

Aalborg universitet

Ledelsesansvaret som ansvar svarsmodel i lyset af pro- fessionsansvarsnormen

Juridisk kandidatspeciale

Lisbeth Poulsen
26-05-2016

Indhold

Abstract.....	4
1. Indledning.....	5
1.1 Præsentation af emnet og formål.....	5
1.1.1 Problemformulering.....	5
1.2 Opbygning, afgrænsning og metode.....	5
1.2.1 Metodiske overvejelser, herunder overvejelser om retskilder	6
2. Den almindelige erstatningsret:.....	8
2.1 Culpabegrebets udvikling formål og funktion	9
2.2 Momenter, der tillægges betydning ved culpavurderingen.....	10
3. Professionsansvaret:	12
3.1 Definition af professionsansvaret.....	12
3.2 Professionsansvarets relative strengthed	13
3.2.1 Bonus pater familias	14
3.3 Karakteristika ved professionsansvaret.....	15
3.3.1 Aftalens betydning for professionsansvaret	15
3.3.2 Branchenormer og god skik-reglers betydning for ansvarsvurderingen	19
3.3.3 Brancheledning	21
4. Ledelsesansvaret	22
4.1 Ansvarsstandarden for ledelsesmedlemmer	22
4.2 Momenter i ansvarsvurderingen.....	22
4.2.1 Subjektiv tilregnelser hos bestyrelsesmedlemmet.....	22
4.2.2 Bestyrelsens opgaver.....	23
4.2.3 Vedtægter, ejeraftaler og forretningsordnen.....	25
4.2.4 Bestyrelsesmedlemmets individuelle forudsætninger	26
4.2.5 Det forretningsmæssige skøn	29
4.2.6 God skik	29
4.2.7 Forsikring.....	30
5. Analyse af ledelsesansvarssager i lyset af professionsansvarsmodellen	31
5.1 UfR 1977.274 H – Havemann	31
5.2 UfR 1998.1137 H – OKStimist.....	33
5.3 UfR 2006.2637 H – AOF Århus	35
5.4 UfR 2007.497 H – Calypso Verdensrejser	37
5.6 UfR 2015.257 V – G kartofler	39

5.7 Sammenholdning af domsanalyserne i lyset af professionsansvaret	41
6. Diskussion	44
6.1 Ansvarsnormens relative strengthed.....	44
6.1.1 Nærmere karakterisering af den subjektive tilregnelser for ledelse	45
6.1.2 Betydningen af subjektive forhold.....	46
6.2 Karakteren af bestyrelsens pligter	47
6.2.1 Bagvedliggende hensyn	48
6.2.2 Betydningen af god skik standarder	49
6.2.3 Loyalitetsforpligtigelser	49
7. Konklusion.....	51
8. Litteraturliste:	53
8.1 Bøger:	53
8.2 Artikler:.....	54

Abstract

Thus, the purpose of the thesis is to examine whether the liability of the management of limited companies is comparable to the liability of mainly attorneys, auditors and real-estate agents.

Hence, the purpose of the thesis is to qualify the management's liability in the context of the law of damages. The thesis should thus contribute to a further academically understanding of the management's liability. Under Danish law there are four conditions for awarding of damages, however, this thesis only revolves around the first condition: the basis of liability.

The thesis is opened by a chapter on methodical reflections, followed by a chapter on the law of damages in general, including the basis and development of the culpa based negligence standard.

In order to answer the above mentioned research question the first part of the thesis contains a thorough description of the main elements of the two liability models without, however, elaborating on any of these elements.

Said chapter is followed by a chapter in which selected judgements on the managements liability for not suspending the operation of companies in financial difficulties soon enough, in order to qualify if traditional elements known from the liability model of professional advisers can be identified in judgements on managements boards.

Said chapter is followed by a chapter of discussion in which the two liability models, based on the result of the analysis as well as the general chapters on the two models, are being compared. Furthermore, other theories relating to the specific question are being drawn on in this chapter.

The final chapter is the conclusion to the thesis. The liability of the managers' board is in many ways comparable to the liability of professional advisers. Nevertheless, there are some considerable differences between the two models. The duties of the management are broadly defined within the Danish Companies Act. Said duties are defined according to a "one size fits all" principle. Hence, the Companies Act was designed to apply to all sorts of companies. The duties of professionals, on the other hand, is characterised by being rather small-meshed.

Therefore, the management's liability to pay damages cannot be characterised as a liability of professional advisers. Nevertheless, certain elements from both liability models are comparable to a degree, that the two models can be considered somewhat kindred.

1. Indledning

1.1 Præsentation af emnet og formål

Den almindelige hovedregel i dansk erstatningsret er, at erstatning ifaldes, såfremt det relevante ansvarssubjekt har handlet culpøst. Det samme erstatningsretlige begreb – culpa – er således et bredt favnende begreb, der definerer den målestok erstatningsansvaret skal bedømmes efter i enhver situation og på ethvert livsområde. For at oversekuliggøre dette område er der i teorien fremsat, hvad der kan beskrives som ansvarsmodeller. Disse ansvarsmodeller har til formål at definere den metodiske fremgangsmåde, der almindeligvis følges ved ansvarsvurderingen på et nærmere specificeret livsområde. Der er således ved opstillingen af disse ansvarsmodeller i teorien søgt at udlede særlige momenter, der kan fremhæves ved vurderingen af eksempelvis offentlige myndigheders ansvar, arbejdsgiveransvaret, arrangøransvaret etc. Der er ikke tale om særlige ansvarsnormer, men en udledning af de momenter, der i retspraksis almindeligvis gøres til genstand for overvejelser ved vurderingen af disse konkrete ansvarssituationer.

Ligeledes er der i litteraturen opstillet en professionsansvarsmodel og en ledelsesansvarsmodel, der definerer generelle retningslinjer for bedømmelsen af henholdsvis professionelle aktører og selskabsretlige ledelsesmedlemmers ansvar.

Formålet med nærværende fremstilling er at undersøge, i hvilket omfang ledelsesansvaret kan karakteriseres som et professionsansvar. Resultatet af denne undersøgelse vil dels have en akademisk interesse, idet udfaldet vil kunne bidrage til en systematisering af ledelsesansvaret, hvorefter det afhængigt af udfaldet vil være muligt at placere det i en professionsansvarlig kontekst. Udfaldet vil således kunne bidrage til forståelsen af denne ansvarsmodel. Afhængigt af resultatet vil dette udfald også have en praktisk interesse, idet der på baggrund af denne sammenholdning af de to modeller givetvis vil kunne udledes fællestræk mellem ansvarsmodellerne. Dermed vil en placering af ledelsesansvaret i professionsansvarsmodellens sfære kunne bidrage til en forståelse af, i hvilket omfang man kan inddrage momenter fra denne ansvarsmodel ved vurderingen af ledelsesmedlemmers erstatningsansvar.

1.1.1 Problemformulering

Kan ledelsesansvaret helt eller delvist karakteriseres som et professionsansvar?

1.2 Opbygning, afgrænsning og metode

Formålet med nærværende speciale er som sagt at foretage en sammenligning af de to nævnte ansvarsmodeller. Specialet tilsigter således at udlede generelle momenter i ansvarsvurderingen for henholdsvis professionelle aktører og ledelsesmedlemmer, for derefter at undersøge, om der kan udledes fællestræk for de to modeller, og om ledelsesansvaret skulle kunne defineres som et professionsansvar.

Specialets fokuspunkt er således culpereglen i relation til de to ansvarsmodeller. Derfor indledes specialet med et generelt kapitel om culpereglen i almindelighed, herunder reglens udvikling og placering i erstatningsretten. Det bemærkes, at nærværende speciale alene fokuserer på den første ansvarsbetingelse, som er tilstedeværelsen af et ansvarsgrundlag.

Idet specialets formål er at undersøge, om ledelsesansvaret kan karakteriseres som et professionsansvar vil det herefter være nødvendigt grundigt at redegøre for de grundlæggende træk ved de to ansvarsmodeller, der er defineret i teorien. Dette sker med henblik på en senere diskussion af modellernes fællestræk.

For så vidt angår professionsansvaret er dette et begreb, der i teorien brugt i relation til mange forskellige typer af professioner, jf. afsnit 3.1. I dette speciale skal begrebet dog afgrænses til en traditionel forståelse af begrebet, således at der ved gennemgangen af ansvarsmodellen alene tages udgangspunkt i den ansvarsvurdering som professionelle udøvere af liberale erhverv, navnlig advokater, revisorer og ejendomsmæglere er underlagt.

Ved ledelsen forstås i en selskabsretlig sammenhæng både direktionen og bestyrelsen eller tilsynsrådet. I nærværende speciale tages dog alene udgangspunkt i det ansvar, som påhviler bestyrelsesmedlemmerne. Begrebet afgrænses yderligere, idet der alene tages udgangspunkt i generalforsamlingsvalgte bestyrelser for kapitalsekskaber.

Efter de redegørende kapitler følger et kapitel, hvor en række domme vedrørende bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar gøres til genstand for analyse med henblik på at undersøge, om der kan udledes visse ligheder med professionsansvaret. Den udvalgte retspraksis vedrører standsningssager – sager, hvor domstolene er blevet bedt om at vurdere, om selskabets drift er fortsat på et tidspunkt, hvor ledelsen måtte have indset, at fortsat drift var håbløs. Denne sagstype er valgt, fordi disse domme findes at være udtryk for klassiske bestyrelsesansvarstyper, idet de vedrører en af bestyrelsens overordnede pligter, i form af bestyrelsens tilsynspligt. Dermed prøves i disse sager et element, som også ofte vil være relevant i andre ledelsesmæssige erstatningssagstyper.

Herefter følger en diskussion af, om ledelsesansvaret kan betragtes som et professionsansvar, idet der i den forbindelse inddrages relevant litteratur, der har behandlet emnet samt resultatet af de ovenstående analyser.

Slutteligt følger en konklusion, hvor det vurderes, i hvilket omfang ledelsesansvaret kan siges at være et professionsansvar.

1.2.1 Metodiske overvejelser, herunder overvejelser om retskilder

Projektet er udarbejdet i overensstemmelse med den retsdogmatiske metode. Ifølge Munk-Hansen er retsdogmatikkens opgave ”at analysere og beskrive den i samtiden gældende ret”.¹

Den retsdogmatiske metode er således karakteriseret ved, på baggrund af fortolkning af retskilder, at analysere og beskrive regler på et nærmere defineret område, herunder at bidrage med nye relevante perspektiver på et område.²

Retskilderne omfatter lov, retspraksis, sædvaner og forholdets natur.³ Juridisk litteratur er således ikke en retskilde, der kan støttes ret på. Litteraturen kan alligevel i vidt omfang ind-

¹ Munk-Hansen, s. 190.

² Op.cit., s. 202 f.

³ Op.cit., s. 192.

drages, da litteraturen netop er et udtryk for en beskrivelse af gældende ret på baggrund af en analyse af relevante retskilder i overensstemmelse med ovennævnte metode.

Udvælgelsen af dommene er således sket i overensstemmelse med almindelige principper om præjudikatværdi.⁴ Således er de hovedparten af dommene Højesteretsdomme, idet en enkelt dom dog er en Landsretsdom. Denne dom, der blev afsagt i 2014 er dog medtaget, fordi den er blandt de nyeste domme indenfor den konkrete sagstype. UfR 1977.274 H og UfR 1998.1137 H er medtaget, til trods for, at begge domme er forholdsvis gamle, fordi dommene er tillagt væsentlig betydning i litteraturen. Desuden er de med til at illustrere, at praksis på det konkrete område er etableret og opretholdt over en lang årrække.

⁴ Munk-Hansen, s. 305 ff.

2. Den almindelige erstatningsret:

Erstatningsretten beskrives af von Eyben & Isager som *"en samlebetegnelse for de retsregler, der fastlægger betingelserne for, at nogen kan drages til ansvar for en indtrådt skade på en sådan måde, at vedkommende bliver forpligtet til at betale erstatning"*.⁵

Indenfor erstatningsretten sondres der traditionelt mellem kontrakt- og deliktansvar. Betydningen af denne sondring vil gennemgås nedenfor i afsnit 3.3.1.1, idet det her skal bemærkes, at de to regelsæt i dansk ret antages at være ligestillede.⁶ Skadelidte vælger således selv, hvilket regelsæt denne vil gå frem efter i tilfælde af, at begge finder anvendelse.

Erstatningsretten er kun i begrænset omfang lovfæstet, idet den almindelige culparegel gælder som den almindelige hovedregel, og i øvrigt er forudsat i en række lovbestemmelser.⁷ Der er fire erstatningsretlige betingelser, der alle skal være opfyldt, for at en skadevolder kan tilpligtes at betale erstatning til en skadelidte. Først og fremmest skal der være et ansvarsgrundlag til stede, der som udgangspunkt er det almindelige culpaansvar. Derudover, er det en betingelse for at ifalde erstatning, at skadelidte kan dokumentere, at have lidt et økonomisk tab som følge af den indtrådte skade. Ydermere skal skaden være en kausal følge af skadevolderens erstatningspådragende adfærd,⁸ og endeligt skal den indtrådte skade være en adækvat følge af skadevolderens adfærd.⁹

Erstatningsretten har overordnet to funktioner; dels har den et genoprettende formål, idet skadelidte sikres imod det økonomiske tab, denne lider som følge af skadevolderens erstatningspådragende adfærd. Derudover har den en præventiv effekt, idet skadevolderen straffes for den ansvarspådragende adfærd denne udviser. Derved kommer erstatningsretten til at spille sammen med både forsikrings- og socialretten i det også disse områder har et tabsspredende og genoprettende sigte, ligesom det præventive formål i erstatningsretten trækker tråde til strafferetten.¹⁰

I nyere tid har fokus i højere grad været på erstatningsrettens tabsspredningsevne. Denne indfaldsvinkel flytter fokuset mod skadelidtes evne og muligheder, hvorved der ses en glidning væk fra den traditionelle culpavurdering, der tager udgangspunkt i skadevolders forhold, og kommer bl.a. til udtryk i objektivt ansvar. Dette indebærer ikke, at culpa ikke længe er et udtryk for den almindelige erstatningsregel. Culpa er hovedreglen, der regulerer de områder, hvor der ikke gennem retspraksis og ved lovgivning er indført objektivt ansvar eller særlige erstatningsordninger.¹¹

I den forbindelse er det ligeledes værd at bemærke, at forsikringsretten antages at påvirke erstatningsretten. Det følger af erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, at i det omfang en skade er dækket under en forsikring, skal regressen falde der, hvor der er forsikringsdækning. Ligeledes antages der at være en sammenhæng mellem tilstedeværelsen af ansvarsforsikringer og

⁵ Isager & von Eyben, s 21.

⁶ Bryde Andersen, U2001B.119.

⁷ Gomard, s. 17.

⁸ Isager & von Eyben, s. 23.

⁹ Op.cit., s. 295.

¹⁰ Langsted, s. 101.

¹¹ Ibid.

skærpelse af ansvar. Således synes der at kunne spores en vekselvirkning, hvor tilstedeværelsen af en ansvarsforsikring bevirker en skærpelse af ansvaret, og hvor en skærpelse af ansvaret bevirker en øget efterspørgsel efter ansvarsforsikringer.¹²

2.1 Culpabegrebets udvikling formål og funktion

Udviklingen i erstatningsretten har været præget af valget mellem en objektiv og en subjektiv ansvarsregel. Culpareglen, der er et udtryk for den subjektive ansvarsregel, afløste middelalderens kasuistiske bodssystem, hvor der fastsattes bestemte takster for konkrete skadessituationer, der dels fungerede som erstatning, dels som straf.¹³

Culpa er den latinske betegnelse for begrebet skyld. Brugen af culpabegrebet understreger imidlertid, at erstatningsreglens grundbetingelse ikke er skyld i en almindelig moralsk forstand, men at der er tale om et særligt retligt begreb.¹⁴ Ansvar efter den almindelige erstatningsregel forudsætter i almindelighed, at den skadevoldende adfærd frembød en vis risiko, og dermed kan karakteriseres som farlig eller uforsvarlig.¹⁵

Culpareglen blev accepteret som den almindelige erstatningsregel i sidste halvdel af 1700-tallet og teoretisk formuleret i starten af 1800-tallet.¹⁶ Culpareglen blev første gang anvendt ved Højesteretsdom af 7. marts 1759 under en sag, hvor en flydebro havde rykket sig løs og beskadiget en galease. Da konflikten ikke var reguleret i loven blev sagen afgjort på baggrund af en culpavurdering.¹⁷ Med industrialismen opstod der en modreaktion mod den subjektive erstatningsregel. Årsagen hertil var formodentlig dels, at nye trafikmidler medførte en øget risiko for alvorlige skader, dels opstod der med arbejdernes organisering krav om større social tryghed en culpareglen kunne give. Således indførtes der i 1898 et begrænset objektivt ansvar for arbejdsulykker, mens færdselsloven i 1903 skærpede culpaansvaret ved at pålægge brugeren af motorkøretøjer et præsumptionsansvar.¹⁸

Henry Ussing foreslog i sin disputas ”Skyld og skade” fra 1914 et generelt princip om objektivt ansvar for farlig virksomhed.¹⁹ Højesteret pålagde første gang objektivt ansvar med Aalborg klosterdommen (U1968.84 H), hvor bygherren blev pålagt ansvaret for de skader, piloteringsarbejde havde forvoldt Aalborg kloster.²⁰

Denne udvikling kan ikke ses som et udtryk for, at dansk erstatningsret har bevæget sig væk fra culpa som almindelig erstatningsregel. Det indebærer blot, at objektivt ansvar er opstået som en lovbestemt og retspraksisskabt undtagelse til den almindelige hovedregel.²¹

Et af hovedformålene med erstatningsretningen er at sikre økonomisk genopretning af skadelidte. Dermed har erstatningsretten en tryghedsskabende funktion. Overflyttelsen af tabet

¹² Isager & von Eyben, s. 49.

¹³ Op.cit., s. 43.

¹⁴ Gomard, s. 34.

¹⁵ Op.cit., s. 35.

¹⁶ Isager & von Eyben s 44 f.

¹⁷ Langsted (2012), s 251 f.

¹⁸ Isager & von Eyben s 44 f.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Isager & von Eyben s 178.

²¹ Op.cit., s 45 ff.

kan imidlertid kun finde sted, når skadevolderen har handlet erstatningspådragende. Dermed har erstatningsretten ligeledes en præventiv effekt, idet udsigten til at skulle betale erstatning kan virke som et incitament til at udvise en fornøden agtpågivenhed.²²

Culpabedømmelsen i delikt er traditionelt formuleret som en ansvarsbedømmelse bestående af to komponenter, henholdsvis en vurdering af skadevolder handling eller undladelse, henholdsvis hans erkendelsesmæssige forudsætning herfor. Erstatningsansvar i delikt forudsætter herefter, at en handling objektivt set er uforsvarlig og, at der kan påvises et objektivt retsbrud samt, at dette objektive retsbrud subjektivt kan tilregnes skadevolderen som forsættligt eller uagtsomt.²⁶ I kontrakt anlægges der et anderledes perspektiv, idet der ikke ses på, om skadevolder har udvist en retskrænkelse, men på om der er handlet pligtstridigt.²⁷

Det objektive element – kravet om der er sket en retskrænkelse – indebærer, at handlingen skal have en kvalificeret karakter, førend skadevolder kan ifalde ansvar. Det er således ikke nok, at handlingen resulterer i et tab, som skadevolder kunne have indset eller forudset. Betingelsen indebærer således, at handlingen efter sin karakter må være dadelværdig. Man vil således ikke ifalde ansvar for at forvolde en anden en skade, hvis skaden forvoldes ved en retsmæssig adfærd.²⁸

Det subjektive element indeholder et krav om tilregnelser, der i erstatningsretten omfatter såvel forsæt som uagtsomhed. Det vil i almindelighed forlanges, at skadevolderen opfylder en almindelig agtsomhedsnorm, som må anses som rimelig i den konkrete situation, idet skadevolderen ikke kan undskylde sig med, at han af personlige grunde ikke kunne indse, at handlingen var uforsvarlig.²⁹

Udviklingen i erstatningsretten er i nyere tid gået i retningen af en objektiveret culpabedømmelse. Dermed lægges vægt ikke på skadevolders subjektive forhold, men i højere grad på den udviste adfærds farlighed og skadeevne samt om handlingen afviger fra et alment anerkendt adfærdsmønster.³⁰ Dermed bliver fokuspunktet, om den pågældende handling objektivt kan karakteriseres som uforsvarlig, og i mindre grad hvad skadevolderen indså på tidspunktet for skadeforvoldelsen³¹

2.2 Momenter, der tillægges betydning ved culpavurderingen

Den klassiske ansvarsvurdering tager udgangspunkt i en bonus pater vurdering, der vil blive gennemgået nedenfor, jf. afsnit 3.2.1. I nyere tid, har det afgørende moment i culpavurderingen imidlertid været en vurdering af den skadevoldende handling snarere end det psykiske beredskab hos skadevolderen. Ifølge von Eyben og Isager vil man ved besvarelsen af, om skadevolderen har handlet culpøst med fordel kunne stille spørgsmålet: *”Var den måde, hvorpå skadevolder handlede, den rette?”*³²

²² Isager & von Eyben, 45 ff.

²⁶ Sofsrud, s. 117; Langsted, s. 254 ff.

²⁷ Gomard (1990), s. 40 ff.

²⁸ Vinding Kruse, s. 29 ff.

²⁹ Op.cit., s. 52 ff.

³⁰ Sofsrud, s. 124

³¹ Ulfbeck, s. 32.

³² Isager & von Eyben, s. 88 ff.

I retspraksis synes udgangspunktet for ansvarsvurderingen at være, om skadevolderens adfærd afveg fra et anerkendt adfærdsmønster. Dermed kan agtsomhedsvurderingen tage udgangspunkt i de almindelige retskilder i sædvanligt hierarki. Herefter vil overtrædelse af offentlige forskrifter, herunder almindelige handlepligter, almindeligvis betyde at skadevolder har handlet ansvarspådragende.³³ Derudover vil naturligvis retspraksis og sædvaner være afgørende i ansvarsvurderingen. Endeligt vil man i mangel af sådanne retningslinjer kunne se på handlingens skadeevne, farlighed og skadevolders mulighed for at undgå skaden.³⁴

³³ Isager & von Eyben, s. 88 ff.

³⁴ Op.cit., s. 104 ff.

3. Professionsansvaret:

3.1 Definition af professionsansvaret

Begrebet professionsansvar er blevet anvendt siden midten af sidste århundrede, og er primært set anvendt synonymt med ”professionelt ansvar”.³⁵ Begrebet ses i litteraturen anvendt på flere forskellige måder.³⁶ Den traditionelle teoretiske behandling af professionsansvaret vedrører det ansvar, der påhviler udøvere af liberale erhverv i forbindelse med deres udførelse af rådgivning og ekspeditioner.³⁷ De aktører der falder under dette klassiske professionsansvarsbegreb er navnlig advokater, revisorer og ejendomsmæglere. Et særligt kendetegn for ansvarsager vedrørende disse aktører er, ”at den virksomhed de udfører, som regel alene består i levering af tjenesteydelser af intellektuel karakter, og at mangelfuld udførelse af opgaven medfører et tab i form af almindelig formueskade.”³⁸ Professionsansvaret er således i nyere tid i højere grad blevet identificeret med rådgivningsansvaret,³⁹ og det er et karakteristisk træk ved professionsansvaret i dag, at rådgivning udgør det primære indhold.⁴⁰ Begrebet professionelt ansvar forekommer imidlertid mere dækkende end begrebet rådgiveransvar, idet den ydelse den professionelle leverer, består af mere end blot rådgivningen, om end dette er den primære ydelse.⁴¹

Begrebet bruges imidlertid også i bredere forstand, således at det også omfatter øvrige liberale erhverv så som læger, tandlæger, ingeniører mv., hvis ydelse almindeligvis har en mere *håndværksmæssig karakter* og hvis mangelfulde ydelse derfor typisk vil føre til integritetskrænkelser.⁴² Fælles for såvel de klassiske aktører som de aktører, der falder under begrebet i bredere forstand, er, at ”de pågældende i kraft af en teoretisk uddannelse inden for et bestemt fag sidder inde med særlig viden, som kan danne grundlag for rådgivning og eventuel efterfølgende udførelse af særlige arbejdspræstationer.”⁴³

Professionsansvarsnormen ses også anvendt i en endnu bredere forstand, hvorefter det også omfatter håndværksmæssige fag.⁴⁴ Dr.jur. Stig Jørgensen fremhæver fire særlige elementer, der antages at være indeholdt i begrebet: ”1) en særlig sagkyndig rådgivnings og/eller arbejdspræstation, 2) en særlig ”faglig etos”, som går ud over den almindelige moral, 3) medlemskab af en kollektiv organisation, der regulerer tilgangen og fastsætter de ”fagetiske normer”, og 4) en særlig social status, der kan henføres til en særlig lovgivning eller anden offentlig autorisation eller medlemskab af en anden socialt anerkendt faglig forening.”⁴⁵

³⁵ Langsted (2012), s. 256-257.

³⁶ Ulfbeck, s. 23.

³⁷ Samuelson & Søgaard, s. 13.

³⁸ Ulfbeck, s. 23.

³⁹ Isager & von Eyben, s. 114.

⁴⁰ Ulfbeck, s. 24.

⁴¹ Samuelson & Søgaard, s 13 f.

⁴² Ulfbeck, s. 23.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Isager & von Eyben s. 113.

⁴⁵ Jørgensen, s. 3 f.

3.2 Professionsansvarets relative strengthed

Der er i teorien bred enighed om, at uanset hvilken definition af professionsansvaret der lægges til grund, ifaldes ansvaret efter en culpavurdering af om erhvervsudøveren har handlet i overensstemmelse med de krav der, indenfor dennes profession kan stilles til udførelsen af den konkrete opgave.⁴⁶ Det karakteristiske ved professionsansvaret er således, at der ved ansvarsvurderingen tages udgangspunkt i en særlig professionsmålestok. Derfor er det ifølge Ulfbeck i en erstatningsretlig kontekst hensigtsmæssigt at tale om professionsansvar i alle tilfælde, hvor det er muligt at identificere en særlig tradition eller standard for, hvordan en bestemt ydelse skal præsteres.⁴⁷

Hovedparten af de forfattere der har beskæftiget sig med professionsansvaret, er således af den holdning, at professionelles ansvar bedømmes efter en almindelig culpastandard.⁴⁸ Professionsansvaret er imidlertid undertiden blevet beskrevet som et ”strengt” eller ligefremt ”skærpet” culpaansvar⁴⁹, ligesom visse forfattere har betegnet det som objektivt eller objektiviseret.⁵⁰

Det er ikke tydeligt, hvad der ligger i udsagnene om, at professionsansvaret skulle være særligt strengt. Umiddelbart giver det indtrykket, at ansvaret skulle være strengere end det almindelige culpaansvar. Det kan således give det indtryk, at der er tale om et præsumptionsansvar eller sågar et objektivt ansvar. Sådanne synspunkter synes imidlertid ikke at være støttet i retspraksis. Ej heller er der holdepunkter for, at professionsansvaret skulle være udtryk for et skærpet ansvar i form af et præsumptionsansvar, selvom bevisbyrden efter omstændighederne kan vendes i konkrete tilfælde.⁵²

Det forhold at culpavurderingen af den professionelle udøver af et hverv tager udgangspunkt i den adfærdsstandard, der kan forventes af en professionel og ikke den, som kunne forventes af en person uden særlige forudsætninger, kan imidlertid ikke ses som udtryk for, at culpa-normen for professionelle er særligt strengt eller skærpet. Derimod er det blot et udtryk for culpa-normens relativitet.⁵³

Culpanormen er en retlig standard og dermed ikke en absolut størrelse, der gælder på samme måde på alle områder. Agtsomhedsnormen der ved ansvarsbedømmelsen skal prøves varierer afhængigt af, hvilket område man befinder sig indenfor. Culpa foreligger som bekendt almindeligvis, hvis man har handlet anderledes end det kunne forlanges, hvorfor det er afgørende at fastlægge de normer, der gælder for ansvarlig ageren indenfor et konkret område. Indenfor erhvervsmæssig udøvelse af virksomhed vil en skadevolder typisk vurderes at have handlet culpøst, dersom personen har tilsidesat branchens kutymer for forsvarlig udførelse af hvervet – den faglige norm.⁵⁴

⁴⁶ Langsted (2012), s. 256 f.

⁴⁷ Ulfbeck, s. 24.

⁴⁸ Samuelsen & Søgaard, s. 21.

⁴⁹ Isager & von Eyben, s. 112.

⁵⁰ Samuelsen & Søgaard, s. 21.

⁵² Ulfbeck, s. 35.

⁵³ Isager & von Eyben, s. 112 f

⁵⁴ Samuelsen & Søgaard, s. 22 f.

Indenfor en given branche kan der dermed opstilles så mange krav til den faglige norm, at udøveren, selvom denne har iagttaget den største grad af agtpågivenhed, ikke kan være sikker på, at denne til enhver tid har efterlevet alle branchens krav. Dermed kan ansvaret føles strengt⁵⁵, men dette er blot et udtryk for, at der af professionen og samfundet i øvrigt stilles høje krav til netop denne profession.⁵⁶ Herudover kan det anføres, at der indenfor visse traditionelle liberale erhverv gælder et skærpet ansvar i forhold til visse rådgivningsopgaver, mens andre typer rådgivning er underlagt en mildere culpabedømmelse.⁵⁷ Illustrativt kan afgørelsen UfR 1998.344 V nævnes, hvor en advokat ifaldt ansvar overfor sin klient, der var forbruger, i forbindelse med rådgivning om kurssikring. I Landsrettens præmisser blev der lagt vægt på, at advokaten ikke omhyggeligt havde forklaret om *kurssikringens funktion samt den risiko man løb ved ikke at kurssikre sammenholdt med udgiften til at kurssikre*. Derimod er eksempelvis ansvarsvurderingen for rådgivning vedrørende vanskelige juridiske spørgsmål almindeligvis mild.⁵⁸ Ydermere anfører Ulfbeck, at der på områder med udpræget brancheglidning, jf. afsnit 3.3.3, kan være en mildere bedømmelse af rådgivning, der ligger i periferien af rådgiverens felt.⁵⁹

Professionsansvaret er overordnet set ikke underlagt særlige lovgivning.⁶⁰ Culpareglens relativitet viser sig i forhold til professionelle udøver derved at de forskrifter og sædvaner, der indgår i agtsomhedsbedømmelsen, er skabt med henblik på fagets standarder, og ikke på hvordan den klassiske bonus pater ville have ageret under de samme omstændigheder.⁶¹

Opsummerende kan det fastslås, at professionsansvaret kan anses som strengt i den forstand, at der ved ansvarsvurderingen skal foretages en sammenligning med den almindelige, gode udøver af hvervet og ikke den almindelige, fornuftige person. At bruge betegnelsen streng om dette forhold forekommer dog misvisende, idet det ikke fastslår andet, end hvad der må være almindelig sund fornuft for de fleste. Udtrykket strengt eller skærpet ansvar giver imidlertid indtryk af, at der er tale om et strengere ansvar end culpa, eksempelvis et præsumptionsansvar, et objektivt ansvar eller en optimus-vir standard.

3.2.1 Bonus pater familias

Culpareglen er traditionelt blevet fremstillet således, at der indtræder erstatningsansvar for den skade, der forvoldes ved en skadevolders forsætlige eller uagtsomme adfærd.⁶²

I henhold til den klassiske agtsomhedsvurdering, har en person handlet uagtsomt, såfremt denne ikke har udvist den grad af forsigtighed og omhu, som en god familiefader ville have udvist i en tilsvarende situation – agtsomhedsvurderingen tager således udgangspunkt i en bonus pater familias vurdering. Denne klassiske agtsomhedsvurdering er blevet kritiseret,

⁵⁵ Samuelsen & Søgaard, s. 22 f.

⁵⁶ Langsted (2012), s 262.

⁵⁷ Bergenser, s. 309 f.

⁵⁸ Ibid.; Halling-Overgaard (2002), s. 29 f.

⁵⁹ Ulfbeck, s. 36.

⁶⁰ Langsted, s. 101.

⁶¹ Isager & von Eyben, s. 112.

⁶² Op.cit., s. 86 f.

bl.a. af Isager & von Eyben, og man har i nyere tid bevæget sig væk fra begrebet i erstatningsretten.⁶³

Langsted, på den anden side, argumenterer for, at begrebet fortsat er anvendeligt, idet han bl.a. hævder, at *"man kunne måske tværtimod sige, at styrken og klarheden netop altid har været, at testen – the reasonable man – altid har passet ind i forskellige områder. Eller omvendt: testen har aldrig været klar i betydningen: det giver sig selv, hvad en god familiefader ville gøre i en given situation."*⁶⁷ Langsted er således af den overbevisning, at bonus pater vurderingen er nyttig, også i forhold til vurderingen af professionelle rådgivere, idet det er indbygget i vurderingen, at der skal tages højde for ansvarssubjektets erhvervsmæssige status.

Det kan anføres, at det er uden betydning, hvorvidt man kalder prøven en bonus pater vurdering eller omtaler det som et professionsansvar, så længe der er enighed om den metode man går frem efter ved vurderingen: en sammenholdning af den faktiske beviste adfærd, med den hypotetiske adfærd, som man burde kunne forvente, at skadevolderen ville have udvist. Langsted argumenterer dog for, at brugen af professionsansvar som begreb kan forekomme slørende for forståelsen, idet ordet professionsansvar indikerer, at der er tale om noget andet – strengere – end det almindelige erstatningsansvar.⁶⁸

Jull Sørensen foreslår, at man kunne tale om en bonus pater professionalis, hvorved understreges, at sammenligningsgrundlaget ved ansvarsvurderingen er den almindelige gode professionelle.⁶⁹

Opsamlende forekommer brugen af bonus pater begrebet nyttig i den forstand, at en professionel aktør sammenlignes med den almindelige, gode aktør indenfor sit felt. Det synes således at være et begreb, der bidrager til forståelsen af målestokken for ansvarsvurderingen.

3.3 Karakteristika ved professionsansvaret

Ovenfor er professionsansvaret blevet defineret som et almindeligt culpaansvar. Herefter er det relevant at fremhæve en række momenter, der ofte har betydning i ansvarsvurderingen af professionelle aktører. Der er i øvrigt værd at bemærke, at de behandlede professioner er karakteriseret ved, at der stilles krav om teoretiske uddannelser til udøvere af disse professioner.

3.3.1 Aftalens betydning for professionsansvaret

Professionsansvaret er først og fremmest karakteriseret ved, at der typisk vil forelægge en kontrakt mellem rådgiveren og klienten, mens rådgiverens forhold til eventuelle tredjemænd ikke er kontraktbaseret. Det vil imidlertid ikke være præcist at karakteriserer ansvaret som et rent kontraktansvar overfor klienten og et rent deliktsansvar over for tredjemanden. Selvom der er en kontrakt mellem rådgiver og klient, findes der supplerende og udfyldende pligter

⁶³ Isager & von Eyben, s. 86.

⁶⁷ Langsted (2012), s. 260 f.

⁶⁸ Op.cit, s. 253.

⁶⁹ Sørensen, s. 124.

indenfor de forskellige rådgivningsområder, og kontrakten kan have indvirkning på det ansvar, den professionelle kan ifalde over for tredjemand.⁷⁰

Dermed får kontrakten en væsentlig indflydelse i forhold til den culpavurdering, der skal foretages i forhold til en rådgivers erstatningspådragende adfærd, idet aftalen definerer den ydelse, der skal leveres.⁷¹

Såfremt den aftalte ydelse falder ind under et erhvervs sædvanlige ydelser (eksempelvis en advokat, der antages til retssagsførelse eller udfærdigelse af juridiske dokumenter, revisor antages til revision af regnskab), vil kravene til ydelsen som altovervejende hovedregel være suppleret af erhvervs-specifikke krav. Disse kan eksistere dels som nedfældede skriftlige standarder dels som uskrevne regler for skik og brug. Er der derimod tale om en usædvanlig ydelse for erhvervet, vil standarden for ydelsen i højere grad være hjemlet i aftalen.⁷²

Det er yderligere værd at bemærke, at tilstedeværelsen af en kontrakt medfører, at der opstår en række almindelige pligter mellem parterne, der ikke fremgår eksplicit af kontrakten herunder diverse oplysningspligter, adfærdspligter og omsorgspligter. Ligeledes bevirker kontrakten, at der opstår en almindelig loyalitetspligt mellem rådgiveren og klienten. I advokatforhold vil denne loyalitetspligt imidlertid ofte være sammenfaldende med de krav, der gælder til god skik.⁷³

3.3.1.1 Kontrakt eller delikt

Professionsansvaret kan beskrives således, at det befinder sig i et grænseområde mellem kontrakt- og deliktsansvaret. Sondringens selvstændige betydning er diskuteret i praksis og neddroset, bl.a. under hensyn til at den vil variere fra sag til sag.⁷⁴ Det må dog anføres, at der fortsat ligger nogle *centrale iagttagelser, hensyn og konsekvensretninger* afhængigt af om man befinder sig i eller udenfor kontrakt, der retfærdiggør sondringens fortsatte berettigelse.⁷⁵ Kvalifikationen af hvorvidt man er inden eller udenfor kontrakt, påvirker således, hvilke beføjelser der kan gøres gældende. Konkret i forhold til erstatning vil den almindelige, ligefremme bevisbyrde i delikt ofte vendes i kontrakt. Sondringen kan imidlertid ikke opretholdes skarpt i alle situationer, idet der findes en række områder, hvor der sker overlap.⁷⁶

Blandt teoretikere er der således enighed om, at professionsansvaret befinder sig i et grænseområde mellem kontrakt og delikt, men det er omtvistet om udgangspunktet skal tages i delikt eller kontrakt.⁷⁷ Tvivlen skyldes formodentligt, at der på den ene side ofte vil være et kontraktforhold mellem parterne, men at nævnte kontraktforhold ikke er altafgørende for ansvarsgrundlaget. Ydermere forekommer det, at skadelidte er en tredjemand, der således ikke

⁷⁰ Langsted, s. 126 f.

⁷¹ Op.cit., s. 145 f.

⁷² Ibid.

⁷³ Sørensen, s. 115 ff., Bryde Andersen, s. 211.

⁷⁴ Ibid., s. 114.

⁷⁵ Langsted, s. 130.

⁷⁶ Ulfbeck (2000), s 94 ff.

⁷⁷ Langsted, s. 129.

har et kontraktforhold til rådgiveren.⁷⁸ Ansvaret påvirkes således i mindre grad af aftalen mellem parterne end ansvaret i andre kontraktforhold gør.⁷⁹

Sondringens betydning er som sagt blevet nedtonet, idet sondringen ikke i domspraksis har givet anledning til nævneværdige overvejelser.⁸¹ Spørgsmålet om, hvorvidt ansvarsområdet ligger inden- eller udenfor kontrakt har dog betydning i flere relationer. Vibe Ulfbeck fremhæver således følgende forhold, der påvirkes af om ansvaret er et delikt- eller et kontraktansvar: Ved anvendelse af kontraktreglerne vil kravene til den ydelse der skal erlægges være afgørende, mens fokus ved anvendelse af deliktreglerne bliver, aftaleafhængige udefra givende standarder. Herudover har sondringen betydning for bevisbyrden, der som udgangspunkt er ligefrem i delikt, men ofte er omvendt i kontrakt. Yderligere nævnes muligheden for ansvarsbegrænsninger, der som udgangspunkt gyldigt kan vedtages i kontrakt, men som ikke kan vedtages i delikt.⁸²

Der kan ikke gives et generelt svar på, om professionsansvaret er et kontrakt- eller deliktansvar. Det kan variere afhængigt af de konkrete omstændigheder samt afhængigt af den konkrete profession.⁸³

3.3.2.2 Aftaler om ydelsens karakter

Kontrakten i rådgivningsforholdet udgør rammen for den ydelse, rådgiveren tilpligter sig at levere. Det almindelige udgangspunkt er således, at parterne frit kan aftale, hvad der skal rådgives om. kontraktforholdet definerer til en hvis grad rådgiverens pligter overfor klienten, idet opdraget er defineret i aftalen.⁸⁴

Det er imidlertid samtidig den almene opfattelse, at den faglige tradition er udgangspunktet for ansvarsbedømmelsen,⁸⁵ således kan den professionelle rådgiver som helt klar hovedregel ikke aftale at levere en ringere ydelse end den almindelige gode rådgivningsydelse.⁸⁶ Yder den professionelle således en indsats, der er ringere end hvad fagets traditioner tilskriver, vil denne normalt ifalde ansvar derfor, uanset om klienten er gjort bekendt med, hvordan den professionelle vil gribe opgaven an, og uanset at parterne har aftalt et mindre vederlag.⁸⁷

3.3.2.3 Resultatforpligtigelse kontra indsatsforpligtigelse

Ved aftaleindgåelsen mellem rådgiver og klient påtager rådgiveren sig at levere en ydelse i form af rådgivning. Kernen i rådgiverens ydelse er at levere *fagligt tilpasset information til sin klient*. Dette medfører, at der i rådgivningsydelsen ikke er et tilsagn om et bestemt resultat, men at rådgiveren har tilpligtet sig at leverer den almindelige korrekte og relevante in-

⁷⁸ Ulfbeck, s. 27.

⁷⁹ Gomard (1990), s 368 f.

⁸¹ Langsted, s. 130.

⁸² Ulfbeck, s. 28.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Langsted, s. 134 f.

⁸⁵ Samuelsen & Søgaard, s. 24.

⁸⁶ Ulfbeck, s.41 f.

⁸⁷ Gomard (1990), s. 365.

formation, som klienten behøver for at træffe en beslutning. Det er dog dermed ikke udelukket, at der mellem rådgiver og klient aftales en indeståelse for et bestemt resultat.⁸⁸

Rådgiveren kan imidlertid have påtaget sig at levere et bestemt resultat – eksempelvis advokaten, der påtager sig at udforme et testamente, et skøde eller lignende, som i højere grad har karakter af en resultatforpligtigelse. En resultatforpligtigelse medfører ikke i sig selv, at der indtræder objektivt ansvar for tab, idet erstatningsansvar for mangelfuld levering af en resultatforpligtigelse forudsætter det fornødne ansvarsgrundlag.⁸⁹ Opgaver, der har karakter af resultatforpligtigelser vil imidlertid almindeligvis dømmes strengere end indsatsforpligtigelser, typisk derved, at disse sager dømmes efter et præsumptionsansvar.⁹⁰

3.3.2.4 Vederlag og markedsførings betydning for ansvarsvurderingen

Det er i teorien diskuteret, om ansvarsvurderingen af den professionelle aktør under visse omstændigheder kan skærpes, således at ansvarsvurderingen skal foretages på baggrund af en optimus-vir standard. Synspunktet er blandt andre anført af Vibe Ulfbeck, der anfører, at det er almindeligt antaget, at vederlagets størrelse ikke i sig selv er af afgørende betydning for culpavurderingen, men at vederlaget kan indgå som et af flere kriterier ved ansvarsvurderingen.⁹¹ Et særligt lavt honorar kan næppe retfærdiggøre en ringere ydelse fra rådgiveren. I forhold til netop rådgivningsydelsen vil en sådan prisfastsætning være uigennemskuelig for klienten, der formodentlig ikke vil være i stand til at overskue konsekvenserne af en indskrænket rådgivning.⁹²

Det er ligeledes overvejet, om et særligt højt vederlag skulle kunne medføre en skærpelse af ansvarsvurderingen, idet det kan give indtryk af, at der skal leveres en tilsvarende bedre ydelse. Det er dog ikke et forhold, der er blevet lagt vægt på i retspraksis.⁹³

Ulfbeck argumenterer ligeledes for, at advokaters markedsføring som specialister skulle bewirke, at disse skulle bedømmes efter en specialistmålestok, idet det forekommer *”nærliggende at antage, at lejeretsadvokaten må sammenlignes med den almindelige gode lejeretsadvokat, skatteretsadvokaten med den almindeligt gode skatteretsadvokat etc.”*⁹⁴

Samme synspunkt er fremført af Halling-Overgaard, der anfører, at *”det forekommer [...] naturligt, at den advokat, der konkret tilbyder en specialiseret rådgivningsydelse, også må forvente, at domstolene kan inddrage dette forhold ved stillingtagen til, hvorvidt advokaten har handlet culpøst.”*⁹⁵

Synspunktet har dog ikke vundet gehør i retspraksis, hvorfor gældende ret må være, at der ikke gælder en specialiststandard for advokater, uanset hvordan de markedsfører sig.

⁸⁸ Langsted, s. 140 f.

⁸⁹ Ulfbeck, s. 28 f.

⁹⁰ Op.cit., s. 60.

⁹¹ Ulfbeck, s. 64.

⁹² Langsted, s. 163.

⁹³ Bergenser, s. 314 f.

⁹⁴ Ulfbeck, s. 62

⁹⁵ Halling-Overgaard (2002), s. 31.

3.3.2 Branchenormer og god skik-reglers betydning for ansvarsvurderingen

Som ovenfor beskrevet, jf. kapitel 2, har der generelt i erstatningsretten kunnet observeres en objektiviseringstendens. Professionsområdet er et af de områder, hvor denne objektiviseringstendens tydeligst er slået igennem, hvilket ses derved, at ansvarsvurderingen ofte vil tage udgangspunkt i branchenormer.⁹⁶ Inden for de traditionelle rådgivererhverv er der således udviklet særlige standarder for, hvad en given rådgivningsydelse indebærer.⁹⁷ Hermed forstås, at hvis en klient henvender sig til en rådgiver med henblik på løsning af et konkret problem, vil der typisk være udviklet så generelle normer for, hvad en sådan rådgivning indebærer, som definerer, hvilken standard rådgivningen skal leve op til. Eksempelvis kan nævnes afgørelsen UfR 1998.344 V, hvor en advokat, der havde rådgivet sin forbrugerclient i forbindelse med en ejendomshandel. Advokaten havde herunder rådgivet om muligheden for kursikring. Retten fandt, at advokaten havde handlet ansvarspådragende, idet denne havde pligt til *"omhyggeligt at forklare indstævnte om kurssikringens funktion og den økonomiske risiko, indstævnte ville løbe ved ikke at kurssikre, sammenholdt med udgiften til kurssikring"*. Det statueres dermed forholdsvist klart, at advokaten havde pligt til at lave regneeksempler på den risiko, klienten løb. Retten lagde i øvrigt vægt på, at advokaten ikke kunne undlade denne rådgivning eller undgå den ved at henvise til anden rådgiver.

Der formodes således at være vise kernekompetenceområder indenfor rådgivningsområder, som der gælder klare kutymer og normer for, og som rådgiveren ikke kan afgrænse sin rådgivning fra igennem ansvarsfraskrivelser.⁹⁸ Den professionelle kan eksempelvis ikke fraskrive sig ansvaret for kvaliteten af en ydelse således, at det aftales, at der leveres en rådgivning, der er ringere end den almindelige gode rådgivning.⁹⁹

Dermed opstår spørgsmålet om betydningen af god skik-regler.¹⁰⁰ Lovgivningen indeholder et betydeligt antal regler om, at der generelt i visse kvalificerede erhverv skal iagttages god, faglig skik.¹⁰¹ Det følger eksempelvis af retsplejelovens § 126, revisorlovens § 16 og ejendomsmæglerlovens § 24, at disse erhverv skal iagttage god skik.

God skik kan dels være en skik, der *faktisk i betydeligt omfang følges af velanskrevne kvalificerede personer*. Derudover kan det ligeledes være en adfærd, der ikke er, men som ville være en ønskelig fulgt adfærdsnorm på et område.¹⁰² For de traditionelle professionsansvar, det vil sige advokater, revisorer og ejendomsmæglere, har sådanne regler eksisteret i mange år.¹⁰³ Disse god-skik regler har primært et disciplinært formål, men vil ofte være et lod i ansvarsvurderingen.¹⁰⁴ Ved god skik vurdering, gives domstolene et betydeligt bemyndigelse til at vurdere, om den adfærd skadevolder har udvist, kan anses som acceptabel. God skik vurderingen er sidefleksibel, og giver domstolene plads til en vis frihed i vurderingen.¹⁰⁵

⁹⁶ Ulfbeck, s. 32 f.

⁹⁷ Bergenser, s. 309.

⁹⁸ Op.cit., s. 310 f.

⁹⁹ Ulfbeck, s. 41 f.

¹⁰⁰ Op.cit., s. 32 f.

¹⁰¹ Gomard, s. 40

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Bergenser, s. 315 f.

¹⁰⁴ Ibid

¹⁰⁵ Gomard, s. 41

Som ovenfor nævnt bevirker kontraktforholdet, at der opstår en loyalitetsforpligtigelse. Loyalitetspligten gælder imidlertid som følge af god-skik standarden udenfor kontraktforholdet. Rådgiveren har således en vis omsorgspligt over for tredjemænd. Denne omsorgspligt kan eksempelvis komme til udtryk ved en pligt til at opfordre modparten til at søge rådgivning, hvis dette er nødvendigt. Ligeledes har rådgiveren en loyalitetspligt over for samfundet eller ”fællesskabet” i bred forstand. Dette ses især i forhold til revisorer, der er ”offentlighedens tillidsrepræsentant”, men også advokater formodes at have pligt til at varetage samfundsmæssige hensyn i et vist omfang.¹⁰⁶

Der eksisterer ikke en fuldstændig, præcis afgrænsning af, hvad der kan karakteriseres som god-skik regler. Af samme grund er det ikke muligt at udlede fuldstændigt entydige svar i forhold til god-skik reglernes betydning for ansvarsvurderingen på. I det omfang god skik-reglerne indgår i ansvarsvurderingen vil de som oftest virke skærpene.¹⁰⁷ God skik reglernes betydning varierer i øvrigt inden for professionsansvarsansvarsmodellen. For så vidt angår revisoransvaret, er det således med dommen gengivet i UfR 1978.653 H slået fast, at *”det må være en betingelse for at pålægge en revisor erstatningsansvar, at han i udførelsen af sit arbejde har handlet i strid med god revisorskik”*. Dermed sættes den nederste grænse for, hvad der anses som culpøs adfærd hos en revisor.

Udsagnet giver dog ingen vejledning til, hvad god revisorskik er. I praksis vil man i konkrete erstatningssager søge det fastlagt ved indhentelse af responsum fra Danske Revisorers Responsumudvalg. Halling-Overgaard nævner en række momenter, der typisk kan lægges vægt på. Først og fremmest ser man, når man er indenfor revisorloven, tage udgangspunkt i Danske Revisorers revisorfaglige standarder. I tilfælde udenfor revisorlovens område, vil momenter der kan tages udgangspunkt være, om revisor har haft fornødne kvalifikationer til at yde den konkrete rådgivning på en kvalificeret og korrekt måde. Ydermere fremhæves bl.a. et almindeligt loyalitetspligt, hvilket indebærer, at revisor har pligt til at varetage klientens interesse.¹⁰⁸

For så vidt angår god advokatskik anfører Halling-Overgaard, at det som udgangspunkt må være en forudsætning, at advokaten har handlet erstatningspådragende, *”at denne har handlet i strid med god advokatskik, men at dette ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at advokaten har handlet i strid med god advokatskik i disciplinærretlig forstand. Dette udgangspunkt kan dog fraviges konkret”*¹⁰⁹ at Ved forståelse af god skik vurderingens placering i ansvarsvurderingen, kan det være værdifuldt, at vende tilbage til den traditionelle sondring mellem et subjektivt og en objektivt element i culpavurderingen, jf. kapitel 2. Herefter udgør handlinger i strid med god skik en retskrænkelser, og dermed opfyldelsen af den objektive del. Dette ses i praksis ved, at man ved vurderingen af, om en professionel aktør har handlet i strid med god skik, typisk vil indhente responsa fra sagkyndige udvalg. Det er imidlertid fortsat alene domstolene, der vurderer om kravet om subjektiv tilregnelser er opfyldt.¹¹⁰ God skik vurderingen er dermed en del af culpavurderingen.

¹⁰⁶ Sørensen 172 ff.

¹⁰⁷ Bergenser, s. 316

¹⁰⁸ Halling-Overgaard (2014), s. 142 f.

¹⁰⁹ Halling-Overgaard(2002), s. 38

¹¹⁰ Bønsing, s. 108

3.3.3 Branche­glidning

Som nævnt under afsnit 3.1 er grundtanken bag professionsansvaret, at den skadevoldendes adfærd sammenlignes med den adfærd, som en fagmand ville have udvist i en tilsvarende situation, således vurderes skadevolderens ansvar på baggrund af de normer, der findes på området og på baggrund af de særlige faglige forudsætninger, den professionelle har.¹¹¹

Imidlertid er der sket en nedbrydning af traditionelle faggrænser i nyere tid, således at rådgivning ikke nødvendigvis udøves indenfor snævre faggrupper. Således vil ejendomsmæglere eksempelvis ofte yde økonomisk og juridisk rådgivning, ligesom revisorer rådgiver om skatteretlige og organisationsmæssige forhold.¹¹² I disse situationer bør der, ifølge Stig Jørgensen, gælde et funktionsbestemt professionsansvar: *”Det nytter ikke, at institutionen f.eks. vil frigøre sig fra en juridisk professionsstandard ved at lade en ikke-juridisk bankansat udføre juridisk arbejde, som det nu er muligt. For bedømmelsen af tilstandsrapporter er det også ligegyldigt, om den konkrete konsulent har en teknisk eller anden professionel baggrund. Man er det, som man gør!”*¹¹³

Udviskningen af faggrænserne medfører imidlertid også, at det ikke nødvendigvis er fuldstændigt klart, hvilke rådgivningsopgaver der har karakter af typiske advokat eller revisoropgaver. Dermed er det ikke nødvendigvis klart, hvilken standard den pågældende udøver skal dømmes efter.¹¹⁴ I disse situationer taler Vibe Ulfbeck for, at området kunne være afgørende for den ansvarsmålestok, der anvendes i ansvarsbedømmelsen, således at der skulle gælde en funktionsbestemt ansvarsnorm frem for en statusbestemt.¹¹⁵

Retstilstanden er imidlertid ikke fuldstændig klar i forhold til om ansvarsnormen er status- eller funktionsbestemt. Eksempelvis er ejendomsmæglerområdet et professionsområde, der i høj grad er funktionsbestemt, idet ejendomsmæglerloven taler om formidlere af fast ejendom, jf. lov om formidling af fast ejendom § 1. Modsætningsvis kan nævnes tidligere nævnte afgørelse UfR 1998.344 V, hvor både en ejendomsmægler og en advokat havde rådgivet om kurssikring. Det var imidlertid kun advokaten, der ifaldt ansvar for mangelfuld rådgivning. Retstilstanden indebærer således på nuværende tidspunkt ikke, at den professionelle aktør dømmes efter et funktionsbestemt professionsansvar.¹¹⁶

¹¹¹ Ulfbeck, s. 25 f.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Jørgensen, s. 13

¹¹⁴ Ulfbeck, s. 26

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Bergenser, s. 312.

4. Ledelsesansvaret

Ledelsesansvaret er hjemlet i selskabslovens § 361, stk. 1, der har følgende ordlyd:

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

Dermed fastslår selskabsloven, at ledelsesmedlemmer er underlagt et almindeligt culpaansvar. Der er herefter ikke sket materielle ændringer i ansvarsnormen med selskabsloven fra 2010, hvorfor retspraksis fra tiden før den nye selskabslov fortsat har fuld præjudikatværdi.¹¹⁷

Det må bemærkes, at det i ansvarsvurderingen kan spille en rolle, hvilken af nævnte aktører, der gør kravet gældende, idet der kan lægges vægt på forskellige momenter.¹¹⁸

4.1 Ansvarsstandarden for ledelsesmedlemmer

Uagtet at ledelsesmedlemmer i sagens natur udgør en uhomogen gruppe, er udgangspunktet for culpavurderingen, at samme standard gælder for alle bestyrelsesmedlemmer, uanset om de er medarbejdervalgte, eller om de er professionelle.¹¹⁹

Ledelsesansvaret er individuelt, hvilket indebærer, at en konkret ansvarsvurdering skal foretages over det enkelte ledelsesmedlem, og at dele af en bestyrelse kan ifalde ansvar, uden at alle medlemmerne ifalder ansvar. Har et medlem af bestyrelsen eksempelvis ikke deltaget i en beslutning, der viser sig at være ansvarspådragende, vil medlemmet som udgangspunkt gå fri for ansvar.¹²⁰

4.2 Momenter i ansvarsvurderingen

Ledelsesansvaret er, som andre ansvarsmodeller, karakteriseret ved, at der findes en række momenter, der ofte har betydning i vurderingen af, om det relevante ansvarssubjekt har handlet ansvarspådragende. I det følgende afsnit vil disse momenter blive uddybet.

4.2.1 Subjektiv tilregnelser hos bestyrelsesmedlemmet

I kapitel 2 er det nævnt, at culpabedømmelsen i nyere tid er objektiveret, hvorved forstås, at ansvarsvurderingen i højere grad fokuserer på, om handlingen var retsstridig end på, hvad det var konkrete ansvarssubjekts muligt at erkende.

Sofsrud anfører, at et ”krav til skadevolders erkendelse er udtryk for en begrænsning i de tilfælde, hvor der ifaldes ansvar for en given disposition”¹²², hermed forstås, at det subjektive moment i ansvarsvurderingen af bestyrelsesmedlemmet nødvendigvis må tillægges betydning i ansvarsvurderingen. Bestyrelsesmedlemmets erstatningsansvar må nødvendigvis bedømmes på baggrund af bestyrelsesmedlemmets erkendelsesmæssige forudsætninger på

¹¹⁷ Werlauff, s. 576.

¹¹⁸ Andersen, s. 506 ff.

¹¹⁹ Op.cit., s. 501, jf. Bet. nr. 1498/2008, s. 41.

¹²⁰ Op.cit., s. 500.

¹²² Sofsrud, s. 125.

tidspunktet for den erstatningsforvoldende adfærd.¹²³ Det overvejes i den forbindelse, om der kan stilles visse minimumskrav til bestyrelsens erkendelse, jf. nedenfor afsnit 4.2.4.

4.2.1.1 Bonus pater og overordnede tendenser i ansvarsvurderingen

Som ovenfor i afsnit 3.2.1 nævnt, er det traditionelle udgangspunkt for ansvarsvurderingen en bonus pater familias. Indenfor ledelsesansvarsområdet vil udgangspunktet for ansvarsvurderingen således skulle tages i et bonus pater bestyrelsesmedlem. Ifølge Werlauff giver en sådan norm imidlertid kun ringe vejledning for ansvarsvurderingen, da ledelsesmedlemmer overordnet set udgør en uhomogen gruppe. I stedet for at tage udgangspunkt i en bonus pater figur, bør man tage udgangspunkt i de handlenormer og pligter, der følger af selskabslovgivningen, selskabets vedtægter og for direktører eventuelle ansættelseskontrakter, hvorved vurderingen bliver mere objektiviseret.¹²⁴

Synspunktet er ligeledes udtrykt af Rolf Dotevall, der udtrykker det således: ”... konsekvensen av en sådan metod skulle då bli, at man i princip skulla kunna byta ut t.ex. ledningen i ett stort börsnoterat bolag mot personar som har motsvarende uppdrag i ett litet bolag med endast några få aktieägare.”¹²⁵

Betragtningerne forekommer rigtige; det forekommer ikke retvisende at stille samme krav bestyrelsen i et mindre kapitalselskab, som man stiller til bestyrelsen for et selskab af en betydelig størrelse. I stedet bør vurderingen tage udgangspunkt i mere generelle retningslinjer.

Den under kapitel 3.2.1 anførte kontrakritik af bonus pater begrebet synes imidlertid ikke irrelevant i forhold til bestyrelsesansvaret. Bonus pater begrebet giver kun ringe vejledning til, hvad der konkret er ansvarspådragende, men opstiller en referenceramme for sammenligningsgrundlaget: så længe man har handlet som det almindelige, gode bestyrelsesmedlem ville have gjort, er man ansvarsfri. Selvom begrebet naturligvis må være fleksibelt i forhold til de konkrete omstændigheder – og det konkrete selskab - indeholder begrebet det indlysende element, at ansvarssubjektet må sammenlignes med ”a reasonable man”.

4.2.2 Bestyrelsens opgaver

Gomard og Schamburg-Müller har beskrevet culpanormen således at, ”indholdet af culpa-normen, når den anvendes på ansvar for udførelse af et særligt hverv, f.eks. hvervet som direktør, bestyrelsesmedlem eller revisor i et selskab, beror på, hvilke opgaver og krav hvervet stiller.”¹²⁶

Som nævnt under afsnit 2.2 vil overtrædelse af en offentlig forskrift almindeligvis være en klar indikation af, at der er udvist culpa.

Ligeledes er udgangspunktet for vurderingen af, om et bestyrelsesmedlem har handlet ansvarspådragende, det relevante lovgrundlags definition af bestyrelsens pligter, samt retningslinjer udstukket i bl.a. vedtægter og forretningsorden. Bestyrelsen er primært bundet af loven, vedtægter og sit skøn, mens indholdet af aftaler mellem aktionærer ikke binder bestyrel-

¹²³ Sofsrud, s. 125.

¹²⁴ Werlauff, s. 593.

¹²⁵ Dotevall, s. 62 ff.

¹²⁶ Gomard & Schamburg-Müller, s. 570.

sen. Bestyrelsens opgave er at varetage selskabets interesser, hvorfor det ikke disculperer, hvis bestyrelsen træffer beslutninger i henhold til aktionæraftaler.¹²⁷

Manglende iagttagelse af de pligter, der ifølge selskabsloven påhviler bestyrelsen vil ofte være ansvarspådragende.¹²⁸ Betydningen af en udtrykkelig regulering kan dog ikke tegnes så skarpt op, at der i alle tilfælde vil kunne sættes lighedstegn mellem tilsidesættelse af en forskrift og erstatningsansvar, men vil altid bero på en konkret vurdering. Ved vurderingen må normens interessesubjekt tillægges betydning, hvilket vil sige, at domstolene må tage stilling til, om den konkrete regel søger at afveje hensynet mellem skadevolder og skadelidte, eller om formålet bag reglen er begrundet i forhold, der er den konkrete ansvarssag uvedkommende. Omvendt kan et bestyrelsesmedlem efter omstændighederne findes ansvarlig på ulovbestemt grundlag.¹²⁹

I relation til bestyrelsesansvaret er det ikke ualmindeligt, at det ansvarspådragende forhold vedrører en undladelse snarere end en aktiv handling, således vil det dadelværdige forhold sommetider være, at bestyrelsen ikke foretog sig noget på et tidspunkt, hvor det burde have stået bestyrelsen klart, at den burde have handlet.¹³⁰

4.2.2.1 Bestyrelsens overordnede pligter

Bestyrelsens overordnede pligter følger af selskabslovens § 115, der har følgende ordlyd:

I kapitalselskaber, der har en bestyrelse, skal denne ud over at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalselskabets virksomhed påse, at

- 1) bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalselskabets forhold er tilfredsstillende,*
- 2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,*
- 3) bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om kapitalselskabets finansielle forhold,*
- 4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer og*
- 5) kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalselskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og kapitalselskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.*

Dermed er bestyrelsen overordnede opgave at sikre en forsvarlig organisation samt at føre tilsyn med selskabet, mens den daglige ledelse almindeligvis er lagt ud til en direktion. Det er indlysende, at det ikke kan forventes, at bestyrelsen beskæftiger sig med ledelsen i mindste detalje.¹³¹ I den forbindelse er det ikke uvæsentligt at bemærke, at bestyrelsesmedlemmerne må gå ud fra, at de modtager relevante og sandfærdige oplysninger fra direktionen,¹³² så læn-

¹²⁷ Samuelsson m.fl, s. 38.

¹²⁸ Gomard & Schamburg-Müller, s. 567.

¹²⁹ Sofsrud, s. 177 ff.

¹³⁰ Werlauf, s. 597.

¹³¹ Op.cit., s. 599.

¹³² Sofsrud, s. 420.

ge bestyrelsen i henhold til selskabslovens § 115 påser, at der er en forsvarlig forretningsgang for rapportering fra direktionen til bestyrelsen.

Selskabslovens § 115 formulerer således bestyrelsens overordnede pligter. Selskabsloven er formuleret tilstrækkeligt bredt til, at den kan omfavne alle type selskaber, der er omfattet af loven. De konkrete pligter, som en bestyrelse er underlagt, vil imidlertid i sagens natur variere afhængigt af det konkrete selskabs karakter.¹³³

Selskabsloven indeholder yderligere en række mere konkrete bestemmelser om bestyrelsens pligter. Eksempelvis kan nævnes § 119, der tilsiger, at ledelsen skal sikre afholdelse af generalforsamling indenfor seks måneder efter, at det konstateres, at halvdelen af selskabskapitalen er tabt.

4.2.3 Vedtægter, ejeraftaler og forretningsordnen

Bestyrelsen er alene bundet af lovgivning og selskabets vedtægter. Vedtægterne indtager et centralt element i ansvarsvurderingen, idet vedtægterne definerer selskabets formål, jf. selskabslovens § 28, nr. 2. Formålsbestemmelsen sætter dermed grænser for, hvilken virksomhed selskabet må udøve og dermed grænsen for, hvilke risici kapitalejerne ønsker at selskabet påtager sig.¹³⁴ Kapitalejerne har herefter krav på, at selskabet holder sig indenfor de rammer, der er fastsat i vedtægterne.¹³⁵ Formålstridige dispositioner vil således være et ungt lod i ansvarsskålen, uden at det dog dermed kan siges, at de er underlagt objektivt ansvar.¹³⁶

Ejerftaler er defineret i selskabslovens § 5, nr. 6, hvorefter der ved ejerftaler forstås *”aftale, der regulerer ejer og ledelsesforholdet i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejerne”*.

Ejerftalen binder ikke selskabet, jf. selskabslovens § 82, hvorfor det modsætningsvist må sluttes, at de binder kapitalejerne.¹³⁷ Ejerftalen regulerer det interne forhold mellem kapitalejerne, hvorfor ejerftalen ikke nødvendigvis er ugyldig, selvom den strider mod vedtægterne. I forhold til bestyrelsen har det ifølge Werlauff, med støtte i udvalgets betænkning, den konsekvens, at bestyrelsen ikke kan lade sig binde af nogen form for ejerftaler. Bestyrelseserhvervet er et personligt hverv, og bestyrelsesmedlemmerne kan ikke underlægges instruktion. Lader en bestyrelse sig binde af ejerftaler i strid med vedtægterne kan bestyrelsen herefter efter omstændighederne ifalde ansvar.¹³⁸

Ved udøvelse af sine skøn, skal bestyrelsen alene tage hensyn til, hvad der tjener selskabet bedst. Bestyrelsen er således ikke underlagt aktionærs kontrol- eller instruktionsbeføjelse. Dermed kan en ansvarspådragende handling ikke undskyldes med, at bestyrelsesmedlemmet har handlet efter instruks fra en aktionær.¹³⁹

Dette udgangspunkt er formodentligt modificeret i forhold til ansvar overfor selskabet selv eller kapitalejerne. I disse tabstilsfælde kan der efter de konkrete omstændigheder ved an-

¹³³ Samuelsson m.fl., s. 21.

¹³⁴ Op.cit., s. 39 ff.

¹³⁵ Andersen, s. 176.

¹³⁶ Samuelsson m.fl., s. 39 ff.

¹³⁷ Andersen, s. 179.

¹³⁸ Werlauf UfR2010B.130, jf. bet. nr. 1498/2008 s. 840.

¹³⁹ Samuelsson m.fl., s. 46 f.

svarsvurderingen tages hensyn til, om en kritisabel disposition er foretaget i overensstemmelse med en instruktion eller tilskyndelse, der er vedtaget på en generalforsamling. Såfremt generalforsamlingen vedtager en instruks, der ligger indenfor selskabets formål, er der omvendt tale om instruktion fra en trinøjere instans, som bestyrelsen naturligvis er forpligtiget til at følge.¹⁴⁰

For så vidt angår forretningsordnen vedtaget i henhold til selskabslovens § 130, stk. 1, er der tale om internt vedtagne regler, der ikke er offentligt tilgængelige og som bestyrelsen kan ændre eller konkret vælge at fravige. Derfor kan en tilsidesættelse af forretningsordnen ikke i sig selv begrunde at bestyrelsen ifalder ansvar.¹⁴¹

4.2.3.1 Er ledelsesansvaret et kontrakt- eller deliktsansvar?

Bestyrelsen vælges af selskabets generalforsamling, jf. selskabslovens § 111. Det helt klare udgangspunkt er derfor, at der ikke er et kontraktforhold mellem selskabet og nogen af de potentielle skadelidte, hvorfor bestyrelsesansvaret må betegnes et deliktsansvar.

På baggrund af ovenstående afsnit, kan det dog overvejes, om ejerftaler kan medføre et kontraktuelt præg til bestyrelsesansvaret. Som ovenfor nævnt, er Werlauffs holdning, at ejerftaler ikke forpligter bestyrelsen i det omfang, aftalen strider mod bestyrelsens konkrete skøn over, hvad der bør foretages til ledelse af selskabet.¹⁴²

Det forekommer dog ikke sikkert, at man kan afvise ejerftaler så kategorisk. Lego Andersen påpeger således, at generalforsamlingen kan træffe beslutninger, ”som bestyrelsen har pligt til at respektere”. Forfatteren argumenterer i forlængelse deraf for, at ejerftaler kan tillægges en vis betydning.¹⁴³

Ejerftaler kan, i henhold til almindelige aftaleretlige principper, kun påberåbes overfor kontraktparten. Derfor vil de i forhold til ansvarsvurderingen kun have betydning i forhold til ansvarssager anlagt af kapitalejere. Det kan ikke afvises, at de under konkrete omstændigheder vil kunne tillægges betydning. Det forekommer rimeligt at antage, at bestyrelsen overfor en sagsøgende kapitalejer kan gøre gældende, at man handlede i henhold til aftale med den pågældende kapitalejer, og at det må være et formildende element i ansvarsvurderingen. På den baggrund kan det ikke udelukkes, at ledelsesansvaret i visse tilfælde kan bevæge sig mod grænsen til et kontraktansvar. Det klare udgangspunkt er dog, at der er tale om et deliktsansvar.

4.2.4 Bestyrelsesmedlemmets individuelle forudsætninger

Der findes visse tilbud af bestyrelsesuddannelser, hvis konkrete indhold det ikke er muligt at afgrænse nærmere. Det er dog ikke uddannelser, der stiller krav om, at man tager, for at kunne blive en del af en bestyrelse.¹⁴⁵ Således kan en hvilken som helst – uanset uddannelsesmæssige baggrund – påtage sig ledelsesmæssige hverv. I sagens natur vil de enkelte bestyrelsesmedlemmer derfor have forskellige baggrunde og forudsætninger for varetagelsen af

¹⁴⁰ Samuelsson m.fl. s. 47 f.

¹⁴¹ Sofsrud, s. 208.

¹⁴² Werlauf UfR2010B.130.

¹⁴³ Lego Andersen.

¹⁴⁵ Bergenser, s. 321.

deres hverv, og der kan ikke identificeres en fælles faglig baggrund, som alle bestyrelsesmedlemmer har.

4.2.4.1 Bestyrelsesmedlemmets særlige forudsætninger

Gomard & Schamburg-Müller anfører, at der ved ansvarsvurderingen ikke tages hensyn til særlige forudsætninger. Således dømmes det bestyrelsesmedlem, der eksempelvis er advokat, uden at virke som advokat for selskabet, på samme måde som de øvrige medlemmer.¹⁴⁶

Werlauff anfører på den anden side, at der som udgangspunkt gælder et lighedsprincip for bestyrelsen, men ”at dog at en specialist i spidsen for bestyrelsen, fx en advokat, kan have tendenser i retning af en skærpet ansvarsstandard.”¹⁴⁷ Samtidig påpeger Werlauff, at den interne arbejdsfordeling i bestyrelsen kan spille ind i ansvarsvurderingen, idet formanden eksempelvis ofte vil være holdt bedre orienteret end menige medlemmer, og derfor tidligere bør blive bekendt med eventuelt problematiske forhold.¹⁴⁸

Samuelsson & Søgaard anfører ligeledes, at ”særlige forudsætninger – fortrin – kan bevirke, at medlemmet underkastes en skærpet bedømmelse i forhold til de øvrige medlemmer”, ligesom at der kan påhvile bestyrelsesformanden flere forpligtigelser, end der påhviler det menige medlem.¹⁴⁹

Det må den baggrund fastslås, at det i litteraturen ikke er klart fastslået, hvilken betydning særlige forudsætninger skal have, men at de pligter der påhviler bestyrelsesmedlemmerne ikke nødvendigvis er sammenfaldende.

4.2.4.2 Minimumskrav

Fælles for alle ledelsesmedlemmerne er, at bestyrelsesarbejdet er frivilligt. Det enkelte bestyrelsesmedlem må derfor vurdere, om denne har de den fornødne indsigt, tid og forudsætninger i øvrigt for varetagelse af bestyrelsesarbejdet¹⁵⁰

Ved adfærdsnormens fastlæggelse skal der herefter som udgangspunkt ikke tages hensyn til det pågældende ledelsesmedlems individuelle forudsætninger; den enkeltes individuelle manglende formåen er ikke en undskyldningsgrund i culpavurderingen,¹⁵¹ jf. UfR 1962.151 H, hvor manglende regnskabsmæssig indsigt ikke kunne undskylde en bestyrelsesformand. Tilsvarende virker manglende tid til at sætte sig ind i selskabets forhold ikke disculperende i ansvarsbedømmelsen.¹⁵²

Der er i litteraturen fremført et synspunkt om, at der er et *almindeligt minimumskrav* til bestyrelsesmedlemmerne, hvorefter der er et krav om en vis almen, men ikke specifik indsigt i erhvervsforhold. Sofsrud har kritiseret dette synspunkt for at være uklart. Det er ikke åbenlyst, hvad der må opfattes som almen eller specifik viden og, og det er formodentlig ikke mu-

¹⁴⁶ Gomard & Schamburg-Müller, s. 567 f.

¹⁴⁷ Werlauff, RR.2013.03.44.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Samuelsson m.fl. s. 33 ff.

¹⁵⁰ Andersen, s. 501.

¹⁵¹ Samuelsson m.fl., s. 25 f., Andersen, s. 501.

¹⁵² Ibid.; Ibid.

ligt konkret at henvise til konkrete kvalifikationer, som ledelsesmedlem i almindelighed må have i henhold til minimumskravet.¹⁵³

Ifølge Sofsrud vil en fastsættelse af bestemte minimumskvalifikationer under hensyn til selskabets behov næppe kunne opfyldes af samtlige bestyrelsesmedlemmer, hvilket skaber et dilemma. Eksempelvis kan et medlem være valgt på grund af en særlig faglig indsigt i markedsføring, uden at leve op til et eventuelt minimumskrav om juridisk eller økonomisk indsigt. Forfatteren mener, at problemet må løses ved en erkendelse af, at medlemmernes kvalifikationer måske ikke hver for sig lever op til sådanne minimumskrav, men at de enkeltes forudsætninger og faglige bidrag må tages i betragtning ved ansvarsvurderingen.¹⁵⁴

Der har i teorien også været en vis diskussion af, om såkaldte familiebestyrelsesmedlemmer skulle være underlagt en mildere norm end andre bestyrelsesmedlemmer. Ved familiebestyrelsesmedlemmer forstås medlemmer, der er valgt til bestyrelsen for et selskab, som er ejet af familie eller bekendte, der samtidig fungerer som direktører i disse selskaber. Bestyrelsesmedlemmernes funktion er muligvis primært at sikre, at selskabet lever op til selskabslovens formelle krav. Dette synspunkt, der har en vis støtte i retspraksis, der imidlertid er af ældre dato, er antaget af Samuelsson og Søgaard.¹⁵⁵ Omvendt synes det mere rigtigt ikke at tillægge sådanne relationer betydning i selve ansvarsvurderingen, idet der i selskabslovens § 363, stk. 1 er givet domstolene mulighed for at lempe erstatningsansvaret, såfremt omstændighederne taler derfor.¹⁵⁶

Dermed er den ansvarsnorm, der gælder bestyrelsesmedlemmer som udgangspunkt objektiv – ikke at forveksle med objektivt ansvar, men i den forstand, at normen fastlægges ved at afgrænse de krav til kundskab og adfærd, der med rimelighed må kunne stilles til det gennemsnitlige bestyrelsesmedlem. Dermed stilles der i sagens natur visse krav til det enkelte ledelsesmedlems kundskabs- og erfaringsniveau.¹⁵⁷ Der må herved i sagens natur foretages en differentiering afhængig af selskabets karakter, således at bestyrelsesmedlemmerne i en ideel idrætsklub ikke forudsættes at have samme forudsætninger som ledelsen i et selskab med en betydelig omsætning.¹⁵⁸

4.2.4.3 Vederlagets betydning

På baggrund af ovennævnte betragtninger, virker det nærliggende at antage, at forventningerne til bestyrelsen for et erhvervmæssigt selskab, hvor bestyrelsesmedlemmerne givetvis modtager et (ikke ubetydeligt) vederlag for deres arbejde, må være højere end forventningerne er til et ideelt selskab, hvor bestyrelsen har påtaget deres hverv af ideelle årsager. Omvendt kan et selskab, hvis bestyrelse har påtaget sig hvervet på frivillig basis, have en betydelig omsætning og råde over store værdier.¹⁵⁹ Problemstillingen er i retspraksis behandlet i

¹⁵³ Sofsrud, s. 473 ff.

¹⁵⁴ Op.cit., s. 477 ff.

¹⁵⁵ Samuelsson m.fl., s. 131 ff.

¹⁵⁶ Bergenser, s. 323. Det bemærkes, at forfatteren diskuterer problemet i forhold til tilsynsrådet, men på baggrund af litteratur og praksis vedrørende bestyrelsesansvaret.

¹⁵⁷ Samuelsson m.fl., s. 27; Boe, afs. 2.2.3.

¹⁵⁸ Op.cit., s. 27.

¹⁵⁹ Op.cit., s. 28 f.

AOF-dommen, jf. afsnit 5.3, hvor Højesteret fastslog, at vederlaget ikke skulle tillægges betydning.

Det må antages, at det ikke har ansvarsfritagende virkning, at et bestyrelsesmedlem ikke modtog, eller kun modtog et beskedent vederlag for sit arbejde.¹⁶⁰ Hvorvidt det kan tillægges betydning, at bestyrelsen modtog et (betydeligt) vederlag er mere tvivlsomt. Samuelsson & Søgaard anfører i den henseende følgende: *”Modtager bestyrelsen vederlag – udover det rent symbolske – peger dette på en forventning om, at der i den pågældende bestyrelse skulle leveres en egentlig professionel bestyrelsesindsats, hvilket må føre til, at medlemmer af den pågældende bestyrelse næppe kan kræve sig bedømt efter nogle mildere ansvarsnormer. ...I princippet bør størrelsen af vederlaget [...] ikke være afgørende for ansvarsbedømmelsen. Dog må man ved marginale afgørelser kunne henvise til et vederlag, som i dets størrelse viser, at det har været hensigten, at der skulle leveres en reel og helhjertet arbejdsindsats i bestyrelsesarbejdet.”* I øvrigt bemærkes det, at i det omfang vederlaget kan have betydning, kan det formodentlig kun gøres gældende af selskabet eller aktionere.¹⁶¹

Tilsvarende kan der forekomme situationer, hvor en bestyrelse på grund af manglende viden og indsigt ikke indser, at visse tiltag indebærer nogle risici, som går ud over det, som med rimelighed er tilladeligt i forhold til potentielle skadelidte. I disse tilfælde er uvidenhed som udgangspunkt ikke disculperende.¹⁶²

4.2.5 Det forretningsmæssige skøn

Bestyrelsens overordnede opgave er at forestå den overordnede og generelle ledelse af selskabet. Dette indebærer selvsagt, at bestyrelsen i vidt omfang har til opgave at foretage en række skønsmæssige beslutninger, der i sagens natur vil kunne vise sig, at være tabsgivende for selskabet.

Efter amerikansk og engelsk forbillede er det fast antaget, at der i dansk ret gælder en ”business judgment rule”.¹⁶³ Hensynet bag nævnte princip er en betragtning, hvorefter domstolene ikke er egnede til at dømme forretningsmæssige dispositioner i forhold til, om disse var fornuftige, men alene skal vurdere, om beslutningen kan karakteriseres som ansvarspådragende.

I henhold til ”the business judgment rule”, er bestyrelsen således ansvarsfri, såfremt dens beslutning hviler på et forretningsmæssigt skøn udøvet i god tro og på et forsvarligt oplyst grundlag, selvom beslutningen efterfølgende må betegnes som et tabsforvoldende fejlskøn. Domstolsprøvelsen vedrører således ikke selve skønnet, men alene grundlaget for det udøvede skøn.¹⁶⁴

4.2.6 God skik

Overordnede findes der ikke lovfæstede krav til god skik for ledelsesmedlemmer i kapital-selskaber. Det er i litteraturen overvejet, om man kan opstille almene normer, der gælder for

¹⁶⁰ Samuelsson m.fl., s. 31.

¹⁶¹ Op.cit., s. 32.

¹⁶² Op.cit, s. 30.

¹⁶³ Sofsrud, s. 136 f.

¹⁶⁴ Ibid; Gomard & Schamburg-Müller, s. 573 ff.

god og anstændig opførelse. Overvejelsen besvares imidlertid benægtende, idet disse normer kan variere fra branche til branche. Overordnet må det skadevoldende ledelsesmedlem bedømmes på baggrund af de normer, der gælder inden for den virksomhedsart ledelsesmedlemmet er tilknyttet.¹⁶⁸

4.2.7 Forsikring

Som ovenfor nævnt i kapitel 2 er erstatningsretten tæt forbundet med forsikringsretten. Modsat hvad der gælder for de traditionelle professionsansvarsområder er ledelsesmedlemmer ikke lovmæssigt forpligtiget til at tegne en ansvarsforsikring, men ledelsesansvarsforsikringer udbydes imidlertid i vidt omfang.¹⁶⁹

I det omfang en skade er dækket af en forsikring, vil domstolene efter erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2 kunne pålægge den forsikringsdækkede skadevolder at bære den fulde erstatning i det indbyrdes forhold, som bl.a. skete i UfR 2005.918 H og UfR 1998.1138 H.

Det kan ikke heraf sluttes, at forsikringsdækning skærper ansvarsbedømmelsen af ledelsesmedlemmer, men Gomard og Schamburg-Müller anfører, at en øget udbredelse af bestyrelsesansvarsforsikringer kan bevirke en skærpelse af bestyrelsesansvaret.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Samuelsson m.fl, s. 29 f.

¹⁶⁹ Op.cit., s. 14.

¹⁷⁰ Gomard & Schamburg-Müller, s. 582 f.

5. Analyse af ledelsesansvarssager i lyset af professionsansvarsmodellen

I det følgende afsnit gennemgås en række ansvarssager, idet analysen søger at undersøge om de ansvarsmomenter, der er gennemgået i kapitel 3, ligeledes kan spores i ledelsesansvarssager.

Som beskrevet i kapitel 3, er professionsansvaret kendetegnet ved at være differentieret i den forstand, at der stilles særlige krav til den professionelle aktør qua dennes hverv, således at der ved ansvarsvurderingen af den professionelle foretages en sammenligning med, hvordan en professionel inden for samme felt i en tilsvarende situation ville have handlet, hvorfor ansvaret kan beskrives som relativt strengt.

Derudover er professionsansvaret karakteriseret ved at befinde sig i et grænseområde mellem kontrakt og delikt. Den professionelle aktørs pligter udspringer således af et kontraktforhold, men karakteren af kravene til ydelsen vil i høj grad følge af branchenormer.

Herefter vil analyserne tage udgangspunkt i en udledning af, om der kan opstilles en særlig målestok for bestyrelsesmedlemmer på samme måde, som der kan for professionelle aktører.

Idet det må holdes for øje, at der ikke er en kontrakt mellem bestyrelsen og selskabet, vil det igennem analyserne blive undersøgt, om bestyrelsesmedlemmerne er underlagt visse pligter som følge af det hverv de har påtaget sig, med henblik på at sammenligne sådanne eventuelle pligter med de pligter, som professionelle rådgivere har qua deres stilling.

Endeligt vil det, hvor det findes relevant, undersøges, om der er øvrige sammenlignelige forhold, herunder navnlig betydningen af personlige forhold.

5.1 UfR 1977.274 H – Havemann

Sagsøgeren i denne sag var en kreditor, der den 18. februar 1975 leverede et parti frakker på kredit til Havemanns Magasin. Samme dag sidst på eftermiddagen blev der ved en generalforsamling truffet beslutning om, at magasinet skulle træde i likvidation.

Målestokken for ansvarsvurderingen:

Sagsøgeren anførte i sine anbringender, at bestyrelsen senest den 17. februar 1975 måtte have indset, at selskabet ville træde i likvidation, hvorefter denne burde have givet instruks om, at magasinet ikke længere måtte modtage varer på kredit. Sagsøger antog således, at bestyrelsen har en pligt til loyalt at oplyse kreditorer om særligt vanskelige økonomiske forhold.

Såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret afsagde dom i overensstemmelse med sagsøgtes anbringende om, at der helt frem til det sidste blev ført seriøse forhandlinger med andre varere, som man håbede på kunne overtage virksomheden. Disse forhandlinger pågik stadig om eftermiddagen den dag, hvor der blev truffet beslutning om at træde i likvidation. På den baggrund havde bestyrelsen ikke handlet ansvarspådragende, idet den handlede som den bedst kunne.

Det kan ikke umiddelbart læses ud af dommens præmisser, men det synes at være antaget i sagsøgerens anbringender, at ansvarsvurderingen skal foretages med udgangspunkt i en sammenligning af, hvordan et almindeligt bestyrelsesmedlem ville have handlet i en tilsvarende situation. Sagsøger anfører således, *"at de sagsøgte som bestyrelsesmedlemmer [...]må være ansvarlige for det tab, sagsøgeren får"* (min understregning).

Bestyrelsens pligter:

Dommen er blandt de første i en lang række standsningssager, og sætter dermed udgangspunktet for, hvilke pligter en bestyrelse har op til, at et selskab træder i likvidation. Ansvarsgrundlaget synes umiddelbart mildt. Bestyrelsen var fuldt ud bekendt med selskabets vanskelige økonomiske situation, og man var vel klar over, at der var forbundet med en betydelig risiko for kreditor, at levere varer på kredit til et selskab til det kriseramte selskab. Trods det oplyste man ikke kreditoren om den risiko han løb eller undlod at modtage varerne. Tabsrisikoen synes således betydelig i denne sag, idet det vel har stået bestyrelsen klart, at der var en overhængende risiko for, at selskabet ikke ville være i stand til at opfylde sine forpligtigelser. Denne risikobetragtning tillægges imidlertid ikke vægt i dommen.

På den anden side kan man spørge sig selv, hvordan bestyrelsen ellers skulle have handlet i denne situation? Denne overvejelse ses netop gjort til et tema i dommen, idet H.A. Sørensen og Bjerregaard, der udtalte: *"Under hensyn hertil findes det ikke at kunne pådrage de indstævnte ansvar, at de for at kunne føre nogle forhandlinger endnu om tirsdagen undlod at lukke for varemottagelsen denne dag, uanset at det måtte antages at være med ringe udsigter til et gunstigt resultat af disse forhandlinger."*

Udsigterne til et positivt resultat af forhandlingerne var måske ikke gode, men de var dog ikke så ringe, at retten ville censurere bestyrelsens beslutning om at fortsætte dem så lang tid, som den gjorde. Derimod lægges der vægt på, at såfremt man havde handlet loyalt overfor den sagsøgende kreditor, ville det have været et søm i forhandlingernes ligkiste.

Dermed synes retten at anerkende, at bestyrelsen har en loyalitetspligt overfor selskabets kreditorer. I nærværende sag måtte denne pligt i forhold til sagsøgeren dog afvejes overfor den tilsvarende pligt, som bestyrelsen har overfor selskabet selv samt andre kreditorer. Selskabet modtog således varerne, da man havde en realistisk forhåbning om at rede alle de øvrige kreditorers krav. Dermed kan dommen læses som et udtryk for, at bestyrelsen har en loyalitetspligt primært overfor selskabet, men også til en hvis grad overfor selskabets kreditorer.

Sagsøger lagde i sine anbringender vægt på, at det den 17. februar 1975 var næsten sikkert, at selskabet ville træde i likvidation. Retten synes ikke at være uenig i dette, men tillægger det tilsyneladende mere betydning, at det ikke var helt sikkert, at selskabet ikke ville kunne videreføres. Dermed bliver dommen en illustration af det vidtgående skøn, som bestyrelsesmedlemmer også sidenhen er blevet indrømmet, jf. afsnit 4.2.5.

På den baggrund, kan det sandsynligvis også læses af dommen – i hvert fald i lyset af den praksis, der siden er kommet på området – at bestyrelsen ved at forholde sig aktivt til den økonomiske krise opfylder de krav og pligter, der kan stilles til den. Det forekommer vanskeligt at se, hvordan bestyrelsen kunne have handlet anderledes. Det forekommer på den bag-

grund nærliggende at kommentere på, hvad karakter bestyrelsens pligt er af. Bestyrelsen har vel pligt til at arbejde for, at selskabet kan opnå de bedst mulige resultater. Dermed minder bestyrelsens pligt om en indsatsforpligtigelse. I nærværende sag ville bestyrelsen have forringet selskabets chancer for at komme igennem krisen, hvis man havde handlet loyalt over for kreditoren.

5.2 UfR 1998.1137 H – OKStimist

Sagsøger i denne dom, hvor dele af den tidligere bestyrelse fandtes erstatningsansvarlige for den fortsatte drift efter håbløshedstidspunktet, var konkursboet efter en fodboldklub.

Såvel Landsretten som Højesteret fandt, at bestyrelsen havde handlet culpøst. Højesteret dømte bestyrelsen til solidariske at betale erstatning til konkursboet, idet sagsøgte 1, der i øvrigt var både bestyrelsesformand og advokat, i det indbyrdes forhold tilpligtedes at betale hele beløbet, da han som den eneste var dækket under en ansvarsforsikring.

Målestokken for ansvarsvurderingen:

Højesteret fandt, under henvisning til Landsrettens begrundelse, at bestyrelsen den 4. april 1989 burde have indset, at fortsat drift ikke var mulig uden yderligere tab, hvorfor bestyrelsen fandtes at have handlet ansvarspådragende. Målestokken for ansvarsvurderingen beskrives af Landsretten, idet denne lægger vægt på, at sagsøger må godtgøre, *”at en bestyrelse i de sagsøgte situation på et tidspunkt i løbet af året 1989 måtte indse, at videreførelse af OKStimist A/S ville medføre tab.”*

Landsretten gør det dermed klart, at der skal foretages en bonus pater vurdering af de pågældende bestyrelsesmedlemmer, idet disse dog må sammenlignes med en anden bestyrelse i samme situation, og ikke en almindelig bonus pater.

Med formuleringen *”måtte indse”*, sætter Landsretten en grænse for, hvor galt en bestyrelse må skønne, der sættes et punkt, hvor det ikke længere er realistisk at selskabet kan redes. Bestyrelsen forudsættes således, at have en sådan økonomisk indsigt, at man kan vurdere, hvornår det ikke længere er forretningsmæssigt forsvarligt at fortsætte driften.

Bestyrelsens pligter:

Konkret blev der i dommen lagt vægt på, at punktet for hvad bestyrelsen skulle indse var nået, da selskabets resultatbudget for 1989 blev gennemgået på et bestyrelsesmøde. Selskabet havde da været underskudsgivende hele sin levetid fra 1986 til 1989, det havde opbygget en betydelig gæld i form af a-skatter og afgifter. Sagsøger lagde således bl.a. vægt på, at der ikke var blevet afregnet a-skat ved lønudbetalinger, samt at et øjeblikkeligt likviditetsbehov til lønninger og skatter for 1988 den 29. marts blev dækket med sponsorater vedrørende året 1989. Selskabet havde trods den ringe økonomi væsentligt forhøjet personaleudgifterne. Allerede af disse grunde burde den fortsatte drift være overvejet, og beslutningen burde være truffet på bestyrelsesmødet den 4. april, hvor bestyrelsen valgte at afvente forhandlinger med selskabets hovedsponsor. Landsretten lagde vægt på, at denne hovedsponsor allerede havde betalt for året 1989, hvorfor fortsat drift herefter var urealistisk.

Sagsøgte 1 gjorde i sine anbringender gældende, at formalia vedrørende aktieselskabslovens § 69 a var overholdt, idet at bestyrelsen efter, at det med årsregnskabet for 1988 kunne konstateres, at egenkapitalen var tabt, holdt bestyrelsesmøde den 4. april 1989. Bestyrelsen foretog imidlertid ikke særlige forholdsregler ved konstateringen af tabet af egenkapitalen, hvorfor bestyrelsen ikke kunne anses at have iagttaget sine pligter.

Sagsøgte 1 gjorde i sine anbringender gældende, at visse af OKStimists kreditorer ikke havde erstaningskrav. Bl.a. nævnes en bank, der var bekendt med selskabets forhold. I udsagnet kan dels læses en egenskyldsbetraktning, hvorefter en kreditor ikke kan øge kreditten til et økonomisk trængt selskab, og efterfølgende forvente erstatning. Imidlertid kan det også læses som et loyalitetssynspunkt, hvorefter bestyrelsen ikke kan anses ansvarlig for at udvide kreditten, så længe den loyalt sikrer, at kreditorerne holdes bekendte med risikoen. Højesteret tiltræder, at synspunktet skal tillægges betydning, i førstnævnte sammenhæng, idet det anføres, at *"de kreditorer, der måtte kunne anses for at have accepteret tabsrisikoen, indgik i underbalancen [...] der er derfor ikke grundlag for at reducere forskelsbeløbet yderligere.*

Det forekommer nærliggende, at opfatte pligten til at standse driften, når håbløshedstidspunktet er nået, som et udtryk for en loyalitetspligt overfor selskabets kreditorer, især taget i betragtning, at bestyrelsen ved loyalt at oplyse om selskabets forhold, kan give kreditorerne mulighed for at tage stilling til, om de vil acceptere risikoen og fortsætte driften, eller ophøre med at handle sammen med selskabet.¹⁷¹

Betydning af personlige forhold:

Landsretten differentierede ikke mellem de sagsøgte bestyrelsesmedlemmers ansvar, hvilket den kunne have gjort, i og med, at bestyrelsesansvaret er et personligt ansvar. Det tillægges således ikke betydning, som fremført i et anbringende fra sagsøger, at JM som bestyrelsesformand havde en særligt fremtrædende rolle, eller at JS, som i kraft af sit hverv havde en særlig indsigt i økonomiske forhold, samtidig med, at han udviste et særligt initiativ i forhold til sponsoraftalerne. *"Uanset at de sagsøgte Jørn Milo og Johan Schmeltz havde en mere aktiv rolle i bestyrelsen og dermed umiddelbart større indsigt end de øvrige sagsøgte vedrørende økonomien, herunder sponsorater, har de medsagsøgte ud over formelt at deltage i ledelsen i lige så høj grad haft mulighed for at gøre sig bekendt med selskabets forhold."*

Som nævnt i afsnit 4.2.4.1 overvejes det i litteraturen, om bestyrelsesmedlems særlige forudsætninger virke skærpende på ansvarsbedømmelsen. Retten fandt dog ikke i dette tilfælde, at det enkelte medlems engagement i bestyrelsen spiller en rolle i forhold til ansvarsvurderingen. Denne betragtning må tages som udtryk for en almindelig hovedregel i relation til ledelsesansvaret. Det kan hverken virke skærpende i ansvarsvurderingen, at man har lagt en særlig indsats i forhold til andre medlemmer, ligesom det heller ikke kan virke mildnende, at man ikke har lagt samme indsats i arbejdet som andre medlemmer. Bestyrelsen træffer beslutninger kollektivt, og det er det enkelte medlems eget ansvar, at de er tilstrækkeligt bekendt med selskabets forhold samt i besiddelse af nødvendig sagkundskab til at foretage det

¹⁷¹ Werlauff anfører tilsvarende, at i hvert fald i *"en helt åbent erklæret vanskelig situation, hvor det alene er et skøn, hvornår man skal standse"*, må der foreligge en bred margin og der vil nærmest skulle foreligge uredelige forhold, før ansvar skal kunne statuere.

konkrete stykke arbejde. Dommen illustrerer således, at visse pligter følger af, at bestyrelsen har påtaget sig bestyrelseshvervet.

Det er værd at bemærke, at bestyrelsesformanden ved Højesterets dom dog i det indbyrdes forhold tilpligtedes at bære den samlede erstatning, under henvisning til, at han er dækket af en forsikring. Det følger af erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, at når en skade er dækket af en forsikring, skal den så vidt muligt dække. Dommen siger ikke, at den omstændighed, at der er en forsikring, kan have virket skærpene i bedømmelsen. Forsigtigt udtrykt, må det kunne fastslås, at tilstedeværelsen af en forsikring ikke har virket mildnende. Det er i litteraturen formodet, at tilstedeværelsen af en forsikring kan påvirke ansvarsvurderingen, jf. kaptitel 2.

5.3 UfR 2006.2637 H – AOF Århus

I denne dom havde konkursboet anlagt sag mod den tidligere bestyrelse for AOF Århus. Bestyrelsesmedlemmerne frifandtес såvel i Landsretten som i Højesteret.

Målestokken for ansvarsvurderingen:

Landsretten lagde i sin begrundelse ud med at understrege, at grundlaget for vurderingen af, om bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende var, om de som bestyrelsesmedlemmer havde medvirket til at lade AOF fortsætte driften, selv *”om det har måttet stå dem klart, at en videreførelse var håbløs og ville påføre AOF’s kreditorer tab.”* Uddybende fremhæves det, at en sådan vurdering må tage udgangspunkt i en sammenholdning af oplysningerne om udviklingen i AOF’s økonomi sammenholdt med den viden bestyrelsesmedlemmerne havde eller burde have haft ved en forsvarlig tilrettelæggelse af administrationen. Højesteret lagde i øvrigt vægt på, at det forhold, at bestyrelsen var ulønnet ikke skulle tillægges betydning i ansvarsvurderingen, jf. nedenfor. Dermed må forstås, som gjort gældende i sagsøgte anbringender, en vurdering af om AOF’s bestyrelse handlede anderledes end en bestyrelse af tilsvarende karakter i en tilsvarende organisation ville have gjort. Med andre ord kunne målestokken således beskrives som en bonus pater målestok, med udgangspunkt i et almindeligt godt bestyrelsesmedlem.

Bestyrelsens pligter:

Ved vurderingen af om bestyrelsen handlede ansvarspådragende fremhævede Landsretten en række forhold, der konkret tillagdes betydning. Landsretten lagde således til grund, at *”bestyrelsen efter at være blevet gjort bekendt med den økonomiske situations alvor gjorde en betydelig indsats for at få overblik over og kontrol med situationen.”* Der ligger herunder bl.a. vægt på, at bestyrelsen afholdt flere bestyrelsesmøder – femten i 1997 og tretten i 1998 – at man udarbejdede handlingsplaner og nedsatte arbejdsgrupper med henblik på at finde besparelser.

Der lægges i øvrigt særligt vægt på, at bestyrelsen, da de økonomiske problemer viste sig, knyttede kyndige personer til selskabet i form af ansættelsen af en økonomidirektør og eksterne konsulenter. Landsretten udtalte således, at på baggrund af det arbejde de sagkyndige

konsulenter mv. udarbejdede, havde bestyrelsen ”føje til at fæste lid til budgetterne for 1999.”

Dette understreger dels, at de krav der stilles til bestyrelsen ikke er, at denne selv skal kunne gennemskue og rede økonomien. Bestyrelsen skal alene sikre sig, at der føres tilsyn med selskabet og at der tages behørigt hånd om de problemer der viser sig, hvilket netop kan gøres ved at trække på sagkyndigt personale.

Derudover understreger det også, at bestyrelsen netop har føje til at stole på de oplysninger, som denne modtager om selskabet nedefra. Bestyrelsen havde således ikke pligt til at kontrollere budgetterne eller så tvivl om, hvorvidt disse var retvisende. Bestyrelsen har med andre ord pligt til at holde sig orienteret, men kan herefter også gå ud fra, at de oplysninger som de modtager, er korrekte. Som anført i sagsøgte anbringender, kunne det således ”ikke bebrejdes bestyrelsen, at den stolede på disse personer og fulgte de råd, som den fik.”

På den baggrund havde bestyrelsen i dommen handlet i overensstemmelse med de pligter, der kunne stilles til den, derved at den havde holdt sig orienteret og iagttaget foranstaltninger til at rede den økonomiske situation.

Kontraktlignende forhold:

I forlængelse af ovenstående kan der drages en parallel mellem de krav, der stilles til medlemmerne af en bestyrelse og de krav, der i kontraktforhold vedrørende tjenesteydelser stilles vedrørende indsatsforpligtigelser. Bestyrelsen har således ved at acceptere hvervet som medlem af bestyrelsen påtaget sig en forpligtigelse til at levere en vis indsats for selskabet.

I denne dom fandt retten netop, at denne pligt var overholdt, fordi bestyrelsen havde konstateret, at økonomien i selskabet var ringe og iagttaget foranstaltninger til at imødegå disse vanskeligheder. Bestyrelsen havde derimod ikke en pligt til at nå et konkret resultat i form af at rede selskabet, eller for den sags skyld lukke driften på et tidspunkt, hvor man fortsat havde realistiske forventninger om, at den økonomiske nedtur var vendt.

Betydning af bestyrelsesmedlemmernes personlige forhold, herunder hvervets karakter:

Den sagsøgte bestyrelse fremsatte i denne sag et anbringende om, at de skulle dømmes efter en lempet culpanorm under hensyn til, at de udførte bestyrelsesarbejdet ulønnet og af ideelle årsager.

Dette synspunkt afvistes blankt af Højesteret, der i dommen fremsatte en tilkendegivelse, der gik videre end nødvendigt for at afgøre sagen: ”Højesteret finder, 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.”

Højesteret slår således fast, at vederlag ikke spiller en rolle i vurderingen af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar. Derimod skal udgangspunktet for ansvarsvurderingen tages i selskabets forhold og karakter.

Det kan overvejes, om betydningen af udsagnet kan strækkes yderligere. En af de sagsøgte i sagen var et medarbejdervalgt bestyrelsesmedlem. Han gjorde gældende, at han af den grund skulle dømmes efter en mildere culpabedømmelse end de øvrige medlemmer. I og med at hele bestyrelsen frifandt, blev det ikke relevant for retten at forholde sig til dette, hvorfor retten ikke kommenterer på dette anbringende.

5.4 UfR 2007.497 H – Calypso Verdensrejser

Denne dom vedrører ledelsen for et rejseselskab, der erklæredes konkurs efter godt tre kvart års drift, hvorefter konkursboet anlagde erstatningssag mod den tidligere ledelse. Såvel bestyrelsen som direktionen fandtes at have handlet ansvarspådragende, idet direktionen dog i det indbyrdes forhold fandtes at skulle friholde bestyrelsen. Da dette speciale er afgrænset til at omhandle bestyrelsens erstatningsansvar, vil der i den følgende analyse ikke blive lagt yderligere fokus på direktionens forhold.

Såvel Landsretten som Højesteret fandt, at bestyrelsen i denne sag havde handlet ansvarspådragende, idet bestyrelsen dog kun blev fundet erstatningsansvarlig i Højesteret, da Landsretten ikke fandt det godtgjort, at der var lidt et tab.

Målestokken for ansvarsvurderingen:

Hverken Højesteret eller Landsretten synes i nærværende sag direkte at lægge vægt på, at bestyrelsen skulle dømmes efter en særlig målestok. Der lægges imidlertid i dommen vægt på, at bestyrelsesmedlemmerne bl.a. ikke kunne undskylde sig med, at de på grund af bopæl eller manglende dansk kundskaber ikke havde været i stand til, at opfylde deres pligter. Om der på den baggrund kan udledes særlige betragtninger om krav til tilregnelser hos bestyrelsesmedlemmer er tvivlsom, idet det må bemærkes, at graden af uagtsomhed i nærværende dom synes til den grove side.

Bestyrelsens pligter:

Ved vurderingen af Bestyrelsens ansvar, lagde Højesteret for det første vægt på, at selskabet gennem hele dets levetid blev drevet på en måde, der måtte betegnes som *"klart uforsvarlig"*, idet selskabet havde i hele perioden solgt rejser til priser, som end ikke dækkede selskabets direkte omkostninger. Samtidig var selskabet blevet startet op med en efter omstændighederne meget lav egenkapital på kun 1 mio. kr., idet grundlaget for selskabets finansiering var de forudbetalinger, man modtog fra kunderne.

Det kunne således tyde på, at Højesteret vurderede, at forretningsgangen, hvor man solgte rejser til priser, der lå under de direkte omkostninger, samtidig med, at man finansierede driften, var et ansvarspådragende forhold. Sammenholdt med Landsrettens bemærkning om, at denne drift var i overensstemmelse med branchenormer, samt Højesterets videre bemærkninger om, at denne driftsform fordrede en *"løbende og effektiv kontrol med udviklingen i selskabets økonomi"*, må dommen tolkes således, at denne forretningsgang ikke i sig selv var ansvarspådragende. Det var således ikke det forhold, at man lod driften af selskabet fortsætte, selv om denne var underskudsgivende, der var det culpøse forhold, idet denne drift var forretningsmæssigt begrundet i et ønske om, at erobre markedet. Det culpøse forhold bestod derimod i det manglende tilsyn, herunder, at bestyrelsen ikke søgte at holde sig orien-

teret om selskabets forhold, herunder sikre sig, at der udarbejdedes perioderegnskaber og budgetter, samt afholdtes bestyrelsesmøder. Bestyrelsen kunne i den forbindelse ikke undskylde sig med, at de ikke modtog orientering fra selskabets direktion, idet bestyrelsen havde en selvstændig pligt til at fremsætte krav om udarbejdelse af dette oplysningsgrundlag.

Det synes i relation til denne dom nævneværdigt, at Landsretten lagde vægt på, at den måde, selskabet blev drevet på var i overensstemmelse med branchenormer, hvorfor det afgørende for ansvarsvurderingen var *”om kapitalberedskabet fra selskabets etablering under den fortsatte drift har været tilstrækkeligt, og om bestyrelsen/ledelsen til stadighed har sikret sig en effektiv styring af selskabets driftslikviditet aktiver og passiver.*

Dermed lagdes der vægt på, at der ved ansvarsvurderingen skal tages højde for den branche der opereres indenfor, og at en drift, der udefra synes uforvarselig, kan være almindelig.

På den baggrund synes denne dom at være i overensstemmelse med the business judgement rule, idet det kritisable forhold ikke er den måde bestyrelsen lader selskabets drift forløbe efter, men derimod, at bestyrelsen forsømmer sin pligt til at følge op på denne drift.

Landsretten lagde vægt på, at den måde, selskabet blev drevet på var i overensstemmelse med branchenormer, hvorfor det afgørende for ansvarsvurderingen var *”om kapitalberedskabet fra selskabets etablering under den fortsatte drift har været tilstrækkeligt, og om bestyrelsen/ledelsen til stadighed har sikret sig en effektiv styring af selskabets driftslikviditet aktiver og passiver.*

Dermed lagdes der vægt på, at der ved ansvarsvurderingen skulle tages højde for den branche der opereredes indenfor, og at en drift, der udefra synes uforvarselig, kunne være almindelig under de givne omstændigheder. Det kan overvejes, om deraf modsætningsvist kan læses, at såfremt denne driftsform ikke havde været almindelig i branchen, ville den i sig selv have været culpøs, og at der dermed er visse grænser for bestyrelsens skøn. I så fald må dommen også kunne ses som et eksempel på, at erstatningsvurderingen for bestyrelsesmedlemmer må tage udgangspunkt i det konkrete selskab, der ledes, og at et skøn der er rimeligt i et selskab ikke nødvendigvis er det i et andet.

Aftalelignende forhold, der tillægges vægt i dommen:

Der synes ikke af denne dom, hverken i rettens præmisser eller i parternes anbringender, at kunne udledes særlige betragtninger om, at bestyrelsen skulle have en særlig loyalitetspligt, som spiller ind på ansvarsvurderingen. De sagsøgte nævnte ganske vist under et anbringende, at Rejsegarantifonden, der ifølge sagsøgte var den reelle sagsøger, var vidende om selskabets krise. I nærværende sag relaterer denne omstændighed sig dog snarere til en betragtning om egen skyld og accept af risiko end til et egentligt loyalitetshensyn. Derudover nævnes det i et anbringende, at sagsøgte handlede loyalt og redeligt, uden at dette dog kommenteres yderligere. Derimod lægges der i høj grad vægt på bestyrelsens pligter.

Bestyrelsen har således qua det hverv de har påtaget sig en række pligter, som den i denne sag forsømmer at lave op til. Disse pligter må imidlertid siges, at være af meget overordnet karakter. Bestyrelsen skal holde sig orienteret for derved at sikre, at dens beslutninger foretages på et behørigt grundlag, som anført af Højesteret ved at forlange, at blive orienteret om

selskabets forhold. I denne dom havde bestyrelsen forholdt sig fuldstændigt passivt igennem hele selskabets levetid, hvorfor bestyrelsen fandtes erstatningsansvarlig. Borch og Vistisen¹⁷² anfører, at *"hvis ikke Calypso-ledelsen var blevet dømt, var der reelt ingen nedre grænse."* Dette synspunkt forekommer rigtigt. Der stilles overordnet ikke tunge krav til bestyrelsen, men der stilles dog krav.

På den baggrund synes det rimeligt, at drage en sammenligning mellem den pligt, som ledelsen er underlagt, og den under afsnit 3.3.2.3 nævnte indsatsforpligtigelse, som professionelle påtager sig. Bestyrelsen er således ikke ansvarlig, fordi det nåede resultat var ringe, men fordi ledelsen ikke leverede den indsats, som man måtte forvente af denne. Hertil må, i forlængelse af ovennævnte citat, bemærkes, at dommen næppe er illustrativ for, hvor denne grænse går, idet denne bestyrelse forholdte sig fuldstændigt passivt. Der må således formodes at være et vist spænd opad, der stadig ikke ville være tilstrækkeligt aktiv ageren til at undgå at ifalde ansvar for en bestyrelse.

Betydningen af personlige forhold:

Igennem den sagsøgte bestyrelses anbringender lægges der gennemgående vægt på, at bestyrelsen ikke kunne anses for ansvarlig, fordi de ikke havde modtaget oplysninger om selskabets forhold. Der blev i den forbindelse lagt vægt på personlige forhold. Sagsøgte 1 lagde således vægt på, at denne var bosiddende i udlandet, men flere gange forgæves forsøgt at indhente oplysninger om selskabet og i det hele taget ikke havde en aktiv rolle i selskabet. Ligeledes fremhæves det af nogle af medlemmerne, at deres hverv var af formel og midlertidig karakter. De udenlandske bestyrelsesmedlemmer påberåbte sig desuden at være uden kendskab til de danske retsregler, hvorfor de skulle være uden ansvar.

Landsretten kommenterede på disse anbringender, idet Landsretten eksplicit sagde, at det var uden betydning, at de sagsøgte var uden kendskab til danske regler, kun deltog af formelle grunde og ikke modtog oplysninger, idet det i forhold til sidstnævnte understreges, at bestyrelsen netop havde en selvstændig pligt til at søge oplysningerne.

Individuelle undskyldningsgrunde kan nok ikke fuldstændigt afskrives som disculperende på denne baggrund, men det må kunne udledes, at undskyldningsgrunde skal have en kvalificeret karakter, førende de virker disculperende i en ledelsesmæssig erstatningssammenhæng.

5.6 UfR 2015.257 V – G kartofler

Målestokken for ansvarsvurderingen:

Denne sag blev anlagt af en skuffet kreditor, der leverede kartofler til et kartoffelpakkeri. Sagsøger gjorde gældende, at den sagsøgte bestyrelse havde handlede ansvarspådragende ved at tillade betydelige kreditoptagelse i form af køb af betydelige partier af kartofler i perioden 29. januar 2010 til 4. maj 2010. For så vidt angik køb i april og maj 2010 nedlagde sagsøger anbringende om, at de sagsøgte havde handlet forsætligt. Det var således sagsøgers opfattelse,

¹⁷² Borch, s. 3

at kreditopbygningen i den sidste periode af selskabets levetid havde været af særdeles kvalificerende karakter.

Sagsøgte gjorde som anbringende gældende, at de sagsøgte havde varetaget deres bestyrelseshverv ”i overensstemmelse med lovgivningens regler samt i øvrigt i overensstemmelse med de krav, der stilles til et medlem af ledelsen i et A.m.b.A.” Dermed må forstås, at et bestyrelsesmedlem skal bedømmes ved en sammenligning af den udviste adfærd sammenholdt med, hvordan en almindelig god bestyrelse ville have handlet i en tilsvarende situation. Dette bekræftes ikke eksplicit af Landsretten, der blot henviser til den adfærd, det fandtes godtgjort, at bestyrelsen havde udvist, hvorefter det fastslås, at det ikke på den baggrund fandtes godtgjort, at bestyrelsen burde have indset, at fortsat drift var håbløs. Denne udlægning må dog kunne læses som udtryk for, at det afgørende var, om der var udvist en adfærd, som kunne forventes af en almindelig god bestyrelse i en tilsvarende situation.

Bestyrelsens pligter:

Det var sagsøgers opfattelse, at håbløshedstidspunktet var nået i efteråret 2009, og at bestyrelsen havde forholdt sig passivt efter dette tidspunkt. Derudover lagdes der vægt på, at det i januar 2010 var kendt, at selskabet var konkurstruet. Som det fremgår af sagsøgers fremlagte bilag, tillod bestyrelsen i de sidste måneder en særdeles høj udvidelse af selskabets gældsforpligtigelser på trods af selskabets vanskelige situation. Det var på den baggrund sagsøgers opfattelse, at de sagsøgte ikke havde påset deres pligter i henhold til en analogi af selskabslovens § 115, nr. 5.

Såvel Byretten som Landsretten fandt da også, ”at selskabet var i en særdeles vanskelig økonomisk situation, og at mulighederne for selskabets videreførelse måtte anses for ringe.” Trods det blev bestyrelsen frifundet, idet Landsretten lagde vægt på fire forhold.

Der blev for det første i den pågældende periode afholdt adskillige bestyrelsesmøder, samt løbende afholdt møder med banken, hvor man drøftede og forhandlede selskabets situation.

Retten fandt ikke, at der var grundlag for at fastslå, at en fusion eller lignende ikke havde været en realistisk mulighed.

Banken blev løbende holdt orienteret om selskabets økonomi og bakkede op om virksomheden igennem processen.

Endeligt fremhæves det, at kassekreditte igennem hele perioden lå indenfor de bevilligede rammer, og at der ikke op til konkursen skete en udvidelse af træknet på kreditten, som forøgede bankens risiko, og som i sig selv kunne føre til, at et ophør af den bevilligede ekstra trækingsret måtte anses for nærliggende.

På den baggrund fandtes det *betænkeligt at lægge til grund*, at ledelsen burde have indset, at videreførelse af driften ikke var mulig uden yderligere tab.

Dermed er afgørelsen en illustration af, at ”the business judgement rule” fortsat tillægges afgørende betydning i standsningssagerne. Bestyrelsen opfyldte sine pligter, idet den holdt sig oplyst om selskabets forhold, og førte tilstrækkeligt tilsyn med selskabet, og driften blev,

som anført i et af sagsøgtes anbringender, foretaget på et ”oplyst og forsvarligt grundlag”. Det kan overvejes, om der ikke med formuleringen ”betænkelig at lægge til grund”, kan spores en vis kritik af bestyrelsens skøn, og at afgørelsen dermed kan siges at ligge på grænsen af håbløshedstidspunktet. Der indrømmes imidlertid bestyrelsen en ganske bred margin for vurderingen af selskabets fortsatte drift, hvor bestyrelsen kan søge øvrige løsningsmuligheder afdækket, selvom, at selskabets økonomiske forhold er særdeles kritiske.

Kontraktlignende hensyn:

De sagsøgte lagde igennem deres anbringender en del vægt på forhold, der har karakter af at bunde i loyalitetshensyn. Sagsøgte har således lagt vægt på, at selskabets bank var orienteret om selskabets forhold, samt at ”selskabets drift i det hele taget blev forsvarligt og diligent styret [...] til varetagelse af såvel selskabets som kreditorernes bedste interesse”.

Ligeledes lægger Landsretten vægt på, at selskabet loyalt holdt banken orienteret om selskabets forhold. Det må her bemærkes, at sagsøgeren, der var en leverandør, der i løbet af foråret 2010 leverede varer på kredit til selskabet, som det fremgår af dommen ikke var oplyst om selskabets økonomi. En eventuel loyalitetspligt til at oplyse om selskabets økonomiske forhold, kan således næppe udstrækkes til, at udgøre en pligt til at oplyse kreditorer om økonomien. En sådan pligt ville da også, som der også blev lagt vægt på i Havemann dommen, være særdeles ødelæggende for selskabets økonomi.

Det bemærkes, at de sagsøgte i et anbringende anfører, at det kunne have været ansvarspådragende for ledelsen i selskabet at indgive en konkursbegæring før den 3. maj 2010, idet ledelsen var forpligtet til at videreføre selskabet i både selskabets egen samt kreditorernes interesse med henblik på en fusion. Retten har ikke kommenteret på dette synspunkt, men det forekommer interessant at overveje, om ledelsen af et selskab har pligt til at føre det videre, lige så lang tid, som der realistisk er mulighed for det. Der er så vidt vides ikke eksempler fra retspraksis, der kan bekræfte en sådan pligt, men forholdet synes også overvejet i Havemann dommen, hvor der blev lagt vægt på, at den fortsatte drift skete i øvrige kreditorers interesse, idet man søgte at rede selskabet. Skulle en sådan pligt eksistere, må det formodes at fordre meget konkrete fusionsforhandlinger eller lignende, der med meget stor sandsynlighed ville være gennemført, hvis det ikke selskabet havde indleveret en egenbegæring.

Det kan endeligt bemærkes, at der ses ikke i dommen at være lagt vægt på bestyrelsesmedlemmernes individuelle forhold.

5.7 Sammenholdning af domsanalyserne i lyset af professionsansvaret

Som gennemgået i afsnit 3.1 forstås ved professionsansvaret et almindeligt culpaansvar, der er relativt strengt i den forstand, at professionelle aktører ved ansvarsvurderingen skal sammenlignes med en almindelig god udøver af det konkrete fag. Den professionelle forventes således, qua dennes stilling og baggrund, at leve op til nogle standarder, som den almindelige gode familiefader ikke forventes at leve op til. I nærværende sammenhæng bruges det traditionelle bonus pater begreb i den forstand, at der ved ansvarsvurderingen skal foretages en sammenligning med den almindelige gode professionelle.

På baggrund af navnlig AOF- og OKStimist-dommene synes der at kunne uddrages en lignende betragtning vedrørende ledelsesansvaret, hvorefter udgangspunktet for ansvarsvurderingerne er en sammenligning af den adfærd, der er udvist i den pågældende bestyrelse sammenholdt med den adfærd en almindelig god bestyrelse af samme karakter ville udvise i en tilsvarende situation. De øvrige domme er knapt så eksplicite omkring vurderingen af tilegnelsen, idet ansvarsvurderingerne i disse synes mere objektiverede. Et tilsvarende synspunkt synes dog at kunne udledes af disse forudsætningsvist.

På den baggrund synes ledelsesansvaret at kunne minde om professionsansvaret i den forstand, at professionsansvaret er et udtryk for, at ansvarsvurderingen må differentieres afhængigt af baggrunden for den person, hvis adfærd er til bedømmelse. Der stilles visse overordnede krav til bestyrelsesmedlemmer qua den stilling de indtager, på samme måde, som der stilles krav til advokaten, revisoren og ejendomsmægleren.

Det er væsentligt at bemærke, at det må anføres som en del af sammenligningsgrundlaget, at der skal være tale om en bestyrelse af en tilsvarende karakter. Dette fremgår ikke eksplicit, men må dog i et vist omfang kunne udledes af dommene, navnlig AOF-dommen, hvor Højesteret gør det klart, at det er uden betydning, at bestyrelsen har arbejdet af ideelle årsager, når karakteren af selskabet er erhvervs-mæssigt. Dermed siges det, at selskabets karakter skal tillægges vægt ved vurderingen. Det må imidlertid også ligge som en forudsætning i den øvrige gennemgåede praksis, idet de krav der kan stilles i sagens natur må tilpasses det konkrete selskab.

På den måde adskiller ledelsesansvaret sig således fra professionsansvaret på et væsentligt parameter. Den professionelle aktør dømmes efter samme parametre uanset karakteren af den professionelles forretning. Selvom det i teorien er diskuteret om eksempelvis advokater, der markedsfører sig som specialister, skal undergå en skærpet vurdering, kan det ikke anses for at være udtryk for gældende retspraksis. Ved bedømmelsen af bestyrelsesmedlemmer tages karakteren af selskabet derimod i betragtning.

Karakteren af ansvarssubjektets pligter:

Herefter kan der foretages en sammenligning af de konkrete pligter, der påhviler bestyrelsen. Her må det på baggrund af den ovenfor gennemgåede retspraksis kunne fastslås, at bestyrelsens pligter bærer præg af at være af overordnet karakter. Bestyrelsen skal således føre tilsyn med selskabet, og som det følger navnlig af Calypso-dommen, har bestyrelsen en selvstændig pligt til at søge nødvendige oplysninger tilvejebragt, ligesom at selskabet har en overordnet pligt til aktivt at følge op på dette tilsyn. I overensstemmelse med den nuværende selskabslovs § 115, nr. 3 skal selskabet sikre, at den løbende modtager den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold. Der kan dog ikke af hverken loven eller retspraksis udledes nærmere krav til, hvor ofte bestyrelsen skal lade sig underrette eller en nærmere karakterisering af den rapportering bestyrelsen skal sikre. Det vil afhænge af det konkrete selskabs forhold, hvilket tilsyn der er nødvendigt.

Det kan overvejes, om der med Calypso-dommen er fastslået visse minimumskrav, som skal iværksættes, idet der i denne dom blev lagt vægt på, at bestyrelsen ikke havde søgt sig informeret om selskabets forhold, ikke havde holdt bestyrelsesmøder samt ikke havde sikret, at

der blev udarbejdet budgetter mv. De kritikpunkter retten fremsatte mod bestyrelsen i denne sag, er imidlertid heller ikke af konkret karakter, hvorfor bestyrelsens pligter må betegnes som meget bredt formulerede.

Loyalitetsbetragtninger:

Af de analyserede domme synes der at kunne udledes en tendens til, at loyalitetsbetragtninger. Således tillægges det betydning, om bestyrelsen har orienteret kreditorer om likviditetsmæssige problemer. Loyalitetspligter hjemles normalt i kontraktforholdet mellem to parter. Ligeledes må det antages, at bestyrelsen har en loyalitetspligt overfor selskabet, selv om den ikke udspringer af en kontrakt.

Det er ydermere antaget, at der i professionsansvarssammenhænge opstår visse loyalitetsforpligtigelser overfor tredjemænd. Ejendomsmægleren har visse oplysningspligter overfor køberen af en ejendom, ligesom det følger af revisorloven, at revisor er offentlighedens tillidsrepræsentant. Disse loyalitetspligter, der begge er hjemlede i lov, må beskrives som væsentligt stærkere end den loyalitetspligt en bestyrelse har overfor et selskabs kreditorer. Bestyrelsen skal således først og fremmest varetage selskabets interesse, og som fastslået i Havemann dommen "trumfer" loyalitetspligten overfor selskabet den pligt, bestyrelsen har overfor kreditorer.

Øvrige forhold:

Det er i litteraturen antaget, at personlige forhold samt vederlag mv. ikke tillægges betydning i professionsansvarsretlige sammenhænge. Det kan tillægges betydning ved vurderingen af ledelsesansvaret. På baggrund af den gennemgåede praksis, kan det dog fastslås, at vederlag for bestyrelsesarbejdet som udgangspunkt ikke påvirker ansvarsvurderingen for rådgivere, om de tager et højt eller lavt vederlag. Pligterne udspringer således i begge tilfælde af selve den stilling, som det relevante ansvarssubjekt indtager.

6. Diskussion

I det følgende afsnit vil der på baggrund af den ovenstående analyse samt de redegørende afsnit foretages en diskussion af, om ledelsesansvaret helt eller delvist kan betragtes som et professionsansvar. I den forbindelse vil der blive trukket på øvrige bidrag fra litteraturen, der berører spørgsmålet.

6.1 Ansvarsnormens relative strengthed

Spørgsmålet er bl.a. berørt i betænkning 1498/2008, hvori udvalget anfører følgende betragtning:

”Udvalgets medlemmer er opmærksomme på, at det i teorien har været diskuteret, om ledelsesansvaret bør sidestilles med et professionsansvar, hvilket i praksis vil være et udtryk for en skærpet culpaform. Hidtidig domspraksis giver ikke holdepunkt for en sådan skærpet bedømmelse af ledelsesansvaret, men medlemmer af ledelsen, som besidder særlig sagkundskab, som f.eks. advokater, vil dog typisk blive bedømt strengere på områder, hvor deres særlige viden er relevant.”¹⁷³

Dette synspunkt deler Werlauff, der ikke mener, at ledelsesansvaret er et professionsansvar; han anfører således at *”bestyrelsesansvaret ikke er og ikke kan sidestilles med et professionsansvar, som er karakteriseret ved et skærpet ansvar, hvor overtrædelse af fagets normer erstatnings sanktioneres, uden at der tåles individuelle undskyldningsgrunde.”¹⁷⁴* Jan Schans Christensen overvejer ligeledes, om ledelsesansvaret skulle være et professionsansvar, men afviser dette af samme grund som Werlauff.¹⁷⁵

Holdningen om at ledelsesansvaret ikke skulle kunne karakteriseres som et professionsansvar, fordi det ville medføre en skærpet vurdering af ledelsesmedlemmernes erstatningsansvar kan ikke tilsluttes. Som det fremgår af afsnit 3.1, kan professionsansvaret næppe karakteriseres som et skærpet culpaansvar, dels fordi en sammenligning af strengtheden de enkelte professioners ansvar ikke synes at være formålet med systematiseringen. Derimod er professionsansvaret et udtryk for, at der på baggrund af en professionel aktørs stilling kan stilles visse krav til den ydelse, som skal leveres.

En sammenligning af kravene til den konkrete rådgiver kan være meningsfyldt i tilfælde af brancheglidning, men det er i øvrigt næppe meningsfyldt ved en culpavurdering at sammenligne en revisors ansvar for afgivelse af erklæringer med en advokats ansvar for udfærdigelse af skøder. Der er tale om to forskellige opdrag underlagt forskellige pligter og normer for, hvad en almindelig god udførelse deraf er. Det kan derfor overvejes, i hvilket omfang en sammenligning af den relative strengthed er meningsfuld, i forhold til at kategorisere ledelsesansvaret som et professionsansvar.

Det fremgår af den analyserede retspraksis, at der forudsættes at være en særlig målestok for bestyrelsesmedlemmer, særligt eksplicit i OKStimist-dommen, idet Landsretten der slår fast, at ansvarsvurderingen må gå på, om bestyrelsen handlede som en tilsvarende bestyrelse ville

¹⁷³ Bet. nr. 1498/2008, s 41

¹⁷⁴ Werlauff, s. 576, sml. Werlauff & Schamburg-Müller (2002)

¹⁷⁵ Christensen, s. 700

have gjort i en tilsvarende situation. Et tilsvarende synspunkt synes at være forudsat i de øvrige domme, idet ansvarsvurderingerne kredser om, om bestyrelsesmedlemmerne har levet op til særlige pligter, der udspringer af deres hverv. Det må på den baggrund kunne fastslås, at der gælder en vis norm, der kan beskrives som en bonus pater standard for bestyrelsesmedlemmer, hvorefter der ved vurderingen af bestyrelsens ansvar skal ske en sammenligning med det almindelige gode bestyrelsesmedlem, på samme måde, som eksempelvis advokaten sammenlignes med den almindelige gode advokat.

6.1.1 Nærmere karakterisering af den subjektive tilregnelser for ledelse

Sondringen mellem professions- og ledelsesansvaret er ganske kort behandlet af Dotevall, for så vidt angår svensk ret. Om en metodisk fremgang ved ansvarsvurderingen, hvor man tager udgangspunkt i den grad af agtsomhed, der kan forventes af medlemmerne af en defineret gruppe siger han:

”En sådan metod kan användas vid bedömningen af om en advokat eller revisor varit oaktsam men är knappast användbar som objektiv måttstock vid bedömningen av om styrelseledamot eller verkställande direktör betett sig culpöst. Anledningen är att de personer som har uppdrag som styrelseledamot eller verkställande direktör inte kan anses at utgöra en homogen grupp på vilken någorlunda enhetlige krav kan ställas. Dessa har ju uppdrag i bolag med mycket skiftande storlek og verksamhet. Dessutom uppställs i aktiebolagslagen endast få og uteslutande formella krav beträffande kvalifikationerne på ledamöterna av bolagsledningen. Och konsekvensen av en sådan metod skulle da bli, at man i princip skulle kunna byta ut t.ex. ledningen i ett börsnoterat bolag mot personar som har motsvarende uppdrag i ett litet bolag med endast några få aktieägare.”¹⁷⁶

Såvel Dotevall som Werlauff fremhæver således betydningen af de subjektive forhold, idet de traditionelle professionsansvarsnormer, modsat ledelsesmedlemmer, er prægede af at være homogene grupper med forholdsvist skarpt definerede kvalifikationer. De professionelle aktører netop leverer deres rådgivning på baggrund af en vel defineret faglig baggrund. Modsat kan bestyrelsesmedlemmer ikke siges at have en tilsvarende klart defineret faglig baggrund.

Det kan dog diskuteres, om det kan anføres som et generelt forhold for alle professioner.¹⁷⁷ Eksempelvis lægges der i ejendomsmæglerloven mindre vægt på, hvilke konkrete kvalifikationer ejendomsformidleren har, mens det afgørende i højere grad er, hvilken funktion, ejendomsægleren varetager, jf. ejendomsmæglerlovens § 14. Såvel advokater som ejendomsæglerer kan således virke som ejendomsformidlere, og er uanset den uddannelsesmæssige baggrund underlagt en funktionsbestemt ansvarsnorm.

I den forbindelse kan der yderligere, under henvisning til afsnit 3.3.3 om brancheglidning lægges til grund, at grænserne mellem forskellige rådgivere ikke kan anses for at være skarpe, idet der i et vist omfang forekommer brancheglidning. Således kan eksempelvis området for skatterådgivning nævnes, hvor såvel revisorer som advokater rådgiver. I dette tilfælde antages rådgiveren at være underlagt et funktionsbestemt ansvar. Som anført i afsnit 3.3.3, kan det ikke generelt fastslås, om der som hovedregel gælder et funktions- eller statusbestemt

¹⁷⁶ Dotevall, s 62-65

¹⁷⁷ Sml. Bergenser, s. 318

professionsansvar, men det må i hvert fald kunne fastslås, at der i visse tilfælde gælder en funktionsbestemt ansvarsnorm. Således er leverandøren af visse rådgivningsydelser ikke nødvendigvis så homogen en gruppe, som antaget af Dotevall.

6.1.2 Betydningen af subjektive forhold

Werlauff lægger vægt på, at en afgørende forskel på professions- og ledelsesansvaret er omfanget hvormed individuelle undskyldningsgrunde kan virke diskulperende, hvilket det ikke kan for så vidt angår professionsansvaret, men godt kan for så vidt angår ledelsesmedlemmer.¹⁷⁸

Det er i den forbindelse ikke uddybet, hvad der forstås ved personlige undskyldelsesgrunde, eller i hvilket omfang der kan lægges vægt på disse i ansvarsvurderingen. Under henvisning til afsnit 4.2.4.1 skal det anføres, at det ikke er endeligt afklaret, i hvilket omfang individuelle forudsætninger spiller ind i ansvarsvurderingen.

Det må dog fremhæves, at det i AOF-dommen blev slået fast, at personlige bevæggrunde for at påtage sig bestyrelseshvervet ikke virker disculperende, idet Højesteret fastslog, at udgangspunktet for vurderingen er selskabets forhold.

I Calypso dommen tillagdes det ligeledes ikke betydning, at visse bestyrelsesmedlemmer bosiddende i udlandet ikke forstod dansk eller kun sad i bestyrelsen af formelle grunde. Om end det ikke på baggrund af denne gennemgang af retspraksis kan afvises, at personlige undskyldelsesgrunde disculperer, må det kunne fastslås, at der i hvert fald er sat grænser for det i praksis.

På den baggrund må det ligeledes som udgangspunkt have formodningen imod sig, at personlige forhold generelt kan virke mildnede i ansvarsbedømmelsen. Navnlig når henses til, at der i selskabslovens § 363 er indsat en general lempelsesregel, hvorfor der er givet mulighed for at tage hensyn til personlige forhold ved en efterfølgende overvejelse af lempelse af erstatningsansvaret. Vurderingen af muligheden for lempelse hører imidlertid ikke metodisk til i selve ansvarsvurderingen. Derfor synes denne begrundelse ikke i sig selv at kunne afskrive ledelsesansvaret som et professionsansvar.

Omvendt er det i teorien overvejet, om det virker skærpende på ansvarsvurderingen, hvis et bestyrelsesmedlem har særlige forudsætninger for varetagelsen af hvervet, ligesom bestyrelsesformanden undertiden dømmes strengere end den øvrige bestyrelse.

Dette ses bl.a. i OKStimist-dommen, hvor bestyrelsesformanden, der i øvrigt også var advokat samt forsikringsdækket, blev dømt til at friholde den øvrige bestyrelse i det indbyrdes forhold.

Et lignende synspunkt er fremsat i teorien vedrørende professionsansvaret, således at professionelle, der markedsfører sig som specialister, skulle være underlagt en særlig specialistmålestok, jf. afsnit 3.3.2.4, hvilket dog ikke er et synspunkt, der ikke ses i praksis og derfor næppe kan betegnes som gældende ret.

¹⁷⁸ Werlauff, s. 594

Det kunne hertil i øvrigt bemærkes, at det synes mere naturligt at lade særlige forudsætninger virke skærpende i relation til bestyrelsesmedlemmer, idet disse måske netop er blevet valgt på baggrund af de konkrete kvalifikationer, de har. Uanset at man ligeledes kunne anfører, at eksempelvis en advokat er blevet valgt på baggrund af dennes markedsføring som specialist, har generalisten trods alt metodiske forudsætninger for at tilegne sig den samme viden, hvilket næppe kan siges om bestyrelsesmedlemmet, der ikke har særlige forudsætninger.

Opsamlende må det kunne konkluderes, at der er videre grænser for at differentiere ansvarsbedømmelsen ved vurderingen af bestyrelsesmedlemmer, end der er ved vurderingen af professionelle aktører.

6.2 Karakteren af bestyrelsens pligter

Indledningsvist skal det bemærkes, at et væsentlig karakteristikum ved professionsansvaret er, at det befinder sig i et grænseområde mellem kontrakt- og deliktsansvaret, idet der er en kontrakt mellem den professionelle aktør og klienten samtidig med, at kravene til ydelsen i betydeligt omfang er suppleret af normer på det konkrete rådgivningsområde.

Bestyrelsen derimod vælges på generalforsamlingen, og kan ikke således ikke på samme måde siges at have et kontraktforhold til selskabet. Eventuelle ejeraftaler kan næppe ændre dette, idet bestyrelsens forpligtigelse er overfor selskabet og ikke overfor kapitalejerne, jf. afsnit 4.2.3.

Trods det synes der at være visse momenter i forholdet mellem selskabet og bestyrelsen, der kan have lighedstræk med et kontraktforhold. Bestyrelsesmedlemmerne påtager sig således ved valget en forpligtigelse til at levere en indsats for selskabet, eventuelt mod et vederlag. De pligter der følger af dette "kontraktforhold" defineres imidlertid ikke af en kontrakt, idet en sådan kontrakt ikke eksisterer, og eventuelle ejeraftaler ikke er bindende for bestyrelsen. Derimod følger pligterne af lov og øvrige retskilder. Det må på den baggrund fastslås, at bestyrelsesansvaret er et deliktsansvar, men at det ikke nødvendigvis befinder sig så langt fra det grænseområde, professionsansvaret befinder sig i.

Det kan anføres, at bestyrelsen er valgt med henblik på at udføre det hverv, det er, at forestå den overordnede ledelse af et selskab. Om end de pligter der følger med indsættelsen i denne stilling er af overordnet karakter, er der immervæk tale om, at der qua den position eller stilling, som bestyrelsesmedlemmet vælges til, følger visse pligter, hvorfor ledelsesansvaret synes sammenligneligt med funktionsbestemte ansvarsnormer. På den måde minder ledelsesansvaret om professionsansvaret.

Som det følger af den ovenfor analyserede retspraksis, synes det vanskeligt at kvalificere disse pligter nærmere end til, at bestyrelsen skal føre tilsyn med selskabet og har pligt til at holde sig orienteret om selskabets forhold. Der er i dommene lagt vægt på forhold, der dokumenterer, at disse pligter er iagttaget, men disse forhold, kan ikke i sig selv ses som per definition kræves, at bestyrelsen foranstalter. Bestyrelsen har således pligt til at sikre, at der bliver udarbejdet relevante regnskaber, budgetter etc., men der kan ikke udledes nærmere retningslinjer for, hvordan disse skal udarbejdes, særlige metoder el. lign.

Dermed bærer bestyrelsens pligter, sammenlignet med de traditionelle professionsansvarsstandarder, præg af at være overordnede og vage minimumskrav til bestyrelsens viden og indsigt, jf. afsnit 4.2.3.

På den måde adskiller professionsansvaret sig også fra ledelsesansvaret i den forstand, at selvom der kan ske en vis brancheglidning i forhold til en ydelse der leveres, er der trods alt en klarere definition af ydelsens indhold, hvilket ikke kan siges at være tilfældet for ledelsesansvaret.

Såfremt man skulle kunne tale om en funktionsbestemt ansvarsnorm, må det således være en forudsætning, at man kan udlede mere specifikke krav, som alle personer, der virker i en bestyrelsesfunktion forventes at leve op til. Dette gælder ikke blot generelt på tværs af selskabstyper og størrelser, men også blot inden for det enkelte selskab. Det er tvivlsomt om der kan opstilles sådanne almene krav til samtlige individer i det kollektive organ, hvor det måske netop er mere relevant at have medlemmer med forskellige uddannelsesmæssige eller faglige baggrunde, der hver især kan bidrage med deres konkrete viden og indsigt. Det vil herefter afhænge af det enkelte selskab, i hvilket omfang der er behov for ledelsesmedlemmer, der besidder særlige økonomiske, juridiske markedsføringsmæssige eller andre kvalifikationer. Uanset at der stilles visse minimumskrav til bestyrelsesmedlemmerne, synes det derfor ikke meningsfyldt at forsøge at definere generelle retningslinjer for, hvilke pligter bestyrelsesmedlemmer generelt skal besidde. Disse vil afhænge af de konkrete omstændigheder i den enkelte ansvarssituation.

6.2.1 Bagvedliggende hensyn

Det skal hertil nævnes, at visse bagvedliggende hensyn spiller en rolle i forhold til de krav, man kan stille til bestyrelsen. Selvom bestyrelsen vælges på baggrund af deres særlige forudsætninger, og selvom medlemmerne modtager et vederlag for deres arbejde, er der ikke tale om et erhverv i traditionel forstand. Det synes således ikke rimeligt at stille krav til ledelsens indsats i samme omfang, som man gør til professionelle aktører. I den sammenhæng skal det ligeledes bemærkes, at selvom bestyrelsesmedlemmerne modtager et vederlag for deres indsats, vil dette vederlag ofte ikke stå mål med de potentielle erstatningskrav, medlemmerne risikere at blive mødt med.

Det er værd at bemærke, at den professionelle rådgivers forhold til klienten ofte er præget af, at klienten er den svage part. Klienten henvender sig til den professionelle med henblik på løsning af et konkret problem, og vil som udgangspunkt ikke være i stand til at vurdere, kvaliteten af den leverede ydelse. Et bestyrelsesmedlem vælges ikke på samme måde med henblik på løsningen af et konkret problem, ligesom denne ikke nødvendigvis har en særlig faglig baggrund, der indebærer, at selskabet eller kreditorer indretter sig i tillid til medlemmets faglige vurderinger. Derfor synes det ikke på samme måde som under professionsansvaret nødvendigt, med veldefinerede standarder for ydelsen.

I den forbindelse er det i øvrigt værd at bemærke, at der for ledelsesmedlemmer, modsat de i specialet inddragede professioner, ikke er lovkrav om tegning af en ansvarsforsikring. Dette kan ses som en indikation på, at der findes nogle bagvedliggende samfundsmæssige beskyttelseshensyn i forhold til beskyttelse af de mulige skadelidte i forhold til et professionelt an-

svarssubjekt, som ikke tilsvarende gør sig gældende i forhold til mulige skadelidte i forhold til ledelsesmedlemmerne.

Tilstedeværelsen af en forsikring antages i teorien at skærpe ansvarsbedømmelsen, og det er således af Gomard & Schamburg-Müller, antaget, at en øget udbredelse af bestyrelsesansvarsforsikringer vil kunne bevirke en skærpelse af ansvaret.¹⁷⁹ Under alle omstændigheder må det bagvedliggende krav om forsikring ses som en understregning af, at der fra samfundets side stilles større forventninger og krav til professionelle aktører, end der stilles til ledelsesmedlemmer.

Der forekommer således at være nogle bagvedliggende hensyn, der medfører, at det ikke synes rimeligt at stille krav til bestyrelsesmedlemmerne, i samme omfang, som man gør til professionelle aktører.

6.2.2 Betydningen af god skik standarder

For de i specialet behandlede professioner gælder, jf. afsnit 3.2.2, at disse ifølge lov er underlagt god skik regler, der for det første har en funktion i forhold til professionernes disciplinæransvar, men som også i et vist omfang kan have betydning i forhold til erstatningsansvaret. Det er dog ikke entydigt, hvilken betydning reglerne må tillægges i en erstatningsretlig kontekst, idet det for så vidt angår revisorer er en forudsætning for at ifalde ansvar, at der er handlet i strid med god revisorskik, mens dette ikke er et krav for eksempelvis advokater, hvis god skik regler i vidt omfang er formelle krav, der er uden betydning i en ansvarsvurdering. Fælles for de tre professioner er, at deres god skik standarder har eksisteret i mange år, og derfor er forholdsvis veldefinerede, samt at der er disciplinærnavn, der foretager vurderingerne af, om der er handlet i strid med god skik.

Der gælder ikke for kapitalselskaber lovfæstede regler om god skik, ligesom der næppe kan udledes branchenormer for, hvad der er god skik i et kapitalselskab. Selskaberne er for uhomogen en gruppe til, at dette giver mening. Der kan herske branchesædvaner indenfor en given virksomhedstype, men det synes ikke muligt, at udlede almengyldige sædvaner, der gælder for bestyrelser.

Det må dog formodes at have begrænset betydning for, om bestyrelsesansvaret kan betegnes som et professionsansvar, at der ikke findes god skik standarder, taget i betragtning, at betydningen af disse er så uensartet i relation til de klassiske professionsansvar. Samtidig kan det nævnes, at der i et bredere perspektiv er flere professioner, der ikke er underlagt god skik normer, og som ikke har stærke traditioner for branchenormer, men som alligevel anses for at være underlagt et professionsansvar.

6.2.3 Loyalitetsforpligtigelser

Som nævnt i afsnit 3.3.1, medfører kontrakten mellem den professionelle aktør og klienten, at der opstår visse loyalitetspligter. Tilsvarende er det fast antaget, at bestyrelsen har visse loyalitetsforpligtigelser overfor selskabet. Ligeledes antages loyalitetspligten at være indeholdt god skik normerne for de professionelle aktører.

¹⁷⁹ Gomard & Schamburg-Müller, s. 582 f.

Den professionelle aktør har desuden visse loyalitetspligter overfor tredjemænd, jf. idet dette for så vidt angår revisorer og ejendomsmæglere dels følger af lov, idet revisor er offentlighedens tillidsrepræsentant, mens ejendomsmægleren har en lovfæstet oplysningspligt overfor køberen. For så vidt angår advokater formodes der imidlertid også at gælde en vis loyalitetspligt overfor tredjemand i almindelighed, jf. afsnit 3.3.3.

Som det fremgår af de ovenstående domsanalyser, synes der også i praksis synes der også at lægges en vis vægt på bestyrelsens loyalitet overfor kreditorer. Loyalitetspligten er naturligvis ikke så tung, som den der gælder for revisorer og ejendomsmæglere som følge af lov.

Det skal indledningsvist understreges, at bestyrelsens eventuelle loyalitetspligt over for tredjemand ingenlunde er sammenlignelig med de nævnte lovfæstede pligter, visse professionelle aktører har overfor tredjemænd. Ledelsens loyalitetspligt over for kreditorer synes derimod sammenlignelig med den pligt, advokater eksempelvis antages at have overfor tredjemand, der eksempelvis kan indebære en pligt til at opfordre en modpart til at opsøge advokatrepræsentation. For såvel bestyrelsen som advokaten, er der således tilsyneladende en pligt til, at opfordre tredjemænd til at varetage sine egne interesser.

Det må dog understreges, at en eventuel loyalitetspligt overfor tredjemand ikke opvejer bestyrelsens loyalitetspligt overfor selskabet til først og fremmest at varetage selskabets interesser. Som det bl.a. fremgår af Havemann dommen har bestyrelsen ikke pligt til at ophøre med at modtage leverancer på kredit eller i øvrigt oplyse om omfanget af selskabets økonomiske vanskeligheder selv i selskabets sidste levetid.

Som ovenfor nævnt følger de professionelle aktørers loyalitetsforpligtigelser til dels af god skik standarderne. På den baggrund kunne det overvejes, om bestyrelsens pligter overfor tredjemænd kunne ses som et udtryk for, at der kunne udledes visse god skik standarder eller branchenormer for bestyrelsesmedlemmer. En sådan konklusion kan dog ikke udledes på det foreliggende grundlag.

7. Konklusion

På baggrund af ovenstående diskussion skal der hermed vurderes, i hvilket omfang bestyrelsesansvaret kan karakteriseres som et professionsansvar.

Det erindres fra kapitel to, at culpavurderingen i almindelighed foretages på baggrund af et subjektivt og et objektivt element. Dette er ligeledes udgangspunktet for begge de to ansvarsmodeller, der er behandlet i nærværende speciale.

Først og fremmest må det fremhæves, at både den professionelle aktør og bestyrelsesmedlemmet har en særlig stilling, som i et vist omfang definerer den norm, det respektive ansvarssubjekt skal bedømmes efter. Professionsansvaret er ikke et skærpet ansvar, men kan føles strengt, fordi den professionelle skal leve op til de standarder, der indenfor en given branche stilles til den almindelige gode udøver af erhvervet. Med reference til et klassisk begreb, kan den professionelle aktør siges, at skulle leve op til en bonus pater professionalis.

Ved valget til bestyrelsen indtræder bestyrelsesmedlemmet i et hverv, der medfører en række pligter. Bestyrelseshvervet forudsætter desuden, at medlemmet har en vis minimumsindsigt i erhvervsmæssige forhold. Ved vurderingen af bestyrelsesmedlemmets ansvar, tages der således ligeledes udgangspunkt i et bestyrelsesmedlem i en tilsvarende bestyrelse i en tilsvarende situation – et bonus pater bestyrelsesmedlem. Bestyrelsesansvaret synes således i den henseende at kunne karakteriseres som et bestyrelsesansvar. Dermed er det ligesom ved professionsansvaret muligt at opstille en særlig målestok for bestyrelsesmedlemmer.

I og med at der skal ske en sammenligning med en tilsvarende bestyrelse, adskiller ledelsesansvaret sig imidlertid fra professionsansvaret på et væsentligt punkt. Professionelle aktører dømmes ens, uanset karakteren af deres forretning – om der er tale om en advokat fra et mindre generalistkontor, eller en højt specialiseret advokat fra et stort kontor spiller ikke en rolle i ansvarsvurderingen. Ved ansvarsvurderingen af bestyrelsesmedlemmer tages der imidlertid udgangspunkt i det konkrete selskabs forhold, hvorfor målestokken for ansvarsvurderingen differentieres, afhængigt af karakteren af det selskab, bestyrelsen har været valgt for.

Ligeledes kan der ved ansvarsvurderingen af ledelsesmedlemmet formodentligt i nogen grad højde for særlige forudsætninger for varetagelse af hvervet, ligesom medlemmets position i bestyrelsen kan tages i betragtning ved ansvarsvurderingen.

Mere begrænset hensyn tages der til bestyrelsesmedlemmets manglende forudsætninger, ligesom det ikke tages hensyn til om bestyrelsen modtager et vederlag for sit arbejde, på samme måde som disse forhold ikke tages i betragtning ved vurderingen af professionelle aktører.

På den baggrund kan det fastslås, at de krav, der stilles til den professionelle aktørs burde viden er mere veldefinerede, end de krav der stilles til bestyrelsesmedlemmets burde viden, hvilket kan opleves som en forskel i strengthed, men som i bund og grund er et udtryk for, at det ikke er nær så indlysende at definere, hvad et bestyrelsesmedlem må indse, som det er at definere, hvad f.eks. en advokat må indse. Dermed synes der at kunne ses en ikke uvæsentlig forskel på bedømmelsen af tilregnelser i de to ansvarsmodeller.

I relation til det objektive element i culpavurderingen, er professionsansvaret karakteriseret ved at befinde sig i et grænseområde mellem delikt og kontraktsansvaret, idet der ligger et aftaleforhold bag forholdet mellem rådgiveren og klienten. Dermed bliver vurderingen af, om der er sket en retskrænkelse i høj grad et spørgsmål om, om der er handlet pligtstridigt.

Forholdet mellem bestyrelsesmedlemmet og selskabet er ikke på samme måde et kontraktforhold. Der synes dog et være visse kontraktlignende træk ved forholdet mellem bestyrelsen og selskabet. Medlemmerne vælges således til bestyrelsen med henblik på at levere en form for intellektuel tjenesteydelse, og vurderingen af, om ledelsesmedlemmet har handlet retsstridigt, vil ligeledes tage udgangspunkt i, om der er handlet pligtstridigt.

Karakteren af de pligter der påhviler henholdsvis bestyrelsesmedlemmer og professionelle aktører er dog forskellige. Således er de professionelle aktørers pligter fintmaskede og i høj grad konkret defineret, idet disse er defineret igennem en mangeårig udvikling af branchenormer og god skik standarder. Bestyrelsens pligter er på den anden side af meget overordnede karakter, og der stilles i mindre grad konkrete krav til, hvordan de iagttages. Der kan ved vurderingen af bestyrelsesansvaret lægges vægt branchenormer, men det synes overordnet set ikke meningsfyldt, at definere sådanne normer, der kan siges at gælde for alle typer selskaber. Der er således væsensforskelle i karakteren af de krav, der stilles til henholdsvis bestyrelsesmedlemmer og professionelle aktører.

I afsnit 3.2 anføres det, at det ifølge Ulfbeck er hensigtsmæssigt at tale om professionsansvar i en erstatningsretlig kontekst i alle tilfælde, hvor det er muligt at identificere en særlig tradition eller standard for, hvordan en bestemt ydelse skal præsteres.

På den baggrund må det overvejes, om det synes hensigtsmæssigt at beskrive ledelsesansvaret som et professionsansvar.

Bestyrelsens pligt til at udstikke overordnede retningslinjer og føre tilsyn med selskabet kan formodentlig godt betragtes som en tjenesteydelse af intellektuel karakter. Det synes dog ikke meningsfyldt at udlede særlige specifikke krav til denne tilsynsførelse, idet dette i høj grad vil afhænge af karakteren af det enkelte selskab.

På den baggrund må konklusionen være, at ledelsesansvaret i vid udstrækning tager udgangspunkt i elementer, som tilsvarende udgør fundamentet for professionsansvaret. Ansvarsmodellerne forgrener sig dog derefter i forskellige retninger, hvorved de kommer til at adskille sig fra hinanden i et omfang der gør, at ledelsesansvaret ikke kan kategoriseres som et professionsansvar. Ansvarsmodellerne må dog på grund af dette fælles udgangspunkt betegnes som beslægtede.

8. Litteraturliste:

8.1 Bøger:

Andersen, Paul Krüger; *Aktie og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, 2013 12. udg., Jurist- og økonomforbundets forlag.

Bergenser, Søren; *Tilsynsrådets erstatningsansvar*, 2012, Karnov Group.

Bryde Andersen, Mads, *Advokatretten*, 1. udg. 2005, BookPartner A/S.

Bønsing, Sten, m.fl.; *Erstatning – en antologi*, 2006, Forlaget Thomson.

Christensen, Jan Schans, *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, 2014 4. udg., Karnov Group.

Dotevall, Rolf, *Bolagledningens skadeståndansvar*, 2008, Norstedts Juridik AB.

Gomard, Bernhard; *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold*, 1990/1958, Gads forlag.

Gomard, Bernhard; *Moderne erstatningsret*, 2002, Jurist- og økonomforbundets forlag.

Gomard, Bernhard & Schamburg-Müller, Peer; *Kapitalselskaber – Aktie og anpartsselskaber*, 2013 7. udg., Jurist og økonomforbundets forlag.

Halling-Overgaard, Søren; *Advokaters erstatningsansvar*, 2002, Jurist- og økonomforbundets forlag.

Halling-Overgaard, Søren; *Revisors erstatnings og disciplinæransvar*, 2014, 4. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag.

Isager, Helle & von Eyben Bo; *Lærebog i erstatningsret*, 2011 7. udg., Jurist og økonomforbundets forlag.

Jull Sørensen, Marie; *God skik for juridiske rådgivning – en retlig standard*, 2011, Jurist- og økonomforbundets forlag.

Langsted, Lars Bo; *Rådgivning – det professionelle erstatningsansvar*, 2004, Forlaget Thomson.

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, Jurist- og økonomforbundets forlag.

Samuelsson, Morten; Lett, Jesper; Søgaard, Kjeld, *Bestyrelsesansvaret*, 1997, Forsikringhøjskolens Forlag.

Samuelsson, Morten; Søgaard, Kjeld, *Rådgiveransvaret : erstatningsansvar og forsikring for professionelle rådgivere*, 1993, Forsikringhøjskolens Forlag.

Sofsrud, Thorbjørn; *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, 1999, Greens§Jura Akademisk forlag A/S

Ulfbeck, Vibe; *Erstatningsretlige grænseområder*, 2010 2. udg., Jurist- og økonomforbundets forlag.

Ulfbeck, Vibe; *Kontraktens relativitet – Det direkte ansvar i formueretten*, 2000, Thomson Gad Jura.

Vinding Kruse, Anders, *Erstatningsretten*, 1989 5. udg., Jurist. og Økonomforbundets forlag.

Welauff, Erik, *Selskabsret*, 2013 9. udg., Karnov group.

8.2 Artikler:

Andersen, Eigil Lego, *Mere om aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR 2008B.425.

Boe, Jørgen, *Bestyrelsesmedlemmers og direktørers ansvar*, UfR 1984B.385.

Borch, Ole; Vistisen, Torben, *30 år efter Havemann*, ET2007.237.

Bryde Andersen, *Opgør med relativitetsprincippet*, UfR 2001B.119.

Jørgensen, Stig, *Et funktionsbestemt professionsansvar*, Trykt i Retsvidenskabeligt tidsskrift, bind 1 oplag 2001.

Langsted, Lars bo, *Den vædrede galease*, Trykt i Festskrift til Erik Welauff, 2012, Jurist- og økonomforbundets forlag.

Werlauff, Erik, *"... formanden dog det dobbelte" - om bestyrelsesformandens opgaver og ansvar, herunder efter de nye danske corporate governance-anbefalinger*, RR.2013.03.44.

Werlauff, Erik & Schamburg-Müller, *Efter Hafnia- status over prospekt- og emissionsansvaret i dansk ret*, UfR 2002B.437.