corporate Governance, i særdeleshed om transparent ledelse, og sammenholder dette med formålet bag SL § 115 og FIL §§ 70-71, så kan der argumenteres for en potentiel nærmere afgrænsning af bestyrelsesansvarets adækvanskriterium som ansvarsfritagende i fremtidig retspraksis.

10 Summary

The turmoil following the financial crisis of 2008 revealed failures and weaknesses in board management on a global scale. Especially in terms of risk-taking many financial institutions did not take the necessary precautions regarding sound decision-making.

Following various bailouts the largest banks commonly referred to as “too big to fail” became the target of increased legislation and regulatory reform. Henceforth systemically important financial institutions (SIFIs) will have to meet higher capital standards and have contingency plans in place in case of a potential future failure – as opposed government bailouts. The mere assumption that governments will provide financial support in times of trouble is a prerequisite for society’s lack of trust to board members of financial institutions and the responsibility that follows supervising the core business of banking: Managing other people’s money. Failing to do so in a responsible manner addresses the question of liability for the board itself as the senior decision maker and the individual board member’s partaking herein.

The idea and principles behind Corporate Governance had been proposed in the late 1980’s following a series of bankruptcy scandals in the UK. The aim was to counter poor decision-making using an optional set of rules; thus, efficient Corporate Governance should rely on the board actually implementing these policies voluntarily. Time would show the inherent flaw in soft law in that it had become a tick-the-box-policy, rather than an integrated part of board management. The leading example is Enron filing for bankruptcy in 2001. The main purpose behind the principles of Corporate Governance is to safeguard against excessive risk taking through transparent leadership.

In addition to these voluntary principles the EU has addressed the overall issue using framework legislation in conjunction with national company legislation: The combined aim is intended to a) strengthen individual board member’s educational qualifications in order to raise the bar of sound decision making, b) prevent future bailouts and maintain a certain level of public trust through government supervision and c) underline the liability of board members.

It is a general supposition that financial institutions have a greater responsibility for sound decision making than non-financial companies. This master thesis centers on the conditions of board liability and the role of Corporate Governance as a way of increasing the quality of board decisions in financial institutions. Moreover, how this in turn supposedly increases society’s trust in financial institutions, when other companies’ economic growth rely so heavily on a healthy financial sector as a whole.

11 Litteratur

11.1 Bøger

- Blume: Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, 1. udgave, 2011
- Bunch: Lars Bunch & Ida Rosenberg, Selskabsloven med kommentarer, 1. udgave, 2010
- Clausen: Camilla Hørby Jensen (red.), Nis Jul Clausen, Tanja Jørgensen, Nina Dietz Legind, Mette Winther Løfquist og Hans Viggo Godsk Pedersen, Bankjura – Udvalgte emner, 2. udgave, 2013
- Germer: Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007
- Gomard: Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde, 8. udgave, 2015
- Gomard 2: Bernhard Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber, 5. omarbejdede udgave, 2006
- Hansen: Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til selskabsret I, 4. udgave, 2014
- Hjetting: Merete Hjetting, Thomas Kjøller, Marianne Simonsen & Malene Stadil, Lov om finansiel virksomhed, 2. udgave, 2011
- Jønsson: Henning Jønsson og Lisbeth Kjærgaard, Dansk Forsikringsret, 9. udgave, 2012
- Munk: Carsten Munk-Hansen, Rettens grund, 2010
- Neville: Mette Neville og Karsten Ensig Sørensen, Selskaber: Aktuelle emner, 1. udgave, 2013
- Samuelsson: Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard, Bestyrelsesansvaret, 1. udgave 1997
- Sofsrud: Thorbjørn Sofsrud, Bestyrelsens beslutning og ansvar: Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar, 1. udgave, 1999
- von Eyben, Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 7. udgave, 2011
- Werlauff: Erik Werlauff, Selskabsret, 9. udgave, 2013

11.2 Retspraksis

U 1923.871 H

U 2007.497 H

U 1989.1108 H

U 2007.1713 Ø

U 1997.1642 H

U 2013.1107 H

U 1998.1137 H

U 2013.1312 H

U 2001.873 H

U 2015.257 V

U 2002.2067 H

U 2015.2075 H

U 2004.2253 H

11.3 Afgørelser

Finanstilsynets afgørelse af 31.10.2008

Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010

Finanstilsynets afgørelse af 26/10/2015

11.4 Artikler

- ET, 2012.211, Camilla Hørby Jensen Fra Lamfalussy til Larosière,
- RR.2010.12.0046, Caspar Rose, m.fl., Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber
- RR.2013.03.0044, Erik Werlauff: "... formanden dog det dobbelte" - om bestyrelsesformandens opgaver og ansvar, herunder efter de nye danske corporate governance-anbefalinger
- RR.2015.12.0036, Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar

11.5 Rapporter

- Den finansielle krise i Danmark: Rapport fra udvalget for finanskrisens årsager, Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring, nedsat af Erhvervs- og Vækstministeriet 2012
 - o www.evm.dk → Publikationer → Vis: 2013 (tilgængeligt 12. maj 2016)

- Komitéen: Komitéen for God Selskabsledelse: Anbefalinger for god selskabsledelse, 2013 (2014)
 - o www.corporategovernance.dk → Corporate Governance → Anbefalinger → Gældende anbefalinger (tilgængeligt 12. maj 2016)
- Nørby: Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – Anbefalinger for god selskabsledelse, 2001
 - o www.corporategovernance.dk → Corporate Governance → Anbefalinger → Tidligere anbefalinger (tilgængeligt 12. maj 2016)
- Ragnvid: Udvalget om Systemisk Vigtige Finansielle Institutioner i Danmark, Systemisk vigtige finansielle institutioner i Danmark: Identifikation, krav og krisehåndtering, 2013
 - o www.evm.dk → Publikationer → Vis: 2013 (tilgængeligt 12. maj 2016)

I. Bilag

Bilag 1, uddrag af artikel

ØKONOMI 30. SEP. 2013 KL. 23.00

Finansansatte: Bestyrelser bør uddannes bedre

Der er brug for obligatoriske uddannelser for alle typer af bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder, mener Finansforbundet, der støtter anbefaling fra regeringens Rangvidudvalg.

Tønder Bank måtte lukke

Som en konsekvens af evalueringerne har både store og små finansielle virksomheder – som tidligere omtalt i Politiken – brugt forårets generalforsamlinger til at styrke deres bestyrelser med nye og mere kompetente medlemmer.

Det nåede Tønder Bank ikke. Den måtte lukke i efteråret 2012, da en bestyrelse bestående af en maskinhandler, en handelsskolelærer, en økonomikonsulent, en fabriksejer, en gartner og en elinstallatør ikke formåede at stoppe bankens store og risikable udlån i tide.

Kilde:

<http://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/ECE2090692/finansansatte-bestyrelser-boer-uddannes-bedre/>

Bilag 2, Finanstilsynets vejledning om tilsynsdiamanten for pengeinstitutter, s. 3. Vejledningen er gældende fra 31.12.2017. Efter nugældende regler må summen af store eksponeringer ikke overstige 125 % af basiskapitalen.

Erfaringsmæssigt er der en række fællestræk, som karakteriserer pengeinstitutter, der er kommet i problemer under krisen. Kendetegnene er bl.a. høj udlånsvækst på bekostning af kreditkvalitet, for optimistiske vurderinger af kreditrisici (bl.a. i forhold til ejendomseksponeringen) og manglende styring af store eksponeringer. Dette er et mønster, som også er set under tidligere kriser.

Finanstilsynet har derfor opstillet en række pejlemærker for, hvad der som udgangspunkt må anses som værende pengeinstitutvirksomhed med forhøjet risiko – den såkaldte *'tilsynsdiamant'*.

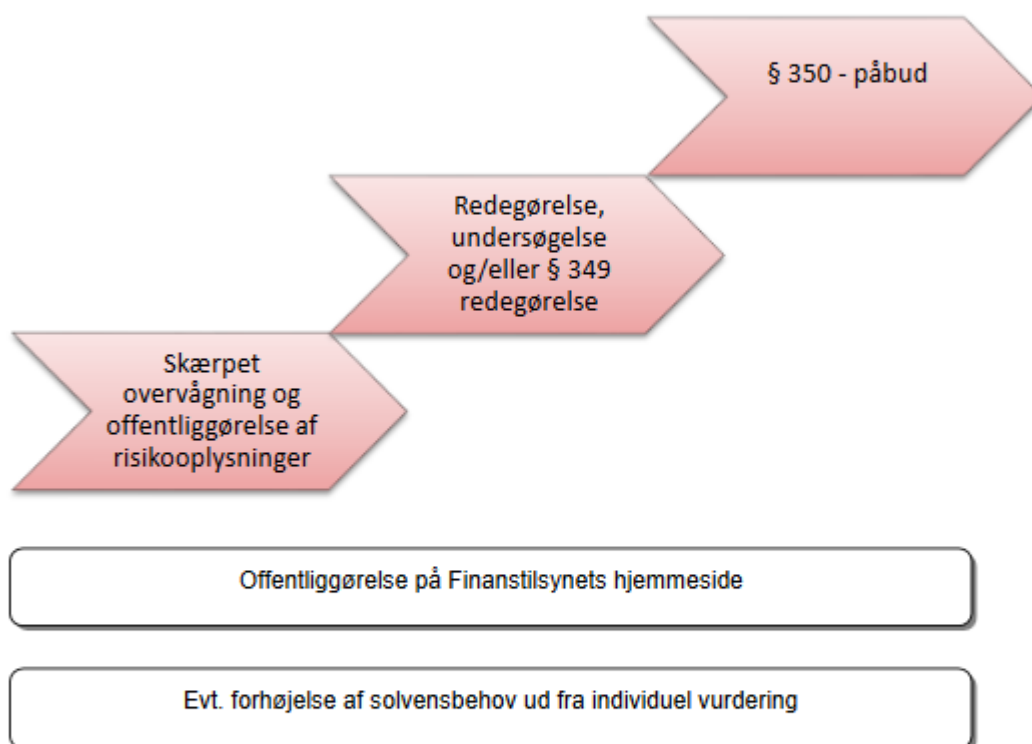
Tilsynsdiamanten fastlægger en række særlige risikoområder med angivne grænseværdier, som instituttet som udgangspunkt bør ligge inden for, jf. figuren nedenfor.

Tilsynsdiamanten for pengeinstitutter



Grænseværdierne er fastsat således, at de på den ene side skal modvirke overdreven risikopåtagning, og på den anden side skal gøre det muligt for sunde pengeinstitutter at drive profitabel bankvirksomhed og yde den nødvendige kredit til virksomheder og husholdninger.

Bilag 3, Finanstilsynets vejledning om tilsynsdiamanten for pengeinstitutter, s. 5-6. Vejledningen er gældende fra 31.12.2017.



3. Tilsynsstigen

Når tilsynsdiamantens grænseværdier overskrides, vil Finanstilsynet påbegynde en dialog med instituttet herom og foretage evt. tilsynsreaktioner, jf. tilsynsstigen. Tilsynsstigen er illustreret nedenfor. Reaktionsmulighederne er opsat efter hvor indgribende, de er. Finanstilsynet vil ud fra en proportionalitetsvurdering benytte den mindst indgribende reaktion. Tilsynet vil således alene anvende reaktionerne på de højere trin i mere alvorlige situationer, fx ved gentagne overskridelser og ved manglende reaktion fra instituttets side.