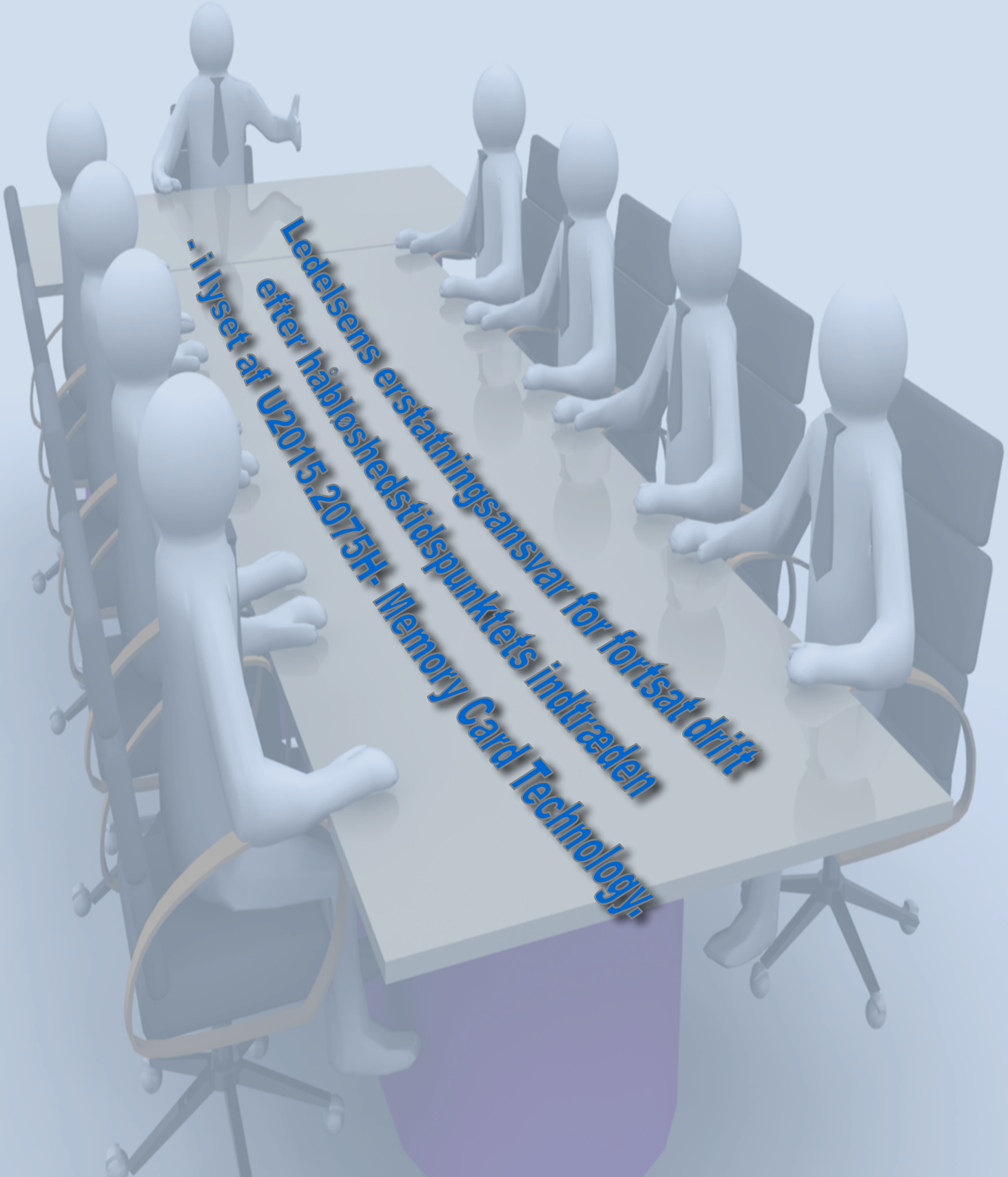


Kandidatafhandling



**Ledelsens erstatningsansvar for fortsat drift
efter håbløshedstidspunktets indtræden
- i lyset af U2015.2075H- Memory Card Technology**

Projekttitel:

*Ledelsens erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktets indtræden
- i lyset af U2015.2075H - Memory Card Technology.*

Temaramme:

Erstatningsret / Selskabsret

Projektperiode:

01-02-2016 til 12-05-2016

Forfatter:

Heidi Marie Rasmussen

Vejleder: Christian Norup Hostrup

Antal anslag: 124.479

Afsluttet den: 12. maj 2016

Rapportens indhold er frit tilgængeligt, men offentliggørelse (med kildeangivelse) må kun ske efter aftale med forfatteren.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING.....	5
1.1. PROBLEMFORMULERING.....	6
1.2. AFGRÆNSNING.....	6
1.3. METODE.....	7
2. SELSKABETS LEDELSE.....	8
2.1. KAPITALSELSKABET.....	8
2.2. LEDELSEN.....	9
2.3. LEDELSENS ORGANISERING.....	9
2.4. KRAVET TIL DET ENKELTE MEDLEM AF BESTYRELSEN.....	10
2.5. DET TILTRÆDENDE BESTYRELSESMEDLEM.....	11
2.6. DET UDTRÆDENDE BESTYRELSESMEDLEM.....	12
3. ERSTATNINGSANSVAR.....	14
3.1. ANSVARSGRUNDLAGET.....	15
3.2. ANSVARSVURDERINGEN.....	16
4. LEDELSENS OPGAVER OG PLIGTER.....	19
4.1. KONTROL OG TILSYN.....	19
4.2. KAPITALTAB.....	20
4.3. FORRETNINGSORDEN.....	20
4.4. KAPITALAFGANG.....	21
4.5. LOYALITETSFORPLIGTELSE.....	24
5. DET FORRETNINGSMÆSSIGE SKØN.....	26
6. ANALYSE AF HÅBLØSHEDSTIDSPUNKTET FORUD FOR U2015.2075H.....	29
6.1. DOMME HVOR DER SKER FRIFINDELSE.....	29
6.1.1. U1956.990S: Dansk Panama Industri A/S.....	29
6.1.2. U1977.274H: Havemann Lyngby A/S.....	31
6.1.3. U2003.317H: Krepcø Holding A/S.....	33
6.1.4. U2006.2637H: AOF- dommen.....	34
6.2. DOMME HVOR DER STATUERES ANSVAR.....	36
6.2.1. U1998.1137H: Fodbold- dommen.....	36
6.2.2. U2006.243H: Mindship.....	37
6.2.3. U2007.497H: Rejseselskabet Calypso.....	39
6.2.4. U2015.257V: G. Kartoffler.....	41

7. HÅBLØSHEDSTIDSPUNKTET I U2015.2075H.	43
7.1. DIREKTØREN	44
7.2. REVISIONEN	44
7.3. DE MENIGE BESTYRELSESMEDLEMMER:	45
7.4. BESTYRELSESFORMANDEN:	46
8. SAMMENFATTENDE.	49
8.1. ANSVARSPÅDRAGELSE	49
8.2. ANSVARSVURDERINGEN	51
8.2.1. <i>Det forretningsmæssige skøn</i>	51
8.2.2. <i>Redningsforsøg</i>	52
8.2.3. <i>Kreditorhensynet</i>	53
8.2.4. <i>Kreditors undersøgelsespligt</i>	53
8.2.5. <i>Opgaver og pligter</i>	55
8.2.6. <i>Aktiviteter</i>	56
8.2.7. <i>Informationsgrundlaget</i>	57
9. KONKLUSION	59
10. ABSTRACHT	62
11. LITTERATURLISTE:	64
11.1. BØGER:	64
11.2. ARTIKLER:	65
11.3. DOMSREGISTER	66

1. Indledning.

Ledelsesansvaret er et begreb der i medierne fylder meget når et selskab bliver erklæret konkurs.

Medierne har i den senere tid haft fokus rettet mod eksempelvis IT Factory, Memory Card Tecnology og den endnu ikke afgjorte sag mod det Aalborgensiske OW Bunker. Fokus i disse sager har lagt på bestyrelsens ansvar for den fortsatte drift efter håbløshedstidspunktet.

Af selskabslovens § 361 fremgår, at ledelsens medlemmer vil kunne gøres erstatningsansvarlige ved handlinger der sker som led i grov uagtsomhed eller forsæt, hvilket kan sidestilles med den almindelige culparegel. Af de af domstolene fastsatte regler er culpareglen blevet præciseret i forhold til den almindelige culparegel. Domstolene har eksempelvis foretaget en vurdering af, hvornår driften bør stoppes for, at ledelsen undgår, at blive erstatningsansvarlig. Men hvornår foreligger det tidspunkt, hvor selskabets drift bør stoppes. Det er svært at give en entydigt svar på, da flere faktorer spiller ind på dette punkt.

For kapitalejerne kan det få store konsekvenser, hvis ikke driften indstilles i tide, da de hæfter for den kapital de lægger ind i selskabet. For at vende denne udvikling bør ledelsen træffe skønsmæssige beslutninger, hvilket også er kendt under begrebet ”*Det forretningsmæssige skøn*”, og som er et skøn ledelsen foretager ud fra hvad de mener er det rette for selskabet. Disse skøn bør kunne træffes, uden at ledelsen bliver erstatningsansvarlige, idet der er behov for en vis margin for fejlskøn til varetagelsen af selskabets og kapitalejernes interesse. Dog bør der også tages hensyn til kreditorer, idet disse risikere at lide tab såfremt driften i selskabets ikke indstilles når selskabskapitalen er tabt.

Der er i retspraksis fastslået, at håbløshedstidspunktet er et begreb der er brugt om det tidspunkt hvor ledelsen indså eller burde have indset, at de fortsatte drift ville medføre yderligere tab.

Selskabsloven danner derved rammen om ledelsens opgaver og pligter, dog giver den ikke klare svar på, hvornår et bestyrelsesmedlem har handlet uforsvarligt eller ej. Derfor er det relevant at undersøge ledelsens erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktet i lyset af Memory Card Technology- dommen.

1.1. Problemformulering.

Det som i denne afhandling undersøges er:

*Ledelsens erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktets indtræden
- i lyset af U2015.2075H - Memory Card Technology.*

I denne forbindelse vil det blive gennemgået, hvilke betingelser der skal være opfyldt, før en bestyrelse vil kunne pålægges erstatningsansvar. Endvidere vil det ud fra retspraksis samt Memory Card- afgørelsen blive undersøgt, hvorvidt domstolene har foretaget en hensynsafvejning mellem bestyrelsens ret til at foretage forretningsmæssige skøn og hensynet til kreditorerne, såfremt domstolene skal foretage en vurdering af, hvorvidt driften af selskabet er fortsat efter håbløshedstidspunktets intræden. Slutteligt vil det undersøges, hvorvidt praksis har ændret sig i forhold til Memory Card- dommen, eller om de fra før U2015.2075H skaber praksis for netop denne afgørelse.

1.2. Afgrænsning.

Denne afhandling vil belyse bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktet i lyset af Memory Card Technology- dommen. Under hensyntagen til afhandlingens omfang fokuseres der alene på kapitalselskabets bestyrelse, hvorfor ansvarsbedømmelsen for de øvrige ledelsesmedlemmer ikke behandles. Her tænkes der på eksempelvis direktionen og tilsynsrådet.

Ansvarsbedømmelsen for bestyrelsesmedlemmer er baseret på den almindelige retspraksisbestemte culpabedømmelse, og derfor vil retspraksis i væsentlig grad blive inddraget. Der vil blive sat fokus på bestyrelsesmedlemmernes erstatningsansvar, med særligt fokus på retspraksis før Memory Card Technology- dommen samt hvordan denne retspraksis indpasses i Memory Card Technology- dommen.

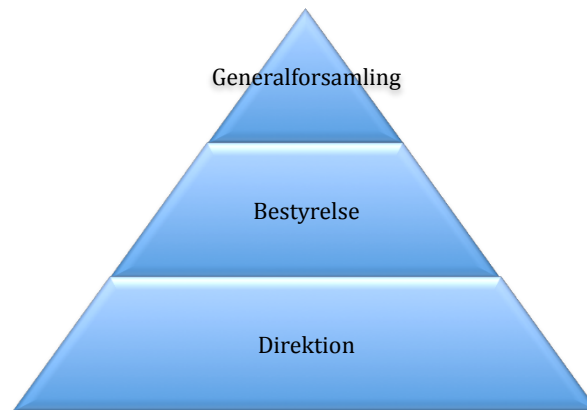
1.3. Metode.

Til redegørelse samt analyse af erstatningsansvaret med fokus på ledelsens erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktet anvendes den retsdogmatiske metode, hvor mulige løsninger på problemstillingen vil blive undersøgt inden for den, til en hver tid gældende ret.

Formålet med den retsdogmatiske metode er at, fremstille, beskrive og eventuelt forslå ændringer til den gældende retstilstand. Ved anvendelse af traditionelle retskilder, herunder hovedsageligt lov fortolkning, bøger, afhandlinger og tidsskriftlitteratur, anvendes den juridiske metode.

2. Selskabets ledelse.

Opbygningen af et kapitalselskabs ledelse bygger på et hierarkisk fundament, hvor generalforsamlingen er det øverste organ, efterfølgende kommer bestyrelsen og nederst direktionen. Revisoren er ikke med i hierarkiet, da revisorens opgaver er af speciel karakter¹, og indgår derfor ikke i selskabets ledelse.



Figuren er udarbejdet af: Heidi Marie Rasmussen.

Kapitalejerne vil på generalforsamlingen jf. selskabslovens § 76, stk. 1, have indflydelse på beslutninger vedrørende selskabet. Kapitalændringer, vedtægtsændringer, godkendelser af regnskab og vedtagelse af udbytte hører til generalforsamlingens beslutningskompetencer². Kapitalejerne kan jf. selskabslovens § 362 blive erstatningsansvarlige for eventuelle skader, som: ”(...) *under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade*, hvilket også gør sig gældende: ”(...) *når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand*”.

2.1. Kapitalselskabet.

Der er for den erhvervsdrivende frit valg, når det kommer til valg af juridisk ramme³, altså vil det være muligt for den erhvervsdrivende selv at stifte et kapitalselskab eller personselskab⁴. Da disse to selskabstyper afviger væsentligt fra hinanden, vil det være relevant for den erhvervsdrivende at foretage en afgrænsning. Hertil er der to årsager: 1) kapitalselskabet er underlagt selskabslovens regler, hvorimod et personselskab er

¹ Werlauff, Selskabsret (2010), side 380.

² Gomard og Schaumburg-Müller (1999), Kapitalselskaber, side 307.

³ Friis Hansen og Krenchel, Dansk selskabsret 2 (2014), side 71.

⁴ Werlauff, Selskabsret (2010), side 30.

underlagt en særlig lovfæstet regulering⁵. 2) Kapitalejerne i et kapitalselskab hæfter ikke personligt jf. selskabslovens § 1, stk. 2. Det er udelukkende kapitalselskabets formue, der kan hæfte for selskabets gæld og øvrige forpligtelser⁶.

2.2. Ledelsen.

Et kapitalselskab er en juridisk person. Denne type selskaber ledes af fysiske personer, der vælges til dette hverv, derimod fastlægger selskabslovens reglerne for de fysiske personers organisering, sammensætning og arbejde.

2.3. Ledelsens organisering.

Det fremgår af selskabslovens § 111, stk. 1., at: ” *Et kapitalselskab kan vælge mellem følgende ledelsesstrukturer*”, 1) Selskabets overordnede og strategiske ledelse varetages af bestyrelsen. 2) Direktionen leder kapitalselskabet, hvis dispositioner tilsynsrådet fører tilsyn med.

I den første situation ansættes der af bestyrelsen en direktion til varetagelse af den daglige drift i selskabet jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1., idet det af bestemmelsen fremgår, at: ” *(...) Til at forestå den daglige ledelse skal bestyrelsen ansætte en direktion, der enten kan bestå af en eller flere personer blandt bestyrelsens egne medlemmer eller af personer, som ikke er medlem af bestyrelsen(...)*”. Denne direktion kan bestå af én til flere personer som kan være fra bestyrelsen. Selskabets direktør kan sidde som medlem af bestyrelsen samtidig med, at denne fungerer som direktør i virksomheden, dog må denne ikke varetage formands eller næstformandsposten i bestyrelsen.

Den anden situation fremgår af selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2, hvoraf det fremgår, at der er tale om: ” *En ledelsesstruktur, hvor kapitalselskabet ledes af en direktion. I aktieselskaber skal direktionen ansættes af et tilsynsråd, der fører tilsyn med direktionen. Et medlem af direktionen kan ikke være medlem af tilsynsrådet*”. Den pågældende situation behandles dog ikke yderligere, idet denne ledelsesstruktur ikke findes relevant for afhandlingens område.

⁵ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 52.

⁶ Schaumburg- Müller og Werlauff: Kommenteret selskabslov, side 149.

Aktieselskaber vil have mulighed for at vælge mellem de to ovenstående ledelsestrukturer jf. selskabslovens § 111, stk. 1. Af § 111, stk. 3, 2 pkt. fremgår: *”Hvis et anpartsselskab ikke har en bestyrelse eller et tilsynsråd, men efter 1. pkt. skal have et af disse organer, skal forslag om at ændre vedtægterne, således at kapitalselskabet skal have en bestyrelse eller et tilsynsråd, anses som gyldigt vedtaget, når blot en anpartshaver har stemt for forslaget”* jf. selskabslovens § 140 skal anpartsselskabet have en bestyrelse eller et tilsynsråd, såfremt de gør brug af denne bestemmelse om medarbejdervalgte medlemmer af det øverste ledelsesorgan⁷.

For kapitalselskabers fastlæggelse af ledelsesstrukturen skal dette ifølge selskabslovens § 28, nr. 5 oplyses i vedtægterne.

2.4. Kravet til det enkelte medlem af bestyrelsen.

Der er i selskabslovens §§ 112 - 114 oplistet en række individuelle krav til medlemmerne af kapitalselskabets ledelse.

I selskabslovens § 112, stk. 1. fastsættes et generelt habilitetskrav, hvor: *”Medlemmer af et kapitalselskabs ledelse skal være myndige personer og må ikke være under værgemål efter værgemålslovens § 5 eller under samværgemål efter værgemålsloven § 7”*. Dette habilitetskrav skal være opfyldt førend en person kan vælges til bestyrelsen.

Der er ikke hjemmel til at ansætte juridiske personer i kapitalselskabet, idet bestyrelsesmedlemmerne skal være fysiske personer, hvilket fremgår af en modsætningsslutning af bestemmelsens bemærkninger om *”Personer”*⁸. Foruden habilitetskravet kan generalforsamlingen fastsætte vedtægtskrav omkring valgbarhed, anciennitet med videre⁹.

I selskabslovens §§ 113 og 114 er der en begrænsning for formanden og medlemmerne af bestyrelsens deltagelse. Ifølge § 113 er det ikke tilladt for bestyrelsesmedlemmer, at: *”(...) udføre eller deltage i speulationsforretninger vedrørende kapitalandele i kapitalselskabet eller i kapitalselskaber inden for samme koncern”*. Dette gælder, hvad

⁷ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 307.

⁸ Werlauff: Selskabsret (2010), side 436.

⁹ Schaumburg- Müller og Werlauff: *Selskabsloven med kommentarer*, side 626.
Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 305.

enten der er tale om kapitalandele i kapitalselskabet eller kapitalselskaber inden for samme koncern.

Af selskabslovens § 114, stk. 1 fremgår det, at: *”I kapitalselskaber, som har aktier optaget til handel på et reguleret marked og i statslige aktieselskaber, må formanden for bestyrelsen eller tilsynsrådet ikke udføre hverv for kapitalselskabet, der ikke er en del af hvervet som formand”*. Eksempelvis må bestyrelsesformanden ikke påtage sig opgaver, der angår den daglige ledelse eller drift af selskabet. Af bestemmelsens sidste punktum fremgår, at formanden for bestyrelsen kan anmodes om, at tage del i den daglige ledelse og dermed påtage sig det ansvar, der følge heraf¹⁰. Hensigten er dog ikke, at formanden for bestyrelsen skal overtage den daglige ledelse permanent, hvorfor fastsættelsen af perioden tilpasses konkret. Hvorvidt formanden skal anmodes herom afgøres derfor af omstændighederne¹¹.

Rent lovgivningsmæssigt er der ikke yderligere krav defineret i selskabsloven, yderligere krav kan dog være fastsat i selskabets vedtægter.

2.5. Det tiltrædende bestyrelsesmedlem.

Når et bestyrelsesmedlem tiltræder posten, anses denne først for tiltrådt, når der er sket anmeldelse til Erhvervsstyrelsen¹², hvorved denne bliver ansvarlig for beslutninger truffet af bestyrelsen¹³. Det vil altså ikke være muligt for det nytiltrådte medlem at gøres ansvarlig for beslutninger truffet af bestyrelsen forud for det nytiltrådte medlems deltagelse¹⁴.

Domstolene tog i Calypso- dommen stilling til, at bestyrelsesmedlemmet i nogle tilfælde ikke kan undskylde sig med, at beslutningen blev truffet af den siddende bestyrelse forud for det nytiltrådte medlems tiltræden. I den forbindelse blev det af Højesteret bemærket, at: *”(...) handlet ansvarspådragende ved ikke at gribe ind, så*

¹⁰ Bunch og Rosenberg: *Selskabsloven med kommentarer*, side 428.

¹¹ Schaumburg-Müller og Werlauff: *Selskabsloven med kommentarer*, side 633.

¹² Friis Hansen og Krenchel: *Dansk selskabsret 2* (2014), side 665.

¹³ Friis Hansen og Krenchel: *Dansk selskabsret 2* (2014), side 668.

¹⁴ Bunch og Rosenberg: *Selskabsloven med kommentarer*, side 1458.

snart de efter deres indtræden i bestyrelsen (...) blev eller burde være blevet opmærksom på (...)”. Det afgørende vil her være, hvorvidt bestyrelsesmedlemmet har reageret, såfremt denne har fundet, at en allerede truffet beslutning har været uforsvarlig af hensyn til de økonomiske forhold i selskabet.

2.6. Det udtrædende bestyrelsesmedlem.

Af selskabsloven fremgår det, at der er flere måder for bestyrelsesmedlemmet at reagere på afhængigt af alvoren af beslutningen: 1) bestyrelsesmedlemmet kan udtræde jf. selskabslovens § 121, stk.1, 1. pkt. 2) bestyrelsesmedlemmet har mulighed for at få optaget dennes mening (dissens)¹⁵ i bestyrelsesprotokollen og årsrapporten, jf. selskabslovens § 128, stk. 2.

Udtrædelse vil skulle ske på baggrund af flere faktorer, som eksempelvis på grund af personlige årsager eller fordi der opstår uenighed mellem det udtrædende medlem af bestyrelsen og de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Af selskabslovens § 121, stk.1, 3.pkt. fremgår, at: *”(...) Et medlem af bestyrelsen eller tilsynsrådet kan til enhver tid afsættes af den, som har valgt eller udpeget den pågældende”*, hvad enten dennes valgperiode er udløbet eller ej.

Dog gælder der andre regler for udtrædende og afsatte medlemmer, såfremt dette sker efter vedkommendes eget ønske, idet denne i så fald stadig vil være ansvarlig for de af bestyrelsens truffede beslutninger under medlemmets deltagelse¹⁶.

Af selskabslovens § 128, stk. 2., fremgår det at: *“Et tilstedeværende ledelsesmedlem, der ikke er enig i en beslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen”*. Dette vil være relevant, idet det uenige bestyrelsesmedlem opdager, at en af bestyrelsen truffet beslutning er uforsvarlig set i forhold til selskabets økonomiske situation. Grunden hertil er, at uenigheden kan få indflydelse på en senere erstatningssag mod bestyrelsen.

Af selskabslovens § 363 fremgår det, at: *”Erstatning efter §§ 361 og 362 kan nedsættes, når dette findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt”*. Friis Hansen og Krenchel mener at der med denne

¹⁵ http://www.rogr.dk/pdf/revisorposten_1_2016.pdf: Bestyrelsens rolle, pligter og ansvar – undgå de alvorlige misforståelser, side 2.

¹⁶ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 537.

bestemmelse gøres sådan at det uenige bestyrelsesmedlem, derved mulighed for, at få lempet dennes erstatningsansvar¹⁷, hertil mener Werlauff dog ikke, at det vil være tilstrækkeligt i alle tilfælde, at gennemførelse af en truffen beslutning ved medunderskrivelse ikke gør, at uenigheden får betydning¹⁸. Afhængigt af omstændighederne kan det forventes, at det uenige bestyrelsesmedlem underretter generalforsamlingen, og i enkelte tilfælde kapitalejerne, men i andre tilfælde vil det være nødvendigt at det uenige medlem udtræder af bestyrelsen¹⁹.

Sammenfattende er det dermed muligt for det etablerede eller tiltrædende bestyrelsesmedlem at ifalde erstatningsansvar, såfremt denne undlader at reagere på forhold, som denne ikke kan stå inde for.

¹⁷ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 667.

¹⁸ Werlauff: Selskabsret (2010), side 457.

¹⁹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 667.

3. Erstatningsansvar.

I forbindelse med moderniseringen af selskabsreformen i 2010, blev det af Moderniseringsudvalgets Kommissorium bemærket, at kapitalselskabets ledelsesmedlemmer, herunder dets bestyrelsesmedlemmer, efter den dagældende selskabslovgivning skulle: *"(...) bedømmes efter den almindelige culparegel²⁰"*, grunden hertil var, at culpanormen var hensigtsmæssig i forhold til, at ansvarsbedømme. Kommissoriet henstillede derfor til, at lovgivningsmagten fremadrettet skulle lade culpanormen være gældende for ledelsesmedlemmernes ansvarsbedømmelse²¹, netop fordi culpareglen tager hensyn til de konkrete omstændigheder²². Regeringen foreslog derfor, i forbindelse med sit forslag til selskabsloven, at: *"(...) [forslaget] viderefører (...) de gældende ansvarsregler"*²³.

I forbindelse med at regeringens forslag blev vedtaget, blev de gældende ansvarsregler videreført, og i den forbindelse afviste kommissoriet, at ansvaret skulle sidestilles med et professionsansvar²⁴.

Den alt overskyggende forskel på de to ansvarsformer er, i hvilket omfang individuelle undskyldningsgrunde kan accepteres som diskulperende²⁵, hvilket ikke vil være tilfældet ved professionsansvaret.

I det følgende behandles bestyrelsens ansvarsgrundlag nærmere, herunder hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at bestyrelsesmedlemmer ifalder erstatningsansvar.

²⁰ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 36.

²¹ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 41.

²² Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 41.

²³ Forslag til Lov om aktie- og anpartsselskaber, side 117.

²⁴ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 658, samt Betænkning nr. 1498 / 2008, Modernisering af selskabsretten, side 41.

²⁵ Werlauff, Selskabsret (2010), side 545.

3.1. Ansvarsgrundlaget:

Hvis der skal anlægges en erstatningssag, er det et krav, der placeres et ansvarsgrundlag. Ansvarsgrundlaget vil i erstatningssager mod bestyrelsen ligge hos hele bestyrelsen eller de medlemmer, som i forbindelse med deres culpøse handlinger har medvirket til, at tabet forekom. Dog skal det bemærkes, at bestyrelsen oftest vil blive anklaget for at have benyttet sig af deres handlepligt, hvorimod, det vil sige en aktiv handling, der overtræder reglerne²⁶.

Såfremt en bestyrelse eller nogen af dens medlemmer skal pålægges erstatningsansvar, da er ansvarsgrundlaget en vigtig betingelse. Hvis der skal kunne pålægges bestyrelsen eller nogen af dets medlemmer et erstatningsansvar, skal det kunne påvises, at der er handlet culpøst eller med forsæt. En culpøs handling inden for erstatningsreglerne betyder, at der kan ifaldes et erstatningsansvar, hvis der er handlet uforsvarligt.

Af selskabslovens § 361, stk.1., fremgår det, at: *”Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalsekskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand”*. Hermed menes der, at medlemmer af selskabets ledelse har pligt til, at erstatte tab som påføres ved uagtsomhed eller forsæt. Altså vil et medlem af ledelsen kunne gøres erstatningsansvarlig ved simpel såvel som grov uagtsomhed. Dog er der for kapitalejere i selskabslovens § 362 den forskel, at: *”En kapitalejer skal erstatte tab, som den pågældende forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, andre kapitalejere eller tredjemand”*. Ansvarsgrundlaget er således strengere for bestyrelsen end for kapitalejerne. For at afgøre, hvorvidt et bestyrelsesmedlem skal ifalde ansvar grundet sine fejl eller forsømmelser, er det efter culpereglen nødvendigt at undersøge, hvornår et bestyrelsesmedlem har handlet culpøst²⁷. For ledelsen gælder der et solidarisk erstatningsansvar, dog vurderes hvert enkelt bestyrelsesmedlem individuelt²⁸. Der vil i tilfælde af, at flere bestyrelsesmedlemmer samtidig ifalder et erstatningsansvar, være tale om solidarisk

²⁶ Stubkjær Andersen: Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring, side 27.

²⁷ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber, side 564.

²⁸ Krüger Andersen: Aktie- og kapitalselskabsret, side 500, samt Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret, side 126.

ansvar for det skadelidte tab²⁹, idet det af selskabslovens § 361, stk. 2 fremgår, at: *“Hvis en kapitalejer forsætligt eller groft uagtsomt har påført selskabet, andre kapitalejere, kapital-selskabets kreditorer eller andre tredjemænd et tab og der i øvrigt er fare for fortsat misbrug, kan retten tilpligte den skadevoldende kapitalejer at indløse den skadelidende kapitalejers kapitalandele til en pris, som fastsættes under hensyntagen til selskabets økonomiske stilling og til, hvad der efter omstændighederne i øvrigt findes rimeligt”*.

Et bestyrelsesmedlems culpøse handling udspringer af en bedømmelse af flere aspekter. I den traditionelle erstatningsret anvendes det latinske begreb Bonus Pater Familias (Den gode familiefar)³⁰, hvor der ses på, hvordan den forventede adfærd i den givne situation ville være. Efter denne Bonus Pater Familias - standard har en person handlet ansvarspådragende, såfremt denne ikke har udvist en sådan grad af agtpågivenhed, som en god og fornuftig person, en Bonus Pater Familias, ville have været udvist i en tilsvarende situation. Dog kritiseres dette i den nyere erstatningsretlige teori³¹, og grunden hertil er, at der ikke i forbindelse med begrebet gives en vejledning, idet selv gode og fornuftige personer kan handle uagtsomt³². Dog er domstolene gået væk fra at lave en sådan sammenligning og gået over til at lave en objektiv vurdering af kriterierne³³. For bestyrelsesmedlemmer gælder der et udgangspunkt om, at der sammenlignes med, hvad der vil kunne forventes af det mest omhyggelige bestyrelsesmedlem i en lignende situation³⁴.

3.2. Ansvarsvurderingen.

Ved ansvarsvurderingen gælder der for bestyrelsesmedlemmer en række opgaver og pligter som de skal varetage i forbindelse med selskabets drift. Igennem tiden har flere

²⁹ Krüger Andersen: Aktie- og kapital-selskabsret (2010), side 500, samt Samuelsson og Søgaard, Bestyrelsesansvaret, side 126.

³⁰ Eyben og Isager: Erstatningsret, side 201.

³¹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 664 – men henvisning til Von Eyben og Isager: Lærebog i erstatningsret, side 87f.

³² Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 201.

³³ Stubkjær, Andersen: Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (2011), side 28.

³⁴ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 487.

teoretikere diskuteret, hvorvidt bestyrelsens opgaver og pligter gør at ansvarsvurderingen skærpes³⁵.

Selve udformningen af ledelsens opgaver og pligter blevet modsvaret af et øget ansvar for ledelsen, uden at dette dermed må anses for at være en skærpelse af ansvaret³⁶.

Hvorvidt disse præciseringer har skærpet ansvarsvurdering, har været genstand for debat i teorien.

Fortalere anfører, at ændringerne har givet anledning til en strengere kurs på nogle områder, fra domstolenes side³⁷. Ifølge Bergenser vil ansvarsvurderingen kunne skærpes, idet: *”(...) præciseringer, øget detaljering i beskrivelsen af pligter og indførslen af nye krav”*³⁸.

Krüger Andersen mener i denne forbindelse, at de nye regler kan forklare indholdet af den almindelige erstatningsregel om ansvar for skyld, men de nye regler kan dog ikke ændrer ved culpabegrebet³⁹. På baggrund af dette kan det konkluderes, at der ikke i væsentlig grad ændres ved selve ansvaret⁴⁰. Hertil mener kommissoriet, at ledelsen og kapitalejerne på en række områder fik større handlefrihed. Denne udvidede handlefrihed som bestyrelsen har fået i forbindelse med selskabsreformen, skal bedømmes efter den almindelige culparegel⁴¹. Dog er ansvaret skærpet med det formål, at ledelsen nu har fået mulighed for at gennemføre dispositioner, der tidligere var forbud mod⁴².

Ifølge Krüger Andersen og Werlauff kan der argumenteres for, at bestyrelsens pligter er blevet præciseret og opstrammet, dog mener de ikke, at dette har medført, at ansvarsgrundlaget er blevet skærpet⁴³.

³⁵ Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 206- 215, samt Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 497.

³⁶ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 41.

³⁷ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 497, samt Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar, side 206- 215.

³⁸ Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 215.

³⁹ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 497 med henvisning til Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (2014), side 514.

⁴⁰ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 497.

⁴¹ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 39; Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2, side 659.

⁴² Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 660.

⁴³ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 497, samt Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 215 – med henvisning til Werlauff: UfR. 2009B,143, side 148.

Sammenfattende kan det dermed konkluderes, at ansvarsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmerne stadig er culpa, og dermed ikke en skærpet ansvarsvurdering. Dog kan ansvarsvurderingen på nogle punkter fremstå skærpede, idet ledelsen er underlagt en række opgaver og pligter som med selskabsloven blev præciseret.

4. Ledelsens opgaver og pligter.

4.1. Kontrol og tilsyn.

Selskabslovens § 115 gælder for kapitalselskaber, der ledes efter den i selskabslovens § 111, stk.1, nr.1 omhandlede ledelsesstruktur, hvilket vil sige, de selskaber der har valgt en bestyrelse⁴⁴. Det fremgår af bestemmelsen, at ansvaret for at sikre en forsvarlig organisation af kapitalselskabets virksomhed pålægges bestyrelsen. Altså er det bestyrelsen der varetager tilrettelæggelsen af selskabet, eksempelvis ledelses- og ansættelsespolitikker samt finansiering⁴⁵.

Der er endvidere i selskabsloves § 115, stk. 1. oplyst nogle opgaver, som bestyrelsen skal varetage: 1) bestyrelsen skal påse, at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalselskabets forhold er tilfredsstillende 2) bestyrelsen skal sørge for, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller⁴⁶ 3) bestyrelsen har endvidere til opgave, at sørge for at den fornødne rapportering om kapitalselskabets finansielle forhold løbende modtages, idet ordentlig kontrol sker på baggrund af den løbende rapportering⁴⁷ 4) Bestyrelsen skal endvidere sikre, at direktionens arbejde udføres på behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer. Dette skyldes, at det er bestyrelsen, der ansætter og afskediger direktionen⁴⁸ 5) endeligt skal bestyrelsen sørge for, at der i kapitalselskabet er et forsvarligt kapitalberedskab.

Altså skal bestyrelsen sikre, at der er tilstrækkeligt med kapital i selskabet, såfremt der skulle ske fald i indtjeningen, endvidere har bestyrelsen pligt til at standse driften af selskabet, såfremt en eventuel videreførelse vil være uforsvarlig⁴⁹.

⁴⁴ Hedegaard Kristensen: Karnovs noter til selskabslovens § 115, note 445.

⁴⁵ Werlauff: Selskabsret (2010), side 394.

⁴⁶ Der kan være forskel på, hvilke krav der stilles til risikostyringen og de interne kontroller, men også selskabernes størrelse kan variere.

⁴⁷ Werlauff: Selskabsret (2010), side 395.

⁴⁸ Werlauff: Selskabsret (2010), side 395.

⁴⁹ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 319.

4.2. Kapitaltab:

Ledelsen har en reaktionspligt i forbindelse med kapitaltab, hvilket fremgår af selskabslovens § 119, 1 pkt., hvoraf det fremgår, at: *“Ledelsen i et kapitalsekskab skal sikre, at generalforsamling afholdes, senest 6 måneder efter at det konstateres, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital”*. Ifølge bestemmelsen gælder der ingen krav om at genoprette egenkapitalen, dog gælder reaktionspligten, hvad enten tabet konstateres i løbet af regnskabsåret eller i forbindelse med udarbejdningen af årsregnskabet⁵⁰.

Af bestemmelsens andet punktum fremgår, at generalforsamlingen senest skal afholdes seks måneder efter konstateringen af, at selskabets egenkapital er på under 62.500 kroner, hvilket gælder uanset størrelsen af den tegnede egenkapital.

Af selskabslovens § 119, 1.pkt. fremgår det, at: *”På generalforsamlingen skal det centrale ledelsesorgan redegøre for kapitalsekskabets økonomiske stilling og om fornødent stille forslag om foranstaltninger, der bør træffes, herunder om kapitalsekskabets opløsning”*. Såfremt selskabet opløses, eller driften fortsætter, træffes denne beslutning af generalforsamlingen. Såfremt der træffes beslutning om at fortsætte driften, gælder de almindelige erstatningsregler for ledelsen, dog vil kravene til ledelsens opmærksomhed formodentligt være skærpet. Det vil altså såfremt driften stoppes af bestyrelsen mens generalforsamlingen vil fortsætte driften, være nødvendigt for bestyrelsen at træde tilbage⁵¹.

4.3. Forretningsorden:

Selskabslovens § 130, stk. 1. beskriver hvad der bør indgå i en forretningsorden, idet bestemmelsen foreskriver, at: *”Hvis bestyrelsen eller tilsynsrådet i et kapitalsekskab består af flere medlemmer, skal der ved en forretningsorden træffes nærmere bestemmelser om udførelsen af bestyrelsens eller tilsynsrådets hverv”*. En forretningsorden er dermed en detaljeret beskrivelse, der opstiller et regelsæt for, hvordan arbejdet i selskabet skal udføres. Denne bestemmelse er en efterfølger til

⁵⁰ Werlauff: Selskabsret (2010), side 286.

⁵¹ Werlauff: Selskabsret (2010), side 287.

aftalelovens § 56, stk. 7. ,hvori der var et minimumkrav til, hvad en forretningsorden skulle indeholde. Disse minimumskrav er dog ikke overført til selskabsloven⁵². En forretningsorden udarbejdes, såfremt en bestyrelse består af flere medlemmer, og har til formål at kortlægge bestyrelsens kompetencer.

Af selskabslovens § 130, stk. 2. fremgår det endvidere, at: *"Ved udformningen af forretningsordenen skal der tages udgangspunkt i kapitalselskabets virksomhed og behov"*, hvilket betyder, at det enkelte selskabs konkrete ønsker og behov, bliver afgørende for indholdet af forretningsordnen⁵³.

Der er ikke i selskabslovens nogle egentlige krav til, hvad forretningsordnen skal indeholde, men der oplistes dog i selskabslovens § 130, stk. 2, 2. pkt. en række temaer, som bestyrelsen bør overveje ved udarbejdelsen af forretningsordnen, idet det fremgår: *"I den forbindelse bør bestyrelsen eller tilsynsrådet særligt overveje, om forretningsordenen skal indeholde bestemmelser om konstitution, arbejdsdeling, tilsyn med direktionens daglige ledelse, føring af bøger, protokoller m.v., skriftlige og elektroniske møder, tavshedspligt, suppleanter, regnskabskontrol, underskrivelse af revisionsprotokol og sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision"*.

Forretningsordnen blev til for at øge fleksibiliteten, samt fordi den kunne tilpasses den enkelte selskabs behov⁵⁴, med det formål at agere som et supplement til selskabsloven og vedtægterne fordi disse er bindende i modsætning til forretningsordenen⁵⁵.

4.4. Kapitalafgang.

Af selskabslovens § 179, stk. 2. fremgår det, at bestyrelsen er ansvarlig for forsvarligheden af uddelingen af hensyn til selskabets økonomiske stilling, idet der i bestemmelsen står, at: *"Selskabets centrale ledelsesorgan er ansvarligt for, at uddeling ikke overstiger, hvad der er forsvarligt under hensyntagen til selskabets, og i*

⁵² Krüger Andersen: Kapitalselskaber (2010), side 309.

⁵³ Buch og Rosenberg: Selskabsloven med kommentarer, side 456.

⁵⁴ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 328.

⁵⁵ Gomard, Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (2011), side 290.

moderselskaber koncernens, økonomiske stilling, og ikke sker til skade for selskabet eller dets kreditorer, jf. § 115, nr. 5, og § 116, nr. 5". Af selskabslovens § 115, stk. 5. fremgår det, at: "kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalelskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt". Det er dermed bestyrelsens opgave at påse, at der er et tilstrækkeligt kapitalbehov, hvilket skal ses i relation til førnævnte bestemmelse. Såfremt pligten tilsidesættes, vil det afhængigt af de øvrige omstændigheder, være muligt for bestyrelsen at ifalde erstatningsansvar⁵⁶.

Ifølge selskabslovens § 179, stk. 1 kan uddeling finde sted på fire måder: 1) som ordinært udbytte på grundlag af det seneste årsregnskab. 2) som ekstraordinært udbytte. 3) som udlodning i forbindelse med nedsættelse af selskabskapitalen. 4) som udlodning af likvidationsprovenu ved selskabets opløsning. I alle fire tilfælde er bestyrelsen ansvarlig for, at uddelingen ikke bliver uforsvarlig af hensyn til selskabets økonomiske stilling, men også at hverken selskabet eller dets kreditorer lider tab, jf. selskabslovens § 179, stk. 2, 1. pkt. Det fremgår dog ikke af bestemmelsen, hvorvidt der skal være dækning for de reserver, der er forbundet hermed i henhold til lov og indtægt.

Af SL § 180, stk. 1, 2 pkt. fremgår det, at: "Generalforsamlingen træffer beslutning om fordeling af det beløb, der er til rådighed efter årsregnskabet, ved udlodning af udbytte. Generalforsamlingen må ikke beslutte udlodning af højere udbytte end foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan". Idet bestyrelsen skal vurdere, i hvilken grad det er forsvarligt at uddele udbytte, da skal der af bestyrelsen ses på hensynene til henholdsvis den indtrufne begivenhed samt den forventede fremtidige udvikling⁵⁷.

Af selskabslovens § 182, stk. 1 fremgår, at beslutning om uddeling af "ekstraordinært udbytte" træffes af generalforsamlingen, og der gælder samme betingelse som ovenfor jf. selskabslovens § 182, stk. 1, 2 pkt.

⁵⁶ Krüger Andersen: Kapitalselskaber (2010), side 242.

⁵⁷ Werlauff: Selskabsret (2010), side 248.

Af selskabslovens §183, stk.1. fremgår det, at: *"I aktieselskaber skal en beslutning om udlodning af ekstraordinært udbytte altid vedlægges en balance. Det centrale ledelsesorgan vurderer, om det er forsvarligt at vedlægge balancen fra seneste årsrapport, eller om der skal udarbejdes en mellembalance, der viser, at der er tilstrækkelige midler til rådighed for uddelingen, jf. dog stk. 2"*. Dermed træffes beslutninger om udlodning af ekstraordinært udbytte på generalforsamlingen og i den forbindelse skal der vedlægges en balance. En mellembalance kan blive nødvendig at vedlægge, hvilket fremgår af selskabslovens § 183, stk. 2, idet det heraf fremgår, at: *"Uanset stk. 1 skal der i aktieselskaber, hvor beslutningen om udlodning af ekstraordinært udbytte træffes mere end 6 måneder efter balancedagen i selskabets seneste godkendte årsrapport, altid udarbejdes en mellembalance, der viser, at der er tilstrækkelige midler til rådighed for uddelingen"*. Dette sker oftest i de tilfælde, hvor beslutningen om ekstraordinært udbytte træffes mere end 6 måneder efter balancedagen i den senest godkendte årsrapport. Dog fremgår det af selskabslovens § 183, stk. 1 og 2, at beslutningen om uddeling af ekstraordinært udbytte skal ske inden for de første seks måneder efter balancedagen i den seneste årsrapport. Bestyrelsen skal i denne forbindelse vurdere om en mellembalance er nødvendig, eller om den seneste balance er tilstrækkelig. Såfremt en udlodning af udbytte ikke vil være forsvarlig, vil en manglende mellembalance muligvis kunne være tegn på, at der er tale om uforsvarlighed, hvorfor bestyrelsen vil ifalde erstatningsansvar⁵⁸.

Reglerne for kapitalnedsættelse følger af bestemmelserne i selskabslovens §§ 185 – 193. Kapitalnedsættelse af selskabskapitalen kan ifølge selskabslovens § 188, stk.1. ske på følgende tre måder: 1) til dækning af underskud, 2) hvis der ønskes udbetaling til kapitalejerne og 3) ved henlæggelse til en særlig reserve. Såfremt selskabskapitalen nedsættes, træffes denne beslutning af generalforsamlingen, men såfremt der i denne forbindelse skal ske udbetaling til kapitalejerne, gælder der nogle yderligere regler. Af selskabslovens § 189, stk.1 fremgår, at: *"Generalforsamlingen kan kun træffe beslutning om anvendelse af nedsættelsesbeløbet til udbetaling til kapitalejerne eller henlæggelse til en særlig reserve (...) hvis kapitalnedsættelsens centrale ledelse stiller eller godkender forslag herom"*. Med dette menes, at bestyrelsen som kapitalnedsættelsens

⁵⁸ Werlauff: Selskabsret (2010), side 254.

centrale ledelse skal fremsætte eller godkende forslag vedrørende udbetalinger og henlæggelser.

Af selskabslovens § 223, stk.1 fremgår det, at: *”Udlodning af likvidationsprovenu til kapitalejerne kan først foretages, når den frist, der er fastsat i den offentliggørelse, der er omhandlet i § 221, stk. 1, er udløbet og gælden til kendte kreditorer er betalt, jf. dog stk. 2”*. Dermed vil udlodning af likviditetsprovenu tidligst kunne ske tre måneder efter, at likvidationen er offentliggjort i erhvervsstyrelsens it- system, samt når gælden til kendte kreditorer er betalt jf. selskabslovens § 221, stk. 2., idet der heraf fremgår, at: *”Likvidator kan tidligst optage boet til slutning, når 3-måneders-fristen i stk. 1 er udløbet”*.

4.5. Loyalitetsforpligtelse.

Det antages, at der for bestyrelsesmedlemmerne gælder en loyalitetsforpligtelse i forhold til kapitalselskabet, idet bestyrelsesmedlemmerne er valgt ind i bestyrelsen med henblik på at varetage selskabets overordnede og strategiske ledelse på vegne af kapitalejerne⁵⁹. Bestyrelsen har derved en egentlig loyalitetsforpligtelse, idet bestyrelsen skal varetage selskabets interesser, både majoritetens og minoritetens interesser, samt varetage medkontrahenternes interesse⁶⁰.

Såfremt bestyrelsesmedlemmets: *”(...) personlige interesse kolliderer med selskabsinteressen, skal sidstnævnte have forrang”*⁶¹. Derfor må ledelsen ikke udnytte deres position i selskabet: *”(...) til at varetage interesser, der er selskabet fremmed”*⁶². Endvidere antages det, at bestyrelsen skal drive selskabet lovligt og forsvarligt⁶³. Med baggrund heri er bestyrelsen derfor underlagt en form for loyalitetsforpligtelse, idet der stilles visse krav til bestyrelsesmedlemmerne i forbindelse med deres arbejde.

⁵⁹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 566, samt Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 506.

⁶⁰ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 566.

⁶¹ Werlauff: Selskabsmasken, side 24.

⁶² Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2013), side 337.

⁶³ Krüger Andersen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 566, samt Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2010), side 506.

Sammenfattende er bestyrelsen dermed bundet af en række opgaver og pligter, som dog ikke udtømmende reguleres i selskabsloven. Hvorvidt disse opgaver og pligter er opretholdt af bestyrelsesmedlemmet afgøres ud fra en konkret vurdering. Såfremt bestyrelsesmedlemmet tilsidesætter én eller flere af disse for dem opstillede opgaver og pligter, da er det et spørgsmål om, hvorvidt dette er nok til at gøre bestyrelsesmedlemmet erstatningsansvarlig, såfremt de øvrige betingelser herfor er opfyldte.

5. Det forretningsmæssige skøn.

Det forretningsmæssige skøn kan betegnes som et skøn af, hvad der bedst vil tjene selskabet, altså hvorvidt driften af selskabets bør indstilles, eller fortsættes alt efter sandsynligheden for selskabets overlevelse.

Som tidligere nævnt, er det bestyrelsens opgave at lede kapitalselskabet på et overordnet og strategisk plan, jf. selskabslovens § 115. Bestyrelsens beslutninger kan dog hurtigt blive uforsvarlige, såfremt de fejlskønner, hvad der vil være mest gunstigt for selskabet, og derfor er der opsat en margin for bestyrelsens fejlskøn ved ansvarsbedømmelsen.

Inspirationen til denne margin findes i det fra amerikanske ret gældende princip ”*The buisness judgement rule*”. Dette princip indebærer en begrænset domstolsprøvelse af det forretningsmæssige skøn⁶⁴, hvilket skyldes, at forretningsfolk antages at være bedre egnede til at træffe forretningsmæssige beslutninger end domstolene. Ifølge Sofsrud bygger ”*The buisness judgment rule*” på: ” *en afgørende sondring mellem handlinger og undladelser* ”⁶⁵. For ikke at ifalde ansvar er det en forudsætning, at dette skøn udøves under iagttagelse af the duty of care og the duty of loyalty⁶⁶.

Selve marginen for fejlskøn fra bestyrelsesmedlemmernes side er bred⁶⁷, dog er der ved den ansvarsfrie margin en begrænsning, idet selskabets interesse skal varetages, hvorfor det kan siges, at størrelsen heraf afhænger af, hvorvidt selskabets interesse er varetaget i forbindelse med skønnet⁶⁸. Såfremt selskabets interesse varetages af bestyrelsesmedlemmerne, må marginen siges at være bred, hvad fejlskøn angår. Dog er marginen lille, såfremt bestyrelsesmedlemmerne er med til at begunstige enkelte kapitalejere på bekostning af de øvrige kapitalejere⁶⁹.

⁶⁴ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 134.

⁶⁵ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 136.

⁶⁶ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 135.

⁶⁷ Schans Christensen: Kapitalselskaber (2009), side 696.

⁶⁸ Werlauff, Selskabsret (2010), side 546- 547.

⁶⁹ Werlauff, Selskabsret (2010) side 546- 547.

Bestyrelsesmedlemmer der foretager et forretningsmæssigt skøn i god tro og på et rationelt og oplyst grundlag kan ikke drages til ansvar for sine handlinger og undladelser, ej heller hvis der lides tab grundet fejlskøn. Altså pålægges der ikke nødvendigvis ansvar, blot fordi der sker et ugunstigt fejlskøn. Grunden hertil er, at der i disse tilfælde ikke som sådan er foretaget et forretningsmæssigt skøn, der vil kunne begrunde en begrænset domstolsprøvelse. Ifølge Sofsrud er det ikke afgørende, hvorvidt der handles eller undlades at handle eller om det sker bevidst eller ubevidst, bare der sker et egentligt skøn⁷⁰.

Princippet er af flere forfattere anerkendt, idet de skriver om deres synspunkter på det forretningsmæssige skøn og principperne i heri. Samuelsson og Søgaard mener at tab der forvoldes ved: *”(...) forretningsmæssige dispositioner, som udgangspunkt ikke [vil] medføre erstatningspligt, hvis det kan lægges til grund, at der ved dispositionen er handlet ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn”*⁷¹. Men også andre forfattere har meldt sig ind i debatten, Werlauff mener, at: *”(...) såfremt man er sig bevidst, at det ikke er bestemte aktionærers interesser, man skal varetage, men derimod selskabets interesser, (...), må der siges at være en ganske bred margin for fejlskøn. (...) Dette gælder også den måde, hvorpå (...) et bestyrelsesmedlem eller en direktør gennemfører en bestyrelsesbeslutning”*⁷². Han skriver endvidere, at det har betydning ved bedømmelsen af en, af ledelsen konkret handling, om: *”(...) den foretoges til loyal varetagelse af selskabsinteressen, eller om uvedkommende [personlige] interesser spillede ind. I førstnævnte tilfælde er marginen for fejltagelser videre.”*⁷³.

Gomard og Schaumburg- Müller melder sig endvidere ind i debatten, idet de mener, at: *”(...) en afgørelse, som bestyrelsen (...) har truffet, der bygger på et skøn, den har udøvet i god tro – loyalt, med god vilje – på et tilsyneladende forsvarligt beslutningsgrundlag, medfører ikke ansvar, selv om beslutningen må betegnes som et fejlskøn, en error in judgement, og får skadelige følger”*⁷⁴. Friis- Hansen og Krenchelmener ikke, at en ledelse der er i god tro mener, at: *”(...) har foretaget en*

⁷⁰ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 136.

⁷¹ Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret (1997), side 65.

⁷² Werlauff: Selskabsret (2010), side 594.

⁷³ Werlauff: Selskabsret (2010), side 577f.

⁷⁴ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 573f.

forretningsmæssig forsvarlig disposition, ville ikke ifalde ansvar, såfremt dispositionen efterfølgende viser sig tabsgivende”⁷⁵.

Sofsrud mener, at princippet medfører, at: ”(...) vi ved *bedømmelse af beslutninger, der er karakteriseret ved en særlig høj (men ikke nærmere bestemt) beslutningsusikkerhed, skal udvise tilbageholdenhed (i ikke nærmere bestemt grad) med at anse beslutningen for uforsvarlig og dermed ansvarspådragende*”⁷⁶. Sofsruds overbevisning er dermed, at dette princip er et udtryk for et retspolitisk krav til domstolene om at vise tilbageholdenhed ved domstolsprøvelsen⁷⁷. Hvortil Krüger Andersen ikke er af den overbevisning, at det hører under domstolenes kompetence, at: ”(...) *overskønne ledelsens vurderinger ud fra bakspejlsbetragtninger*”⁷⁸. Med disse bakspejlsbetragtninger mener Krüger Andersen, at man fra domstolens side ikke skal se tilbage i tiden, når de vurderinger som ledelsen har foretaget, i forbindelse med dennes forretningsmæssige skøn skal vurderes.

Sammenfattende kan det konkluderes, at den danske litteratur repræsenteret ved flere forfattere synes at tilslutte sig princippet om det forretningsmæssige skøn. Med baggrund i dette er spørgsmålet, hvorvidt domstolene har taget omtalte princip til sig og derved indrømmet denne margin, eller om princippet ikke anerkendes af domstolene⁷⁹, hvilket vil blive belyst i afsnit 6.

⁷⁵ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 554.

⁷⁶ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 154.

⁷⁷ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 154.

⁷⁸ Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (2013), side 511.

⁷⁹ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (2011), side 573.

6. Analyse af håbløshedstidspunktet forud for U2015.2075H.

Bestyrelsens ansvar for den fortsatte drift efter håbløshedstidspunktet er igennem årene, af domstolene, blevet behandlet i flere domme. Dette afsnit har til formål, at behandle disse domme med henblik på at finde frem til, hvad der ligger til grund for domstolenes afgørelser. Indtil videre er det fastlagt, at såfremt driften ikke indstilles i forbindelse med håbløshedstidspunktets indtræden, da vil det betyde at bestyrelsen i den forbindelse har handlet ansvarspådragende. Når domstolene vurderer, hvorvidt der er handlet ansvarspådragende, fastslår håbløshedstidspunktet. I den forbindelse foretager domstolene en hensynsafvejning, hvor bestyrelsens ret til at fortage forretningsmæssige skøn sammenholdes med hensynet til kreditorerne.

I nedenstående følger en behandling af ni domme, hvor dommene opdeles efter, hvorvidt domstolene statuerer ansvar eller frifindelse.

6.1. Domme hvor der sker frifindelse:

6.1.1. U1956.990S: Dansk Panama Industri A/S.

Væveriet Dansk Panama Industri A/S blev grundlagt i 1943. Selskabet havde frem til 1951 et betydeligt underskud, hvorfor aktiekapitalen blev udvidet. Ifølge regnskabet for 1952 var selskabet igen i underskud. Bestyrelsen burde have standset driften i 1952, da selskabets regnskab viste underskud, hvorfor Bestyrelsen burde have været klar over, at selskabets forpligtelser ikke kunne opfyldes, dette i hvert fald hvis der havde været den nødvendige revision og kontrol.

Sø- og Handelsretten anførte, at der fra bestyrelsens og direktørens side var udvist forsømmelse, idet der ikke havde været udført behørig revision og kontrol med selskabets aktiviteter. Dog fandtes det ikke, at være nok til at kunne statuere ansvar, grundet at der efterfølgende var overskud i selskabets regnskab. Sø- og Handelsretten frifandt selskabets bestyrelse samt direktør for ansvar, idet man lagde til grund, at selskabet ikke var det eneste der var hårdt ramt. Endvidere blev der lagt til grund, at selskabets stadig havde en betydelig egenkapital, hvorfor Sø- og Handelsretten fandt, at det var forretningsmæssigt begrundet, at selskabet forsøgte at klare sig igennem.

Dommen omhandler spørgsmålet om, hvorvidt bestyrelsen kunne ifalde ansvar, idet de havde valgt at fortsætte driften i seks måneder. Dette valg gjorde, at kreditorerne led et tab, hvorfor der kunne argumenteres for, at bestyrelsen var erstatningsansvarlig for kreditorernes tab. Dansk Panama blev af kreditorerne sagsøgt med påstand om, at bestyrelsen burde have været klar over, at den fortsatte drift ville være tabsgivende. Ifølge Sø- og Handelsretten havde bestyrelsen udvist forsømmelse, dog fandt de ikke, at der var belæg for at pålægge bestyrelsen personlig hæftelse. Det blev af Sø- og Handelsretten lagt til grund, at regnskabet for 1952 havde vist sig at være behæftet med fejl, dog havde et korrigeret regnskab ikke vist sig at være betydeligt fravigende. Det blev også lagt til grund, at hele branchen var berørt af en generel krise, hvorfor selskabets faldende omsætning og tab af likviditet kunne forklares.

Sø- og Handelsretten fandt at bestyrelsen ikke kunne pålægges ansvar, idet bestyrelsen havde afholdt en del bestyrelsesmøder, hvor selskabets skrantende økonomi havde været på dagsordenen, samt iværksat en række tiltag i et forsøg på at redde selskabet. I 1953 viste kvartalsregnskabet for første kvartal, at økonomien var i bedring i forhold til det tilsvarende regnskab for 1952⁸⁰. Sø- og Handelsretten fandt det derfor rimeligt at selskabets økonomiske situation formentlig kunne vendes.

Ifølge Samuelsson og Søgaard er Sø- og Handelsrettens udtalelse en indrømmelse af en vis skønsmargin på bekostning af kreditorerne, idet det kan siges at skønnet er udført på et oplyst og overvejet grundlag.

Af dommens præmisser fremgår det, at for at kunne statuere ansvar overfor bestyrelsesmedlemmer kræves der: *”(...) et særligt grundlag i retning af letsindige forretningsdispositioner o.l. for at gå ud over aktieselskabshæftelsen og pålægge de sagsøgte et personligt ansvar”*. Sø- og Handelsretten fandt dog ikke, at bestyrelsens dispositioner bestyrelsen havde været af letsindig karakter, idet denne fandt det rimeligt, at en fortsat drift af selskabet var mulig.

Ud fra domstolens afgørelse kan det udledes, at, såfremt bestyrelsen på baggrund af oplysninger om selskabets økonomi iværksætter tiltag, med det formål, at genoprette økonomien i selskabet kan bestyrelsen ikke anses som erstatningsansvarlig.

⁸⁰ Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret (1997), side 98, samt Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 390.

6.1.2. U1977.274H: Havemann Lyngby A/S.

Havemann Lyngby A/S bestilte den 16. og 18. oktober 1974 varer fra sagsøger med levering den 18. februar 1975 først på eftermiddagen. Selskabet havde i nogen tid været i økonomiske vanskeligheder, og i forbindelse med revideringen af selskabets regnskab for året 1973/1974 viste det sig, at selskabet havde et underskud på 8,2 millioner kroner. Bestyrelsen søgte i den forbindelse hjælp hos to advokater, der anbefalede, at bestyrelsen indkaldte til bestyrelsesmøde og generalforsamling med henblik på at træde i likvidation. Den 18. februar blev der afholdt yderligere møder blandt andet med banker med henblik på at undgå at gå i likvidation. Leverandøren som også var sagsøger, lagde sag an mod Havemann med påstand om erstatning for det af Havemann bestilte vareparti. Grunden hertil var, at selskabet burde have vidst allerede den 17. februar, at selskabet ville træde i likvidation. Endvidere burde bestyrelsen have underrettet stormagasinet om, at de ikke måtte modtage varer på kredit, grundet de store økonomiske vanskeligheder selskabet befandt sig i. Retten lagde dog til grund, at der havde været gennemført et møde den 18. februar med henblik på at redde selskabet, hvorfor retten ikke fandt, at bestyrelsen kunne gøres ansvarlige for, at der ikke blev gjort opmærksom på, at stormagasinet ikke måtte modtage varer på kredit. Højesteret fandt, at muligheden for at redde selskabet den 17. februar havde været dårlig, dog blev der lagt til grund, at der var holdt bestyrelsesmøde den 18. februar, idet likvidation ikke var en realitet den 17. februar.

Havemann- dommen er et eksempel på, hvorvidt ansvar kan pålægges, såfremt bestyrelsen indtil håbløshedstidspunktet forsøger, at vende den for selskabet økonomiske nedtur.

Men skulle driften have været stoppet den 17. februar?

Højesteret lagde til grund, at bestyrelsesmedlemmerne ikke ifaldt ansvar, til trods for at der ikke var stor sandsynlighed for, at selskabet ville kunne videreføres.

Det blev endvidere lagt til grund, at bestyrelsen og pengeinstitutterne havde holdt flere møder, med henblik på at forsøge at redde selskabet, hvorfor Højesteret ikke fandt, at driften burde have været indstillet den 17. februar 1975. Møderne var afholdt i forbindelse med modtagelsen af det reviderede regnskab, hvorfor Højesteret lagde til

grund, at bestyrelsen havde handlet hurtigt også med hensyn til indkaldelsen til generalforsamlingen.

Denne afgørelse er et udtryk for, at et forsøg på at redde et selskab, der anses for rimeligt og forsvarligt ikke medfører ansvar, ej heller såfremt forsøget mislykkes og derved medfører tab for kreditor. Hensynet til selskabets mulige redning selskabet sættes derved over hensynet til kreditor⁸¹. Af artiklen *"30 år efter Havemann- nogle betragtninger om, hvorvidt ledelsesansvar bedømmes efter en ren culpanorm efter dansk ret"*, her skrives der om Havemann- dommen, således: *"Sat på spidsen kan man tillade sig at udlede af dommen, at Havemanns ledelse og rådgivere valgte at udsætte enkelte leverandører for en risiko ud fra betragtningen om, at gik det godt, ville det være til fordel for både selskabet og en lang række kreditorer - og hvis det gik galt, ville det kun gå ud over enkelte med begrænsede tab"*⁸².

Det kan hermed af dommen udledes, at såfremt bestyrelsen forsøger at komme frem til en løsning, hvorved selskabet vil kunne reddes, da gives der dermed vidde rammer herfor⁸³.

⁸¹ Sofsrud, Bestyrelsens beslutninger og ansvar (1999), side 297.

⁸² Borch og Vistisen: 30 år efter Havemann- nogle betragtninger om, hvorvidt ledelsesansvaret bedømmet efter en ren culpanorm efter dansk ret, side 1.

⁸³ Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret (1997), side 579, fodnote 441, samt Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (2011), side 576.

6.1.3. U2003.317H: Krepcø Holding A/S.

Aktieselskabet Krepcø Holding A/S blev i juni 1979 stiftet af Klaus Riskær Pedersen, som også sad som medlem af bestyrelsen. I 1986 erhvervede Klaus Riskær Pedersen en bestemmende aktiepost i Accumulator Invest A/S, hvori Klaus Riskær Pedersen endvidere erhvervede sige en bestyrelsespost. Krepcø Holdings likviditetsproblemer startede, da et af selskabets pengeinstitutter valgte at opsige sit lånearrangement, hvorfor Klaus Riskær Pedersen i starten af december 1991 anmodede sagsøger om et lån på 17 millioner kroner. Grundet tidligere samarbejde de to i mellem valgte sagsøger at yde lånet mod sikkerhed som aktiepant i Accumulator Invest. Dette pant blev givet og bestyrelsen, herunder Klaus Riskær Pedersen, afgav den 22. november 1991 en erklæring over at selskabet Accumulator Invest A/S ville overtage de pantsatte aktier igen, hvis dette skulle ønskes. Det fra sagsøger afgivende lån blev brugt til at indfri det opsagte låneengagement med penge instituttet. Da selskabet tidligere havde haft likviditetsproblemer, trådte de to selskaber i betalingsstandsning i januar 1992, hvorefter de gik konkurs. Der blev af sagsøger anlagt påstand om, at Klaus Riskær Pedersen skulle forpligtes til at betale erstatning på 17 millioner kroner svarende til lånebeløbet. Landsretten fandt imidlertid, at sagsøger havde modtaget det fornødne materiale angående selskabets økonomi, hvorfor landsretten frifandt bestyrelsesmedlemmet. Klaus Riskær Pedersen blev i Højesteret frikendt, idet retten ikke fandt, at Klaus Riskær Pedersen på bestyrelsesmødet den 2. december 1991 burde have vidst, at den fortsatte drift ville yde sagsøgeren tab.

Dommen omhandler, hvorvidt bestyrelsesmedlemmet havde handlet ansvarspådragende. Det blev af sagsøger lagt til grund, at de to selskaber havde undladt at informere sagsøger om, at de havde ydet lån på det tidspunkt, hvor selskaberne var i en: *"uoverskuelig og katastrofal likviditetsmæssig situation, der gjorde det usandsynligt, at selskaberne kunne overleve"*. Hertil lagde landsretten til grund at, alle koncernens långivere, heriblandt sagsøger modtog informationer om koncernen. Der blev endvidere af landsretten lagt vægt på, at Klaus Riskær Pedersen og sagsøger tidligere havde samarbejdet.

Klaus Riskjær Pedersen blev frifundet, idet landsretten fandt, at han: *"(...) [havde] været berettiget til at gå ud fra (...), at [sagsøger] fik sine betingelser for at yde lånet opfyldt"*.

Efterfølgende blev sagen ført i Højesteret, hvor Klaus Riskjær Pedersen blev frifundet grundet manglende bevis for, at han da han optog lånet burde have vidst, at selskaberne befandt sig i en så: *"(...) vanskelig økonomisk situation, at der ikke var realistisk mulighed for at fortsætte selskabernes drift"*⁸⁴. Det blev desuden bemærket, at Klaus Riskjær Pedersen ikke havde medvirket i forhandlingerne omkring lånet.

Altså påhviler kreditrisikoen kreditgiveren og denne må derfor selv overveje, hvorvidt denne risiko vil være rentabel for kreditoren. Derved kan bestyrelsesmedlemmet ikke drages til ansvar, så længe selskabets fortsatte overlevelse er realistisk.

6.1.4. U2006.2637H: AOF- dommen.

AOF i Århus var en forening med det formål, at udbrede viden og forståelse for samfundsmæssige værdier og kulturel karakter gennem oplysnings- og uddannelsesvirksomhed.

AOF's regnskab viste i 1996, at foreningens indtægter udgjorde 38 millioner kroner, dog var der samtidigt et underskud på 1,9 million kroner. Dette underskud blev imidlertid dækket af egenkapitalen, der efterfølgende udgjorde 2,4 millioner kroner. Den 14. april 1997 kom revisoren med en række tiltag, der ville være relevant for AOF at følge, dog havde AOF allerede implementeret en del af disse. I årsregnskabet for 1997 tog revisor forbehold for at fortsætte driften, idet en fortsat drift ville kræve en markant ændring i indtjeningen samt øgning i likviditeten.

Økonomien i foreningen var i de efterfølgende år stadig dårlig, og i 1998 viste egenkapitalen sig at være negativ på cirka 3,8 millioner kroner. Revisoren tog samme forbehold for den fortsatte drift som året forinden. Til trods for de dårlige årsregnskaber var der ind imellem gode perioderesultater. AOF samarbejdede gennem forløbet med AOF Danmark, der støttede op omkring AOF og kautionerede for dem. Driften blev således stoppet, da AOF Danmark ikke længere tilkendegav sin støtte. Bestyrelsen holdt gennem alle årene mange bestyrelsesmøder og tog en række initiativer for at få

⁸⁴ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2, side 683.

rettet op på situationen. I juni 2000 indgav bestyrelsen konkursbegæring, hvorefter konkursboet anlagde sag mod otte bestyrelsesmedlemmer for, at have forsat driften efter håbløshedstidspunktet.

Både Landsretten og Højesteret fandt derfor, at bestyrelsen ikke havde handlet ansvarspådragende, hvorfor bestyrelsen blev frifundet.

Dommen omhandler, hvorvidt bestyrelsen kunne blive erstatningsansvarlige for den fortsatte drift af det tabsgivende AOF i Århus. AOF Århus' økonomi blev ved landsrettens afgørelse sammenholdt med den viden: *"som bestyrelsesmedlemmerne havde, eller som de ved en forsvarlig tilrettelæggelse af administrationen burde have haft, og om de skridt, som de på den baggrund tog"*.

Til dette spørgsmål blev det af landsretten bemærket, at i forbindelse med årsregnskabet for 1996 var bestyrelsen blevet advaret om selskabets negative økonomiske situation, hvilket gjorde, at bestyrelsen derfor: *"(...) gjorde en betydelig indsats for at få overblik over og kontrol med situationen"*.

I et forsøg på at redde selskabet blev der iværksat en række initiativer, der havde til formål at vende selskabets økonomi. Der blev eksempelvis i perioden 1997/1998 afholdt intet mindre end 28 bestyrelsesmøder med henblik på at sikre selskabets fremtid. Der blev rekrutteret kyndigt personel som eksempelvis økonomichefer og konsulenter. Landsretten fandt på baggrund af ovenstående ikke, at der var handlet ansvarspådragende fra bestyrelsens side, hvilket Højesteret tiltrådte, idet det blev bemærket, at: *"(...) ansvaret for bestyrelsesmedlemmer i en organisation af en størrelse og med en aktivitet og omsætning som AOF i Århus som udgangspunkt må bedømmes på samme måde som ansvaret for bestyrelsesmedlemmer i erhvervsdrivende virksomheder"*.

Altså blev det tillagt betydning, at bestyrelsen ved at fokusere på selskabets økonomi, afholdt møder, udarbejdede handlingsplaner, nedsatte arbejdsgrupper, rationaliserede og omorganiserede driften af virksomheden. Alle disse tiltag gjorde, at bestyrelsen ikke blev erstatningsansvarlig.

6.2. Domme hvor der statueres ansvar.

6.2.1. U1998.1137H: Fodbold- dommen.

Fodboldklubben OKStimist blev stiftet den 14. februar 1987 og havde til formål, at drive en professionel fodboldafdeling. I 1987 havde selskabet et underskud på 33.000 kroner, og i 1988 et underskud på 350.000 kroner, hvorfor aktiekapitalen var tabt⁸⁵. I årsregnskabs revisorpåtegning for 1987 tog revisoren forbehold for forsat drift, idet det måtte anses som en betingelse, at indtægterne skulle forbedres eller der skulle tilføres kapital. Af revisorpåtegningen i 1988 fremgik, at det ville være væsentligt for den fortsatte drift, at sponsoraftalen blev indgået, idet denne ville yde klubben stor økonomisk støtte. Sponsoraftale blev dog ikke indgået, hvorfor indtægterne kun kom af engangsindtægter fra forskellige andre sponsorer. Den 5. januar 1990 gik klubben konkurs. Konkursboet anlagde påstand om, at fem af selskabets bestyrelsesmedlemmer havde handlet ansvarspådragende, idet de undlod at indstille driften efter håbløshedstidspunktet.

Af landsrettens afgørelse fremgår det, at der var handlet ansvarspådragende. Dog mente man ikke at kunne fastslå tabets størrelse og bestyrelsen blev derfor frifundet. Hertil mente Højesteret, at driften burde have været indstillet allerede den 4. april 1989, idet bestyrelsen der havde gennemgået regnskabet for indeværende år.

Dommen omhandler, hvorvidt bestyrelsen har handlet ansvarspådragende, idet de havde ladet selskabet fortsætte driften, selvom de burde have indset, at dette ville føre til tab.

Sagen blev anlagt for landsretten, der fandt, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet den 6. marts 1989 burde have vidst, at den økonomiske situation i selskabet var alvorlig. De lagde til grund, at der på bestyrelsesmødet blev fremlagt årsregnskab for 1988, der viste en alvorlig økonomisk udvikling i selskabets likviditet. Endvidere lagde retten til grund, at bestyrelsen burde have set, at en kapitaltilførsel til selskabet var nødvendig, såfremt den fortsatte drift skulle opretholdes. Dette skyldtes, at egenkapitalen var gået tabt og selve indtægtsgrundlaget var usikkert, samt at de faste udgifter var stigende. Grundet denne udvikling i selskabets økonomi havde det optimale tidspunkt for

⁸⁵ Kravet til aktiekapitalen blev i 1991 ændret, fra de daværende 300.000 kroner, til sidenhen at være 500.000 kroner jf. LBKG nr. 659 af 25. maj 1991.

fastsættelse af håbløshedstidspunktet været den 6. marts 1989, dog blev dette først fastsat til den 4. april 1989. Ud fra dette kan det tolkes, at selvom økonomien er dårlig og fremtiden usikker, bør driften ikke altid stoppes. Hvis blot der er en lille chance for, at redde virksomheden, kan driften af selskabet fortsætte. Det blev af landsretten fastslået, at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende ved at fortsætte driften efter bestyrelsesmødet d. 4. april 1989, da ledelsen udskød drøftelserne omkring økonomien, da driften var baseret på et så spinkelt grundlag, at budgettet ikke på nogen måde ville kunne overholdes.

Det blev i denne sag af landsretten lagt til grund, at selskabets betydelige forpligtelser var blevet fastholdt af ledelsen. Endvidere lagde landsretten til grund, at der var udarbejdet realistisk budget, samt at ledelsen aktivt havde valgt at udskyde økonomidrøftelserne. Højesteret fandt, at det burde have været muligt for bestyrelsen at se indse, at en fortsat drift var umulig, uden at det ville medføre yderligere tab. Der kan altså statueres ansvar fra det tidspunkt, hvor bestyrelsen burde have indset, at håbløshedstidspunktet var indtruffet⁸⁶.

Altså kan det ud fra denne dom udledes, at hensynet til at foretage forretningsmæssige skøn vægtes tungere end hensynet til kreditorerne, såfremt der endnu er mulighed for at vende selskabets negative økonomiske udvikling. Endvidere kan det udlede, at såfremt indtægtsgrundlaget er ustabilt, de faste udgifter stigende, samt revisors forbehold for fortsættelse af driften i revisorpåtegningen, da er det hensynet til kreditorerne der vægtes højest.

6.2.2. U2006.243H: Mindship.

Fonden Mindship blev stiftet i 1995 og havde til formål, at udbyde kulturaktiviteter af forskellig art. Året efter åbnede Mindship en restaurant. På et bestyrelsesmøde den 23. september samme år, blev bestyrelsens gjort opmærksom på, at egenkapitalen var tabt og at driften ikke længere var likvid. De blev endvidere gjort opmærksomme på, at etableringen af restauranten var blevet betydeligt mere bekosteligt end først antaget. I november blev fonden erklæret konkurs, hvorfor konkursboet anlagde sag an mod fondens direktør samt fire bestyrelsesmedlemmer. Højesteret lagde til grund, at fonden

⁸⁶ Stubkjær Andersen: Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (2011), side 100.

have iværksat etableringen af restaurationen i strid med bestyrelsens anvisninger, hvorved fonden var blevet pålagt betydelige forpligtelser foruden det budgetterede. Desuden havde bestyrelsen undladt at handle på en sådan måde, at driften ville kunne sikres. Højesteret fandt, at bestyrelsen burde have været klar over, at den fortsatte drift ikke var økonomisk forsvarlig allerede på mødet den 23. september. De lagde til grund, at bestyrelsen burde have vidst, at den til restauranten yderligere stiftede gæld ville få følger, idet den eksisterende gæld ikke i samme omfang blev nedbragt, ligesom varekøb for fremtiden måtte ske mod kontant betaling. Bestyrelsen blev af Højesteret fundet at være ansvarlige for den fortsatte drift efter håbløshedstidspunktet.

Dommen omhandler, hvorvidt en advokat som samtidig er bestyrelsesmedlem kan gøres erstatningsansvarlig for en fonds fortsatte drift efter håbløshedstidspunktet. Altså, om bestyrelsen kan pålægges ansvar, fordi de har været vidende om, at kapitalen var gået tabt, samt om den uforsvarlige måde aktiviteterne i fonden er sket på.

Bestyrelsesmedlemmet blev kendt ansvarlig for gælden, der var optaget af fonden i perioden fra bestyrelsesmødet og til konkursen. Endvidere blev medlemmet kendt erstatningsansvarlig for den gæld som var blevet nedbragt af fonden i samme periode. Af Højesterets præmisser fremgår, at driften af restauranten var tilrettelagt og derved foregik på en sådan måde, at økonomi- og kassefunktionen led herunder. Det blev endvidere gjort gældende, at bestyrelsen ikke havde fortaget de fornødne tiltag til at sikre den fortsatte drift af fonden på en forsvarlig måde.

Dommen skal læses sådan, at bestyrelsen er forpligtet til at få vendt selskabets negative økonomiske situation, idet de vil kunne pålægges ansvar såfremt de blot forholder dem passivt. Ifølge Stubkjær Andersen vil bestyrelsen i den forbindelse blive ansvarlige for det tab kreditor lider i perioden efter håbløshedstidspunktets indtræden⁸⁷.

⁸⁷ Stubkjær Andersen, Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (2011), side 103f.

6.2.3. U2007.497H: Rejseselskabet Calypso.

Den 19. Januar 1996 blev Calypso, som var et rejseselskab der udbød pakkerejser, etableret. Egenkapitalen udgjorde en million. Den 17. oktober samme år blev selskabet erklæret konkurs, idet det havde opnået en gæld på omkring 38 millioner kroner. Der blev af konkursboet efterfølgende anlagt sag mod selskabets direktør og fire bestyrelsesmedlemmer. Landsretten fandt imidlertid ikke, at der var belæg for at pålægge disse ansvar, idet der ikke var påvist et tab. De anførte, at det afgørende var, hvorvidt kapitalberedskabet havde været tilstrækkeligt, samt hvorvidt bestyrelsen havde sikret en effektiv styring af økonomien. Landsretten anførte endvidere i deres begrundelse, at bestyrelsen havde undladt at foretage de nødvendige forholdsregler til at sikre at styringen af selskabets økonomi var. Højesteret fandt, at rejseselskabet var blevet drevet uforsvarligt, idet flere af rejserne var solgt til en så lav pris, at den end ikke dækkede selskabets reelle omkostninger. Desuden blev det af Højesteret bemærket, at selskabet havde modtaget forudbetaling for rejserne, selvom omkostningerne først kom i sommerperioden. Dette gjorde, at det var nødvendigt med en løbende effektiv kontrol af økonomien i selskabet, hvilket skulle have været gjort ved udarbejdelse af periode- regnskaber, budgetopfølgninger eller lignende materiale. Disse tiltag blev dog ikke taget. Højesteret fandt i denne afgørelse, at der var grundlag for at statuere solidarisk ansvar, idet bestyrelsen burde have været klar over, at den fortsatte drift af selskabet ville kræve, at der blev tilført yderligere kapital.

Dommen omhandler, hvorvidt den forsvarlige drift kunne gøre, at bestyrelsen ville ifalde solidarisk ansvar. Det blev i den forbindelse af landsretten anført, at spørgsmålet om, hvorvidt kapitalberedskabet fra etableringen af selskabet samt under driften har været tilstrækkelig, ville have betydning for ansvarsvurderingen af bestyrelsen. Endvidere blev det anført, at bestyrelsens effektive kontrol med likviditeten ville være afgørende for, hvorvidt der ville kunne pålægges ansvar.

Sagen blev anket til Højesteret der anførte, at der var sket en uforsvarlig tilrettelæggelse af driften til trods for, at dette var af særlig betydning, i forhold til den forretningsmodel selskabet var drevet efter. Denne forretningsmodel var, at selskabet i foråret modtog forudbetalinger for sommerferierejser. I forbindelse med kundens afrejse til feriemålet, faldt betalingerne til flyselskaber, hoteller mv.

Højesteret anførte endvidere, at der ikke i perioden hvor selskabet var i drift, blev afholdt egentlige bestyrelsesmøder, samt at bestyrelsen ikke havde ført tilsyn med selskabet. Af den grund mente Højesteret, at bestyrelsen burde have været klar over selskabets økonomiske situation og derfor burde bestyrelsen have indstillet driften senest i sommeren 1996, såfremt driften ikke blev omlagt.

Altså kan der allerede statueres ansvar kort tid efter etableringen af et selskab, såfremt driften allerede på starttidspunktet var uforsvarligt. Ifølge Stubkjær Andersen kan denne afgørelse ses som et "vink med en vognstang" til bestyrelsen om, at man som bestyrelsesmedlem har pligt til at reagere på åbenlyst uforsvarlige dispositioner⁸⁸.

⁸⁸ Stubkjær Andersen: Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (2011), side 105.

6.2.4. U2015.257V: G. Kartoffler.

G. Kartoffler A.m.b.a. var et andelsselskab, der havde til formål, at videreformidle salg af kartoffelavlernes kartofler. Årsregnskabet for perioden 2008/2009 viste et væsentligt fald i indtjeningen, hvorfor bestyrelsen holdt møder, hvor man overvejede at fusionere eller at blive opkøbt. Endvidere blev der afholdt møder med selskabets pengeinstitut. Idet G. kartoflers pengeinstitut på et møde den 3. maj 2010 meddelte selskabet, at de ikke ønskede at yde yderligere kredit, kunne selskabets fakturaer ikke betales. Den 12. maj 2010 gik selskabet i betalingsstandsning og den 27. maj blev selskabet erklæret konkurs. Sagsøgeren var en leverandør, der i starten af 2010 leverede kartofler til G. Kartoffler på kredit. Bestyrelsen og direktionen blev sagsøgt med påstand om, at ledelsen i midten af januar burde have været klar over, at der ikke var tilstrækkeligt med kapital i selskabet til at indfri købene på kredit. Endvidere blev der anlagt påstand om, at selskabets ledelse burde have standset driften tidligere end den gjorde. Sagen blev anlagt for byretten, der fandt, at direktionen og bestyrelsen ikke burde have indset, at selskabet ville gå konkurs før den 3. maj. Grundet dette blev de ikke idømt erstatningsansvar, hvilket landsretten stadfæstede.

Dommen omhandler spørgsmålet om, hvorvidt direktionen og bestyrelsen i G. Kartoffler A.m.b.a., havde handlet ansvarspådragende ved ikke at have standset driften i selskabet fra midten af januar 2010 til den 12. maj 2010, hvor selskabet gik i betalingsstandsning. Ved selskabets betalingsstandsning led sagsøger tab, hvorfor denne anlagde sag mod selskabets direktion og bestyrelse. Sagen blev anlagt for landsretten, der fandt, at selskabets økonomiske situation var kritisk, hvorfor chancerne for at vende selskabets negative økonomi virkede uoverskueligt. Endvidere fandt de, at de økonomiske vanskeligheder selskabet var havnet i: *"(...) skete inden for forholdsvis få måneder på et tidspunkt, hvor kartoffelbranchen generelt var trængt på grund af meget lave priser, hvilket var almindeligt kendt"*⁸⁹.

Af bemærkningerne til landsrettens afgørelse kan konstateres, at sagsøgeren burde have været klar over, hvilke risici der var forbundet med at levere til selskabet, idet det *"var almindeligt kendt"* at der netop denne branche var i krise.

Angående bestyrelsesmedlemmernes håndtering af den forringede økonomiske situation udtaler retten, at der var: *"(...) afholdt adskillige bestyrelsesmøder og afholdt*

løbende møder med sparekassen, hvor virksomhedens situation blev drøftet og forhandlet.”. Tillige havde selskabet haft: ”(...) kontakt til en række forskellige virksomheder (...), med henblik på at afdække mulighederne for en eventuel fusion eller anden form for fremtidig samarbejdsaftale”.

Bestyrelsen havde altså ifølge landsretten forsøgt at redde selskabet, ved at indføre en række tiltag i håb om at vende økonomien i selskabet. Det blev endvidere af landsretten bemærket, at forhandlingerne omkring en mulig løsning blev fremskyndet efter, at bestyrelsen blev bekendt med situationen. Tillige blev det bemærket, at der ikke var udsigt til, at hverken en fusionering eller anden samarbejdsaftale ville være en realistisk mulighed. Ifølge landsretten var banken bekendt med de økonomiske vanskeligheder selskabet oplevede, hvilket af landsretten blev tillagt vægt i forbindelse med afgørelsen. Landsretten fandt, at grundet disse tiltag fra bestyrelsens side, burde bestyrelsen ikke have vidst, at fortsat drift af selskabet ville være tabsgivende. Det blev endvidere af landsretten bemærket, at bestyrelsen var overbevist om, at de generelle vanskeligheder i branchen ville vende.

Altså stadfæster landsretten byrettens afgørelse med baggrund i de tiltag der blev iværksat af bestyrelsen, men også grundet fremskyndelsen af forhandlingerne.

Ovenstående afgørelser illustrerer, at såfremt bestyrelsen foretager sine forretningsmæssige dispositioner på et forsvarligt grundlag, vil det være nødvendigt, at denne får de nødvendige informationer indhentet. Dermed skal der være tale om et oplyst beslutningsgrundlag. Endvidere fremgår det af afgørelserne, at selve behovet for informationer varierer alt efter den konkrete situation. Eksempelvis er der situationer, hvor det kræves, at bestyrelsen tilvejebringer yderligere informationer ved undersøgelser af forskellig intensitet eller, stiller spørgsmål til eksterne aktører.

7. Håbløshedstidspunktet i U2015.2075H.

I 1993 stiftede John Trolle (JT) selskabet Memory Card Technology A/S. Memory Card Technology A/S var en IT- virksomhed, som producerede og solgte hukommelseskort til computere. Virksomhedens strategi var at opbygge et stort varelager, da selskabets ledelse forventede en prisstigning på produkterne. Investeringerne i varelageret var primært finansieret ved banklån i USD. I 1997 blev selskabet introduceret på Københavns Fondsbørs og var ifølge børsprospektet en højrisikovirksomhed. Selskabets plan var på sigt, at selskabet skulle introduceres på NASDAQ- børsen i New York i starten af 2000. Men på grund af den såkaldte ITboble i 2000 medførte NASDAQ- noteringen ikke den forventede kapitaltilførsel, hvilket medførte, at priserne på selskabets væsentligste råvarer faldt til en fjerdedel, og dollarkursen steg betydeligt, hvorefter selskabet i 2001 blev erklæret konkurs med et samlet tab på ca. 500 millioner kroner.

Efter at selskabet Memory Card Technology A/S var gået konkurs, viste det sig, at selskabets varelager var værdisat for højt. Varebeholdningerne var blevet opskrevet, og der havde været fiktive handler, hvilket havde bevirket, at regnskaberne ikke havde været retvisende. Regnskaberne havde udvist overskud og en positiv egenkapital, men det viste sig nu, at regnskaberne ville have udvist et underskud gennem flere år, hvis varelageret var blevet værdisat korrekt. Konkursboet anlagde sag mod direktøren, de tre bestyrelsesmedlemmer samt revisionen, med henblik på at opnå erstatning. Ifølge konkursboet havde bestyrelsen og revisionen begået ansvarspådragende fejl ved, at driften ikke blev indstillet eller tilpasset i perioden efter efteråret 1999 og inden 2000, men derimod havde fortsat driften.

Landsretten fandt, at den administrerende direktør John Trolle var skyldig i regnskabsmanipulation

Bestyrelsesmedlemmerne blev af Højesteret frifundet, idet landsretten lagde vægt på, at bestyrelsen havde sikret en forsvarlig organisation af selskabet med en klar ansvarsfordeling mellem bestyrelse, direktion og den eksterne revision. Revisorerne var i henhold til landsrettens dom fundet ansvarlige over for konkursboet. Revisionen ankede sagen til Højesteret, hvor revisionen blev frikendt trods dens ansvarspådragende handlinger.

I Memory Card Technology var spørgsmålet, hvorvidt den tidligere administrerende direktør, bestyrelsen (de menige medlemmer og formanden) samt revisionen var erstatningsansvarlige overfor konkursboet.

Et af hovedspørgsmålene i Memory Card Technology var, om det kunne bebrejdes bestyrelsen, at de ikke havde opdaget direktørens regnskabsmanipulationer. Derfor bestod der en selvstændig problemstilling i forhold til bestyrelsesformanden.

7.1. Direktøren.

I forhold til direktøren John Trolle fandt landsretten, at den tidligere direktør og eneaktionær skulle betale erstatning på 100 millioner kroner samt renter på 77 millioner kroner, altså en erstatning på i alt 177 millioner kroner, til konkursboet. Grunden hertil var, at landsretten fandt, at John Trolle på grund af regnskabsmanipulation havde handlet ansvarspådragende med tab for virksomheden til følge, i sin tid som administrerende direktør for selskabet. John Trolle blev idømt seks års fængsel for groft bedrageri og svig.

7.2. Revisionen.

Landsretten fandt, at revisionen var ansvarlige overfor konkursboet og sammen med den administrerende direktør skulle betale erstatningen på 177 millioner kroner til konkursboet. Grunden hertil var, at revisorerne i årsregnskaberne for 1999 og 2000 burde have skrevet, at der blev taget forbehold for både værdiansættelse af varebeholdningerne og en udenlandsk debtors betalingsevne. Revisorerne ankede sagen til Højesteret med henvisning til, at de ikke var erstatningsansvarlige, idet de blev "*ført bag lyset*" af John Trolle, hvorfor de ikke burde hæfte solidarisk overfor konkursboet.

Højesteret fastslog dog, at revisorerne havde handlet ansvarspådragende i forbindelse med regnskabsaflægningen for 1998 / 1999 og 1999 / 2000. Grunden hertil var, at revisionen ikke i de to regnskabsår havde taget forbehold for værdiansættelsen af blandt andet varelageret og tilgodehavender. Højesteret fandt det dog ikke godtgjort, at de nødvendige forbehold i påtegningen ville have været udslagsgivende for bestyrelsens beslutning om at indstille driften. Angående regnskabet for 1999 / 2000 mente Højesteret, at de manglende forbehold ved påtegningen ikke givet sig udslag i det væsentligt dårligere resultat, der en måneds tid senere forelå. Højesteret fandt derfor ikke, at der var årsagsforbindelse mellem revisorernes fejl med årsregnskaberne og tabet, og derfor frifandt Højesteret revisorerne. Af hensyn hertil tog Højesteret: "(...)

revisorernes frifindelsespåstand til følge”⁹⁰.

7.3. De menige bestyrelsesmedlemmer:

De enkelte bestyrelsesmedlemmer havde interesseret sig tilstrækkeligt for selskabets enkelte forhold, dels om selskabets drift burde have været standset tidligere. Vestre Landsret tillagde dette stor vægt, idet det af dommen fremgår, at: *”Det fremgår af bestyrelsesmødereferaterne fra de møder, hvor revisionen deltog, at der blev stillet spørgsmål fra bestyrelsens side, og at spørgsmålene blev besvaret af revisionen og John Rasmussen på en sådan måde, at bestyrelsen måtte gå ud fra, at der ikke var problemer med opgørelsen af varebeholdningerne og kravet mod ITP, idet det var revisionens opgave at sikre sig, at forholdene var i orden, ligesom bestyrelsen også var berettiget til at gå ud fra, at revisionen udførte de opgaver, som revisionen skulle udføre, efter reglerne”*⁹¹.

Landsretten mente om de menige bestyrelsesmedlemmer, at: *”(...) deltog aktivt og [var] velforberedte i de mange bestyrelsesmøder, der [havde] været i den periode, som denne sag drejer sig om”*⁹². Desuden fandt retten, at det var bestyrelsesmedlemmernes ansvar at sørge for en ordentlig organisation af selskabet, idet det fremgår, *”(...) at selskabet blev organiseret på en måde, som indebar en klar ansvarsfordeling mellem bestyrelsen, direktionens enkelte medarbejdere, de ledende medarbejdere i øvrigt og revisionen”*⁹³.

Der blev altså at landsretten lagt vægt på, at bestyrelsesmedlemmerne dels havde stillet de relevante spørgsmål til selskabets drift og dels, at de havde fået sådanne svar, at de fik det indtryk, at *”forholdene var i orden”*. På denne måde fik bestyrelsesmedlemmerne det indtryk, at de havde modtaget oplysningerne på et forsvarligt og oplyst grundlag, hvorpå de kunne disponere, selvom dette grundlag viste sig at være forkert⁹⁴. Derfor fandt landsretten, at: *”(...) de menige bestyrelsesmedlemmer ikke [kunne] bebrejdes, at de frem til efteråret 2000 var af den overbevisning, at selskabet havde en forsvarlig organisation, og at selskabets finansielle og regnskabsmæssige forhold var i orden, og der er herefter ikke grundlag*

⁹⁰ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 201.

⁹¹ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 201.

⁹² Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 201.

⁹³ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 201.

⁹⁴ Werlauff: Memorycard – hvorfor blev bestyrelse og revisorer frifundet trods fejl?

for at statuere, at de frem til dette tidspunkt har handlet ansvarspådragende ved ikke at reagere adækvat på oplysninger, der kunne være tegn på, at selskabets regnskaber ikke var retvisende”⁹⁵. Det blev endvidere af landsretten tillagt vægt, at bestyrelsen reagerede adækvat på problemerne, idet bestyrelsen: ”i løbet af efteråret 2000 iværksatte [en række tiltag], der stadig ikke havde kendskab til [direktørens] manipulationer, (...) der skulle afbøde virkningerne af den uheldige udvikling i DRAM-priserne og dollarkursen”⁹⁶. Landsretten fandt dermed, at der: ”Efter en samlet vurdering af de menige bestyrelsesmedlemmers udførelse af deres arbejde er der herefter heller ikke grundlag for at statuere, at de i efteråret 2000 tilsidesatte forpligtelser efter dagældende aktieselskabslovs § 54 eller i øvrigt handlede uagtsomt på en sådan måde, at de efter § 140 kan tilpligtes at betale erstatning til konkursboet”⁹⁷. På baggrund af dette kan det udledes, at de menige bestyrelsesmedlemmer ikke var ansvarlige, idet landsretten mente de havde levet op til deres forpligtelser.

7.4. Bestyrelsesformanden:

Bestyrelsesformanden blev ligesom bestyrelsen frifundet, idet landsretten fandt, at denne ”burde” have orienteret den øvrige bestyrelse om eventuelle regnskabsmæssige problemer, som den tidligere økonomidirektør havde gjort opmærksom på. Angående bestyrelsesformanden fandt Højesteret, at denne havde: ”(...) levet op til sine forpligtelser”, men idet bestyrelsesformanden ikke orienterede de menige bestyrelsesmedlemmer og revisionen om den tidligere økonomidirektørs brev, fejlvurderede situationen.

Endvidere var der en problemstilling i forhold til bestyrelsesformanden, da den tidligere økonomidirektør efter kort tids ansættelse i selskabet i forbindelse med sin opsigelse i et brev informerede bestyrelsesformanden om, at den administrerende direktør foretog uberettigede lageropskrivninger⁹⁸. På baggrund af denne udtalelse udbad bestyrelsesformanden sig en skriftlig redegørelse fra den administrerende direktør, og kort tid efter modtog han en velbegrunnet redegørelse omkring lageropskrivningen af den administrerende direktør. Højesteret fastsætter i deres

⁹⁵ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 202.

⁹⁶ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 202.

⁹⁷ Vestre Landsrets dom af 1. juli 2013: Memory Card Technology, side 202.

⁹⁸ Bøggild og Staustrup: Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar (2015), side 3.

afgørelse, omkring dette whistleblower- forhold: *“Højesteret finder, at [bestyrelsesformanden] i varetagelsen af sit hverv har levet op til sine forpligtelser som bestyrelsesformand. Det var dog en fejlvurdering, at han på baggrund af bl.a. sit mangeårige tillidsfulde samarbejde med den administrerende direktør [...] godtog dennes svar af 3. Marts 2000 på kritikken i brevet af 1. Marts 2000 fra den fratrådte koncernøkonomidirektør [...] 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 [bestyrelsesformanden] erstatningsansvar”*⁹⁹. Der blev af højesteret lagt vægt på, at bestyrelsesformanden i varetagelsen af sit hverv, havde levet op til sine forpligtelser, og at bestyrelsesformanden derfor ikke på grund af enkeltstående fejl ville kunne gøre erstatningsansvarlig. Højesteret præciserer dermed landsrettens synspunkt om, at enkeltstående fejlvurderinger ikke nødvendigvis fører til ansvar for ledelsesmedlemmer.

Af Memory Card Technology – afgørelsen kan det derfor udledes, at en bestyrelse der er velforberedte, stiller relevante spørgsmål og handler på baggrund af disse, ikke bliver erstatningsansvarlige. Grunden hertil er, at bestyrelsen dermed aktivt forsøger at holde sig informeret om selskabets forhold og foretager deres forretningsmæssige skøn på baggrund heraf.

I denne afgørelse tillægges det stor vægt, at bestyrelsen er aktiv, arbejder, og søger at holde sig orienteret via informationer om selskabet, hvorudfra de kan handle. Idet der er tale om en afgørelse der er konkret begrundet, vil dommeren ikke kunne tages til indtægt for, at man som ledelsesmedlem ikke vil kunne pålægges ansvar for enkeltstående fejl eller undladelser.

Til trods for at praksis på området imidlertid viser, at vurderingen om hvorvidt ledelsen kan ifalde erstatningsansvar, da kan fejlen ikke betragtes isoleret men skal derimod ses i lyset af andre relevante omstændigheder. Af denne grund kan et ledelsesmedlem, der har ageret efter bogen, lettere slippe af sted med at begå enkeltstående fejl, end det ledelsesmedlem der ikke med tilstrækkeligt omhu har varetaget sit ledelseserhverv. Memory Card Technology- afgørelsen viser dermed, at end ikke uvæsentlige

⁹⁹ Bøggild og Staustруп: Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar (2015), side 3.

fejlvurderinger kan accepteres, hvis disse har betydning for det påberåbte tab, og omstændighederne i øvrigt tillader det¹⁰⁰.

Denne dom er interessant, da den tydeliggør de krav, som Højesteret stiller til dokumentation i forbindelse med konkurssituationer. De dokumentationer der her er tale om, er for den grundlæggende erstatningsretlige betingelse om årsagsforbindelse. Idet denne afgørelse frikender en ellers ansvarspådragende revision, må det formodes, at denne afgørelse også i fremtiden vil få betydning på erstatningssager mod revisorer og bestyrelser i konkursramte selskaber.

¹⁰⁰ Bøggild og Staustруп: Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar (2015), side 4.

8. Sammenfattende.

I dette afsnit undersøges domstolenes behandling af ansvarspådragelsen samt hensynene bag ansvarsvurderingen. Der tages i denne forbindelse udgangspunkt i de i afsnit 6 og 7 nævnte afgørelser om retspraksis før og i forbindelse med Memory Card Technology-dommen.

8.1. Ansvarspådragelse.

Ved statueringen af ansvarspådragelsen for forsat drift efter håbløshedstidspunktet, er det vigtigt at bemærke, at et erstatningsansvar på et tidligere tidspunkt ikke udelukkes grundet dispositioner af uforsvarlig karakter.

Som tidligere nævnt er selskabet forpligtiget til at forsøge at redde selskabet ud af dets finansielle problemer. Af afsnit 5, fremgik det i forhold hertil, at: *”(...) det er både ledelsens ret og pligt at videreføre et selskab i finansiell krise og forsøge at overvinde denne¹⁰¹”*. Dette begrænses af handlepligten, idet selskabet ikke må påføres yderligere forpligtelser, såfremt selskabet ikke vil være i stand til at kunne dække disse forpligtelser. Såfremt selskabet ikke vil være i stand til at dække sine forpligtelser er det derfor bestyrelsen pligt, at indstille driften i selskabet¹⁰². I henhold hertil er det derfor vigtigt at få fastlagt, hvornår selskabets drift burde have været indstillet, da dette er af stor betydning for erstatningsansvarets pålægning. I G. Kartoffler-dommen blev det af landsretten afvist at statuere ansvar på et tidspunkt, hvor det af retten blev bemærket, at selskabets kapitalberedskab var tilstrækkeligt til at driften kunne fortsætte. Det blev derfor af landsretten fundet forsvarligt at fortsætte driften.

Et erstatningsansvar må tidligst pålægges på det tidspunkt, hvor det skønnes, at selskabets drift ikke længere på forsvarlig måde kan fortsætte, uden at det medfører tab for kreditorerne¹⁰³. Tabet som det medfører, bør være uundgåeligt og derved ikke alene overvejende sandsynlig, hvilket Sofsrud bemærker, idet han skriver, at: *”(...) ethvert (realistisk) håb om selskabets overvejelse skal være ude¹⁰⁴”*. Af Werlauff bliver det

¹⁰¹ Betænkning nr.1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 896.

¹⁰² Betænkning nr.1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 896.

¹⁰³ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 297.

¹⁰⁴ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 297.

tilsvarende bemærket, at bestyrelsen vil kunne gøres ansvarlige, hvis de: ”(...) måtte indse, at videreførelse var håbløs”¹⁰⁵.

I OKStimist- dommen fra 1998 anføres det, at bestyrelsens ansvarspådragelse kan statuere fra det tidspunkt, hvor denne burde have indset, at det ikke ville være muligt at fortsætte driften uden at pålægge kreditor yderligere tab. Modsætningsvist blev bestyrelsesmedlemmerne i Krepcos dommen frifundet, da retten ikke fandt, at denne burde have indset, at en forsat drift ville være urealistisk¹⁰⁶.

Ansaret begrænses idet domstolene i deres afgørelser skriver, at bestyrelsen burde have indset, at driften ikke kunne fortsætte på forsvarlig vis, uden at det ville medføre tab. Ansaret begrænses dog også i de tilfælde, hvor bestyrelsesmedlemmet ikke synes at have anerkendt den faktiske situation trods situationens alvor.

Dette blev behandlet i Calypso- dommen hvor bestyrelsen blev pålagt ansvar, idet bestyrelsen burde have indset at driften burde indstilles for ikke at pådrage kreditor yderligere tab, med mindre der blev tilført yderligere kapital og driften blev omlagt. Endvidere lagde retten til grund, at der ikke på noget tidspunkt havde været foretaget effektiv kontrol fra bestyrelsens side, trods kontrollens særlige betydning i forhold til den særlige forretningsmodel der var i selskabet.

Tidspunktet for at pålægge erstatningsansvar synes derfor at være det tidspunkt, hvor bestyrelsen er blevet eller burde være blevet klar over, at håbløshedstidspunktet var nået. Tidspunktet hvor bestyrelsen burde have indset eller har indset, at der ikke længere var mulighed for at videreføre selskabet, er dermed af afgørende betydning, hvilket fremgår af Krepcos dommen. I denne dom blev bestyrelsesmedlemmet ikke kendt ansvarlig for en kreditoptagelse, da retten ikke fandt, at bestyrelsen burde have indset at håbløshedstidspunktet var nået og at der derfor ikke var mulighed for at fortsætte driften.

Kredit der er optaget inden håbløshedstidspunktet, betyder derfor også, at der ikke pålægges ansvar. Dog vil der kunne pålægges ansvar, hvis kreditten optages efter håbløshedstidspunktet indtræffer, hvilket var problemstillingen i Mindship- dommen. I denne dom blev et bestyrelsesmedlem pålagt erstatningsansvar for at have betalt gammel gæld og stiftet ny gæld, hvor optagelsen af den nye gæld fandt sted efter

¹⁰⁵ Werlauff: Selskabsmasken, side 133, note 323, samt Werlauff: Selskabsret (2010), side 605.

¹⁰⁶ Friis Hansen og Krenchel: Dansk selskabsret 2 (2014), side 683.

håbløshedstidspunktet. I den pågældende situation burde bestyrelsesmedlemmet have været bekendt med, at det ville være uforsvarligt at optage ny gæld samt at foretage kreditkøb.

Ifølge Sofsrud fastlægges håbløshedstidspunktet ud fra en konkret vurdering, som vil være karakteriseret ved at være retrospektiv, hvormed denne vurdering vil skulle foretages ud fra de på tidspunktet for beslutningen trufne gældende forhold¹⁰⁷.

Bergenser mener, at ledelsens vurdering af hvorvidt driften skal fortsættes, vil være: *”(...) en bakspejlsbetragtning, hvor man efterfølgende har haft lejlighed til at følge samfundsudviklingen, selskabets markedsvilkår mv., og således sidder med en viden, som ingen virksomhedsleder kan have haft på det tidspunkt, hvor beslutningen om, hvorvidt driften meningsfyldt skulle fortsætte, skal tages”*¹⁰⁸. Hermed mener Bergenser, at der er en række faktorer som først bliver tilgængelige for ledelsen efter det tidspunkt, hvor beslutningen om hvorvidt driften skal fortsætte eller indstilles træffes.

8.2. Ansvarsvurderingen.

Tidspunktet er altså et vigtigt element i ansvarsvurderingen. For er dette tidspunkt nået? Hvis ikke tidspunktet er nået, kan der ikke pålægges ansvar. Såfremt dette tidspunkt ikke er nået eller hvis det er overskredet, vil det være nødvendigt at foretage en vurdering af hvert enkelt bestyrelsesmedlem med henblik på, at finde ud af om vedkommende har handlet ansvarspådragende.

Af afgørelsernes præmisser fremgår det, hvilke hensyn og principper afgørelserne er baseret på. Men hvornår risikerer et bestyrelsesmedlem at blive ansvarlig? Og hvilke hensyn tages der?

8.2.1. Det forretningsmæssige skøn.

Det må antages, at idet bestyrelsesmedlemmerne er udpeget til at varetage den overordnede og strategiske ledelse af kapitalselskabet på vegne af kapitalejerne, må de have en loyalitetspligt overfor kapitalselskabet. Altså skal skønnet udøves i selskabets interesse. Såfremt der opstår en konflikt mellem selskabets interesser og hensynet til tredjemand, må hensynet til tredjemand vige, uden at tredjemands risiko for at lide tab udsættes uforsvarligt¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 303.

¹⁰⁸ Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 351.

¹⁰⁹ Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret (1997), side 63.

I Panama- dommen tillagde Sø- og handelsretten det betydning, at bestyrelsen havde iværksat nye initiativer på baggrund af den på bestyrelsesmøderne drøftede økonomiske situation, samt at de havde drøftet, hvilke tiltag der skulle til for at redde selskabet. Idet selskabets bestyrelse indledte denne række tiltag, handlede de skønsmæssigt i selskabets interesse, og endvidere fordi de fulgte den økonomiske udvikling i selskabet. I Havemann- dommen blev bestyrelsens forretningsmæssige skøn sat over hensynet til kreditorerne, idet bestyrelsen med disse forhandlinger forsøgte at redde selskabet. Altså fik selskabet mulighed for, at forfølge muligheden for at redde selskabet, da dette blev gjort i selskabets interesse.

Bestyrelsens forsøg på at redde selskabet må derfor siges, at være i selskabets interesse, hvilket afgørelser som Havemann tydeligt bærer præg af.

8.2.2. Redningsforsøg.

Bestyrelsen kan ved hjælp af en række tiltage forsøge at redde selskabet ved forsøge på at vende selskabets negative økonomiske situation. Dette er for domstolene vigtigt når de dømmer i disse afgørelser. Bestyrelsens forsøg på, at vende selskabets økonomiske situation kan foregå ved eksempelvis kapitaludvidelse eller gældskonvertering.

Panama- dommen er et eksempel på en bestyrelses forsøg på at fortsætte driften, hvilket af retten ansås for at være forsvarligt, grundet at det var: *"(...) forretningsmæssigt begrundet, at selskabet forsøgte at klare sig igennem"* de økonomiske problemer selskabet var kommet i. Den i dommen nævnte forretningsmæssige begrundelse forklarede retten med, at bestyrelsen havde drøftet selskabets økonomiske situation på adskillige bestyrelsesmøder. Bestyrelsen troede på muligheden for at vende underskuddet i selskabet, idet økonomien var i bedring og grundet branchens generelle vanskeligheder samt selskabets betydelige egenkapital. Derved lagde retten vægt på en række konkrete forhold, på baggrund af hvilke retten havde fundet det forsvarligt at forsøge at vende selskabets negative økonomiske situation.

I AOF- dommen blev bestyrelsens beslutning om at fortsætte driften af selskabet fundet forsvarlig, da bestyrelsen havde indført forskellige tiltag som eksempelvis besparelser og rekruttering af fagkyndigt personale.

I Havemann- dommen fandt retten, at idet der var forsøgt at finde en fremadrettet løsning, var der handlet forsvarligt, da bestyrelsen med dette havde forsøgt at redde selskabet, på trods af de dårlige udsigter. Retten fandt dermed ikke, at til trods for de dårlige udsigter for selskabet, havde bestyrelsen ikke handlet på en måde der kunne

anses for at være uforsvarlig. Bestyrelsen indledte seriøse forhandlinger med henblik på, at vende den negative situation selskabet var havnet i. Hensynet til disse forhandlinger vejede tungere end hensynet til vareleverandørerne, hvormed afgørelsen indikerer, at forsøg på at vende selskabets negative økonomisk situation går forud for hensynet til kreditorerne, til trods for at det ikke er givet, at redningsforsøget vil lykkes. Det synes derfor ikke at være af afgørende betydning, om den af bestyrelsen på beslutningstidspunktet truffene beslutning viser sig at være til ugunst for selskabet, idet bestyrelsen skønner, hvad de mener, der vil være det rigtige at gøre¹¹⁰. Dog vil bestyrelsesmedlemmer der forholder sig passivt kunne pålægges ansvar. Af afsnit 5 kan det udledes, at domstolene ikke bør underkende det udøvede skøn, såfremt dette er foretaget i god tro. Det i redningsaktioner udøvede skøn vil bero på en konkret vurdering af det enkeltes selskabs situation.

8.2.3. Kreditorhensynet.

Bestyrelsens forsøg på at redde selskabet ud af dets finansielle problemer ved at indlede forhandlinger med kreditorerne ses i flere afgørelser. Formålet med disse forhandlinger er at finde en mulig løsning på baggrund af disse forhandlinger, så driften ikke indstilles. Som eksempel herpå ses Havemann- dommen, hvor selskabet trådte i likvidation, men dog stadig modtog varer på dagen for likvidationen. Denne afgørelse viser, at bestyrelsen kan forhandle med kreditorer, helt indtil der ikke er nogen anden udvej end at erklære selskabet konkurs. Disse forhandlinger kan gennemføres til trods for, at muligheden for videreførelse af selskabet er tvivlsomme, også uden at domstolene vil finde det ansvarspådragende grundet uforsvarlig adfærd. Redningsforsøget lykkedes dog ikke i Havemann- dommen. Selvom de dispositioner bestyrelsen foretager viser sig at være forkerte og derved tabsgivende, medfører dette ikke i sig selv erstatningsansvar for bestyrelsesmedlemmer¹¹¹.

8.2.4. Kreditors undersøgelsespligt.

Kreditors undersøgelsespligt i forhold til selskabets økonomi omtales i flere afgørelser, hvor det tillægges stor betydning, at kreditor var vidende eller burde have vidst, at selskabets økonomiske situation var dårlig. Kreditor må ifølge Gomard og Schaumburg-

¹¹⁰ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 574.

¹¹¹ Samuelsson og Sjøggard, Bestyrelsesansvaret (1997), side 100.

Müller acceptere risikoen for at lide tab, når denne giver kredit, idet de anfører, at: ”(...) *en leverandør eller långiver, der yder selskabet kredit vidende om, at kreditrisikoen er betydelig, eller som ikke har keret sig om, at risikoen kan være betydelig, (...) ikke [har] krav på erstatning*¹¹²”.

I overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige regler påhviler risikoen for at yde kredit kreditoren, såfremt kreditor ikke havde udvist den fornødne omhu med kreditgivningen¹¹³. I Krepcó- dommen havde långiver og sagsøger fået oplyst, at lånet skulle bruges til indfrielse af et andet lån, hvilket landsretten tillagde stor betydning. Sagen blev anket til Højesteret, som anførte, at det sagsøgte bestyrelsesmedlem ikke burde have indset, at selskabet var i en så vanskelig økonomisk situation, at der forelå at han havde oplysningspligt overfor kreditor.

Dermed er det ikke i sig selv ansvarspådragende, at et selskab søger eller opnår kredit, blot fordi selskabet har en spinkel kreditværdighed og betalingsevne¹¹⁴. Der synes derfor at være en oplysningspligt for bestyrelsen overfor kredit/ långiver, såfremt selskabets økonomiske situation er af en vanskelig karakter. I Havemann- dommen var det nødvendigt for selskabet selv at informere om sine finansielle problemer¹¹⁵. Sofsrud mener, at bestyrelsen vil kunne indrømme en videre skønsmargin, såfremt bestyrelsen forholder sig åbent overfor nye kreditorer om selskabets økonomiske problemer, da de herved får mulighed for at vurdere kreditrisikoen og dermed om de vil kontrahere med selskabet¹¹⁶.

De bestående kreditorer har allerede givet kredit til selskabet, og derfor kan de kun træffe beslutninger omkring de fremtidige forhold, og derfor har de ingen handlemulighed¹¹⁷. Såfremt den fortsatte drift af selskabet synes at være uundgåelig for at der ikke sker tab for selskabets kreditorer på tidspunktet for kreditoptagelsen, kan: ”(...) *pligten til standsning (af selskabets drift) ikke substitueres af selv en vidtgående åbenhed om selskabets forhold*”¹¹⁸.

¹¹² Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 582.

¹¹³ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 582, samt Samuelsson og Søgaard: Bestyrelsesansvaret (1997), side 233f., 239 og 241.

¹¹⁴ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 576.

¹¹⁵ Gomard og Schaumburg- Müller: Kapitalselskaber (1999), side 576.

¹¹⁶ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 80.

¹¹⁷ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 80.

¹¹⁸ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 81.

Bestyrelsen fritages således ikke altid for deres åbenhed, men derimod må det til stadighed være bestyrelsen, der har bedst mulighed for at vurdere hvorvidt driften bør indstilles eller ikke, hvilket kreditor må gå ud fra at bestyrelsen har gjort¹¹⁹.

I G. Kartoffler- dommen var brancheudfordringer på dagsordenen, idet landsretten i sine præmisser anførte, at der var krise i kartoffelbranchen, hvilket var almindeligt kendt. Landsretten fandt derfor, at kreditor burde have vidst, at kartoffelbranchen var usikker på tidspunktet for dennes kreditgivning, hvorfor denne burde have været bekendt med selskabets udfordringer.

Denne dom er et udtryk for, at såfremt kreditor kender til brancheudfordringer eller kriser i eksempelvis kartoffelbranchen, tillægges dette betydning ved domstolenes vurdering af kreditors tab i forbindelse med selskabets fortsatte drift.

På baggrund af afgørelserne er udgangspunktet, at den der yder kredit, er den der må foretage vurderingen af selskabets kreditværdighed. Kreditgiveren er derfor som udgangspunkt den, der bærer risikoen, idet der er tale om et levevilkår som kreditor må acceptere. Kun hvis kreditoptagelsen sker på et tidspunkt, hvor den fortsatte drift at selskabet har været tvivlsom, kan bestyrelsen bebrejdes dette.

8.2.5. Opgaver og pligter.

Som det fremgår af afsnit 3, er det ledelsens ret og pligt at forsøge vende den negative økonomiske udvikling i selskabet. Endvidere fremgår det af kommissoriets bemærkninger, at bestyrelsen er ansvarlig for tilpasningen af selskabets forhold, så selskabet ikke pådrages: ”(...) *forpligtelser, som det realistisk ikke kan dække*”¹²⁰.

Denne tilpasning vil ifølge Bergenser kunne udmønte sig i afskedigelser af medarbejdere, frasalg af aktiver, forhandlinger med banken, omstrukturering af selskabet eller lignende¹²¹. Som eksempel på hvordan en sådan tilpasning vil kunne foretages er AOF- dommen, hvor landsretten lagde vægt på det faktum, at bestyrelsen havde gjort tiltag i form af udarbejdning af handlingsplaner og nedsætning af arbejdsgrupper, der skulle finde besparelser og rette selskabets økonomi op. Endvidere

¹¹⁹ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 80.

¹²⁰ Betænkning nr. 1498 / 2008: Modernisering af selskabsretten, side 896.

¹²¹ Bergenser: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), side 353.

hentede bestyrelsen fagkyndig hjælp i form af forskellige økonomichefer og konsulenter, med henblik på at få vendt selskabets negative økonomiske situation.

I G- Kartoffler- dommen blev det tillagt vægt, at bestyrelsen havde forsøgt at afdække mulighederne for en fusion eller lignende, hvorfor de havde haft kontakt til en række virksomheder.

I Memory Card Technology- dommen blev det tillagt vægt, at bestyrelsen iværksatte en række tiltag i et forsøg på, at kunne fastholde driften i selskabet. Som modstykke hertil er Mindship- dommen, idet Højesteret fandt, at bestyrelsen havde undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger, der havde kunnet sikre, at driften var forsvarlig, der blev stiftet ny gæld og varekøbene blev betalt kontant. Endvidere blev der opført en restaurant, som var i strid med fondens vedtægter og uden at der var økonomisk baggrund herfor. I OKStimist- dommen fandt landsretten, ligesom i Mindship- dommen, at selskabet ikke var blevet tilpasset dets situation, men derimod var blevet fastholdt i en række betydelige forpligtelser.

På baggrund af afgørelserne kan det udledes, at bestyrelsens evne til at tilpasse sig selskabets situation er noget af det, som domstolene er opmærksomme på. Denne tilpasning kan være at iværksætte konkrete tiltag med henblik på at redde selskabet eller at afbøde situationen.

I AOF, G- kartofler og Memory Card Technology- dommene ifalder bestyrelsen ikke erstatningsansvar, idet bestyrelsen har forsøgt at vende selskabets negative økonomiske udvikling ved at tilpasse selskabet. Hvorimod bestyrelserne i Mindship og OKStimist- dommene bliver erstatningsansvarlige, idet bestyrelsen ikke gør noget aktivt for at forsøge at tilpasse selskabet.

Hvorvidt bestyrelsen forsøger at tilpasse selskabet eller ej, synes derfor at være et afgørende moment i forhold til domstolenes ansvarsvurdering.

8.2.6. Aktiviteter.

Bestyrelsens aktiviteter er noget af det som domstolene kigger på i flere af afgørelserne.

I Panama- dommen blev det tillagt betydning, at bestyrelsens havde afholdt flere møder omkring selskabets situation. I AOF- dommen havde bestyrelsen afholdt 25 bestyrelsesmøder, efter at de var blevet bekendt med selskabets situation, hvor de havde drøftet selskabets økonomiske situation. Bestyrelsesmøderne blev afholdt over 2 år.

I Havemann- dommen tillagde retten betydning til bestyrelsens forsøg på at forhandle sig frem til en løsning. Bestyrelsen blev ved udarbejdelsen af selskabets årsregnskab bekendt med selskabets alvorlige økonomiske situation, hvorfor de søgte hjælp hos to advokater for at få vejledning og rådgivning.

I G. Kartoffler afgørelsen fandt landsretten, at idet der var afholdt flere bestyrelsesmøder og møder med sparekassen hvor selskabets økonomi blev drøftet. Forhandlingerne med banken blev af bestyrelsen fremskyndet vedrørende en mulig fusionering eller anden form for fremtidig arbejdsaftale. Dette var ligeledes tilfældet i Havemann- dommen, hvor bestyrelsen indkaldte til generalforsamling dagen efter, hvor bestyrelsen blevet rådet af to advokater til at lade selskabet træde i likvidation. Som modsætning hertil ses i OKStimist- dommen, hvor bestyrelsen til trods for flere møder om selskabets økonomi valgte at afvente eventuelle fremtidige sponsorater og derfor ikke drøftede økonomien yderligere.

I Memory Card Technology- dommen blev det tillagt betydning, at bestyrelsesmedlemmerne: *"(...) deltog aktivt og [var] velforberedte i de mange bestyrelsesmøder, der [havde] været i den periode, som denne sag drejer sig om"*. Landsretten lagde endvidere til grund, at bestyrelsen have sørget for, at selskabet blev ordentligt organiseret ved en klar ansvarsfordeling i selskabet. De, om selskabets økonomi, afholdte bestyrelsesmøder tillægges dermed stor vægt af domstolene. Såfremt en bestyrelse øger aktivitetsniveauet, synes domstolene at tillægge bestyrelsen en længere snor, hvad angår tildelingen af erstatningsansvaret.

8.2.7. Informationsgrundlaget.

Informationsgrundlaget er det grundlag hvorpå bestyrelsen har disponeret, og et sådan grundlag kan eksempelvis bestå i oplysninger fra direktionen, revisionen eller lignende. Bestyrelsen skal ud fra selskabslovens § 115, stk.1, nr.3. selv påse, at denne modtager tilstrækkeligt informationer omkring selskabets finansielle forhold. Ifølge Sofsrud er: *"(...) kravet om et forsvarligt informationsgrundlag (..) også i hidtidig teori [er] set som et centralt element i ansvarsbedømmelsen"*¹²². Ligeledes bemærker Sofsrud, at:"

¹²² Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 385.

*Behovet for information vil være uafhængig af den konkrete situation, hvori bestyrelsen skal træffe beslutning*¹²³.

I Memory Card Technology- dommen bemærkede landsretten, at der fra bestyrelsens side havde været stillet spørgsmål angående selskabets drift, hvortil svarene havde været formuleret på en sådan måde, at bestyrelsen med rette troede, at det hele var i orden. Det blev dog af landsretten bemærket, at bestyrelsesformanden havde modtaget informationer fra den tidligere økonomidirektør omkring at værdiansættelsen af råvarelageret var sket i strid med selskabets regnskabsprincipper. Hertil fandt landsretten, at bestyrelsesformanden burde have oplyst den øvrige bestyrelse om det mulige problem. Dog mente Højesteret at der var tale om en fejlvurdering fra formanden side, hvorfor denne ikke blev pålagt ansvar.

Modsætningsvist ses Calypso- dommen, hvor bestyrelsen havde stillet konkrete spørgsmål vedrørende driften i selskabet. I den forbindelse anførte landsretten, at det var vigtigt at bestyrelsen førte en løbende og effektiv kontrol af selskabets økonomi, fordi kunderne betalte forud for ferierejserne, idet betalingerne for sommerferierne faldt i løbet af vinteren og foråret. Bestyrelsen havde ikke sørget for at få udarbejdet perioderegnskaber, budgetopfølgninger eller lignende, hvorfor bestyrelsen ikke havde haft et samlet overblik over selskabets økonomi, til trods for at dette var af stor betydning for rejseselskabet.

Afgørelserne viser, at bestyrelsen skal foretage sine forretningsmæssige dispositioner på et oplyst grundlag, hvorfor bestyrelsen må indhente de nødvendige oplysninger om selskabet med henblik på at foretage disse dispositioner. Endvidere kan det i nogle tilfælde være nødvendigt for bestyrelsen at indhente yderligere informationer, hvorfor selve behovet for informationer kan variere, afhængigt af hvilket selskab der er tale om. Informationerne kan indhentes ved at foretage forskellige undersøgelser eller ved at stille spørgsmål til eksterne aktører. Disse er hensyn der taler for, at der pålægges ansvar som i eksempelvis Calypso- dommen, hvorimod Memory Card Technology- dommen kan ses som en modsætning hertil.

¹²³ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 389.

9. Konklusion.

Denne afhandlings formål har været, at undersøge ledelsens ansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktets indtræden i lyset af U2015.2075H- Memory Card Technology.

For ledelsen af et kapitalselskab gælder der ifølge selskabslovens regler at ledelsen har ret og pligt til at gøre et forsøg på at videreføre ledelsen af selskabet, men også til, at forsøge at lede selskabet gennem økonomiske vanskeligheder. Når det vurderes, hvorvidt en bestyrelse har handlet ansvarspådragende, vil det indgå i bedømmelsen, hvilke opgaver og pligter, bestyrelsen er pålagt jævnfør selskabslovens bestemmelser. Såfremt bestyrelsen findes erstatningsansvarlige, da skal en erstatningsbetingelserne være opfyldt, førend dette kan pålægges.

Materialet i denne afhandling tegner et billede af et erstatningsansvar, der vil kunne synes lempeligt. Især i forbindelse med princippet om det forretningsmæssige skøn samt bakspejlsvurderingen. For at kunne ifalde erstatningsansvar er det en forudsætning, at bestyrelsen har eller burde have indset at en fortsat drift ville medføre tab. Tidspunktet for denne forudsætning beror på en konkret vurdering af selskabets forhold på det tidspunkt hvor beslutningen om at fortsætte driften indtraf. Der er for bestyrelsen mulighed for at forsøge at vende et selskabs negative økonomi, såfremt det findes forsvarligt. I disse tilfælde forhandles må ledelsen ofte ud og lave kreditorforhandlinger, hvilket gør at den pligt der er til at indstille driften udskydes mens disse forhandler står på.

Ved domstolenes vurdering af hvorvidt driften er fortsat ud over håbløshedstidspunktet, foretager domstolene en hensynsafvejning mellem bestyrelsens ret til at foretage forretningsmæssige skøn og hensynet til kreditorerne. Der er en tendens i domstolenes vægtning af bestyrelsens ret til at foretage forretningsmæssige skøn tungt, såfremt beslutningerne der træffes er baseret på et fornuftigt beslutningsgrundlag. Som modstykke hertil, vægtes hensynet til kreditorerne tungere end hensynet til bestyrelsens ret til at foretage forretningsmæssige skøn, hvis disse beslutninger bliver truffet, ude at der er noget forsvarligt beslutningsgrundlag, eller hvis der slet ikke bliver truffet nogen beslutninger. Hvorvidt bestyrelsen søger ekstern rådgivning eller kun baserer sine

beslutninger på egne vurderinger er også noget af det domstolene tillægger vægt i deres bedømmelse, idet beslutninger baseret på eksterne rådgiveres vurdering formentligt anses for at ligge indenfor det forretningsmæssige skøn. Desuden tillægges det af domstolene endvidere vægt, hvorvidt der i revisorpåtegningen er taget forbehold for fortsat drift. Grunden hertil er, at såfremt et sådan ikke er blevet efterlevet, vil gøre at domstolene formentligt vægter hensynet til kreditorerne tungere end bestyrelsens ret til at foretage forretningsmæssige skøn. I forbindelse med hensynsafvejningen mellem det forretningsmæssige skøn og hensynet til kreditorerne, er det ikke af væsentlig betydning, om bestyrelsen har levet op til de lovbestemte opgaver, som de er pålagt, da domstolene vurderer bestyrelsens handling ud fra en almindelig culpabetragtning, hvor det er mindre væsentligt, om de lovbestemte opgaver er blevet opfyldt. I forbindelse med ansvarsvurderingen ses der på hvorvidt skøn og beslutninger er foretaget i selskabets interesse eller ej, idet domstolene synes at være tilbageholdende med at pålægge bestyrelsen erstatningsansvar.

Såfremt bestyrelsen forsøger at redde selskabet, da synes domstolene ikke at pålægge erstatningsansvar, såfremt dispositionen på beslutningstidspunktet synes at være forsvarlig. I disse tilfælde forhandler bestyrelsen oftest med kreditorerne, hvilket gør, at pligten til at standse driften udskydes, medmindre forhandlingerne ikke synes at være uden grund. I forbindelse med kreditgivning med tab som følge, da ligger risikoen for tab, i forbindelse med kreditgivning hos kreditgiveren. Såfremt det bude være klart at selskabet ikke kunne fortsætte driften, da vil kreditgivning uden tvivl medføre kreditor yderligere tab. Hvorvidt bestyrelsen foretager tiltag for at tilpasse driften indgår endvidere i ansvarsvurderingen. Såfremt bestyrelsen ikke tilpasser selskabet da synes domstolene ikke at være tilbageholdende med at pålægge bestyrelsen erstatningsansvar.

Bestyrelsens aktivitet eller manglende aktivitet synes endvidere at være at afgørende betydning for domstolenes vurdering. Såfremt der indledes møder og forhandlinger eller hvis bestyrelsen fremskynder sådanne på tidspunktet hvor de bliver bekendt med selskabets ringe situation. Dette fremgår af flere af de i denne afhandling nævnte afgørelser, heriblandt Memory Card Technology- dommen.

Informationsgrundlagt, hvorpå beslutningerne træffes på er også et vigtigt emne i forbindelse med ansvarsvurderingen, idet det er bestyrelsens pligt at indhente den

nødvendige mængde af informationer, hvorudfra denne kan vurdere hvorvidt driften bør indstilles eller ej.

I U2015.2075H- Memory Card Technology blev bestyrelsen frifundet, idet domstolene vurderede at bestyrelsen havde levet op til de opgaver og pligter som var dem pålagt i deres hverv som bestyrelse. I forbindelse med formanden, da blev det af retten lagt vægt på, at denne havde stillet spørgsmål angående selskabets kapitalberedskab, og handler ud fra de svar de modtager, hvorfor retten ikke fandt at der var belæg for at pålægge bestyrelsen et erstatningsansvar. Ej heller for bestyrelsesformanden, idet retten fandt, at formanden havde levet op til sine forpligtelser, trods en fejlslagen vurdering af den, fra den tidligere økonomidirektør foreliggende oplysninger.

Memory Card Technology- dommen er dermed et eksempel på hvordan en bestyrelse i et selskab kan blive frifundet på baggrund af de tiltag som denne udøver i forsøg på at redde selskabet.

10. Abstracht.

The subject of this thesis is the board of directors' liability for ongoing operation of a limited liability company (LLC) after the point of hopelessness. The point of hopelessness is a legal concept which applies in the event of a insolvency. Broadly speaking, a company must not be operated once it has passed the point of hopelessness. This point is when it must be clear to the Management Responsibility is a concept that the media takes up a lot when a company is declared bankrupt. The media has recently focused aiming ie IT Factory, Memory Card Tecnology and the unresolved case against the Aalborg reproduction OW Bunker.

The purpose of this thesis is to study the judgments made by the Danish courts of law regarding the director's liability. The clarification includes an analysis of case law to find the factors the court attaches significance to in the ruling.

Of the Companies Act § 361 states that the management members could be held liable for facts that is part of gross negligence or intent, which can be equated with the general standard of fault. Of the judicial rate rules are standard of fault has been clarified in relation to the general standard of fault. The courts have for example an assessment of when the operation should be stopped for that management avoid being liable. But when is the time when the company's operations should be stopped. It is difficult to give a clear answer, as several factors come into play at this point.

For shareholders, it can have serious consequences if no operation set in time, as they are liable for the capital they put into the company. To reverse this trend, the management should take discretionary decisions, which is also known by the term "The buisness judgment rule", which is an estimate management use to make based on what they think is right for the company. These estimates should be taken without the management being liable because there is a need for a certain margin of error of assessment ril performance of the company and capital owners' interest. However, there should also be given to creditors, since they risk suffering a loss if the operation in the company not be set when the share capital is lost. There is case law established that hopelessness time is a concept that is used for the time management realized or should have realized that the continued operation would lead to further losses.

The Companies Act thereby creating a framework for their activities and duties, however it does not provide clear answers on when a director has acted negligently or not. Therefore, it is relevant to examine management's liability for continued operation after hopelessness time in the light of Memory Card Technology judgment.

11. Litteraturliste:

11.1. Bøger:

Andersen, Klaus Stubkjær (2011): Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring, 1. udgave, Karnov Group.

Andersen, Lennart Lyng; Vistisen, Torben (2006): U 2006.243 H – direktions- og bestyrelsesansvar for tab lidt ved en fonds drift af restaurant ("Mindshipsagen"), ET.2006.231.

Andersen, Paul Krüger (2013): Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber, 12. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Bergenser, Søren (2012): Tilsynsrådets erstatningsansvar, 1. udgave, Karnov Group.

Bunch, Lars; Rosenberg, Ida (2014): Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, Karnov Group.

Friis Hansen, Søren; Krenchel, Jens Valdemar (2014): Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 4. udgave, Karnov Group.

Gomard, Bernhard og Schaumburg-Müller, Peer (1999) Kapitalselskaber (6. udgave) Jurist-og Økonomforbundets Forlag.

Hedegaard Kristensen, Lars (2009): Karnovs noter til selskabsloven, LFV 2009-05-29 nr. 170 Aktie- og anpartsselskabsloven (selskabsloven), Karnov Group.

Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld (1997) *bestyrelsesansvaret* (1. udgave) Thomson Professional A/S.

Schans Christensen, Jan (2009) kapitalselskaber (3. udgave) Thomson Reuters.

Sofsrud, Thorbjørn (1999) bestyrelsens beslutning og ansvar (1. udgave) Greens Jura A/S.

Stubkjær Andersen, Klaus (2011) Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (1. udgave) Karnov Group Denmark A/S.

Von Eyben, Bo og Isager, Helle (2007) Lærebog i erstatningsret (6. udgave) Jurist-og Økonomforbundets Forlag.

Werlauff, Erik (2010) Selskabsret (8. udgave) Thomson Reuters.

11.2. Artikler:

Betænkning 1498-2008 – modernisering af selskabsretten.

Borch og Vistisen (2007): 30 år efter Havemann- nogle betragtninger om, hvorvidt ledelsesansvaret bedømmes efter en ren culpanorm efter dansk ret., Juridisk tidsskrift, fundet senest den 11. maj 2016.

http://www.rogr.dk/pdf/revisorposten_1_2016.pdf: Bestyrelsens rolle, pligter og ansvar – undgå de alvorlige misforståelser, fundet senest den 8. maj 2016.

Bøggild og Staunstrup: Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar (2015), R&R online, senest fundet den 27. april 2016.

Werlauff, Erik (2015): Memory Card – hvorfor blev bestyrelse og revisorer frifundet trods fejl?: <http://werlauff-publishing.com/news/memory-card-hvorfor-blev-bestyrelse-og-revisorer-frifundet-trods-fejl.html>, fundet senest den 23. april 2016.

11.3. Domsregister.

U.1956.990 S (Dansk Panama Industri)

U.1977.274 H (Havemann)

U.1998.1137 H (OKStimist)

U.2003.317 H (Krepco Holding)

U.2006.243 H (Mindship)

U.2007.497 H (Rejseselskabet Calypso)

U.2015.257 V (G. Kartoffler)

U2015.2075 H (Memory Card Technology)