



BESTYRELSESANSVARET I KAPITALSELSKABER

Tobias Thomsen

Juridisk Institut, Aalborg Universitet -
Kandidatafhandling



Titelblad:

Uddannelse:	Cand.jur., Aalborg Universitet
Vejleder:	Jesper Møller (H).
Titel (Dansk):	Bestyrelsesansvaret i kapitalselskaber
Titel (Engelsk):	The Liability of Board of Directors in Limited Liability Companies
Retsområde:	Selskabsret og erhvervsret
Omfang:	141.218 (58,87 normalsider)
Afleveringsdato:	26. maj 2016

Tobias Thomsen
Studienr.: 20113947

Contents

1	Indroduktion:	5
1.1	Indledning:	5
1.2	Problemformulering:	6
1.3	Metode:	6
1.4	Afgrænsning:	7
1.5	Overblik:	7
2	Redegørelse:	8
2.1	Indroduktion til selskabsloven:	8
2.1.1	Selskabslovens § 115:	8
2.1.2	Selskabslovens § 119:	10
2.1.3	Selskabslovens § 130:	11
2.1.4	Selskabslovens § 179, stk. 2:	12
2.1.5	Selskabslovens § 361:	13
2.2	Corporate governance – anbefalinger for god selskabsledelse:	14
2.2.1	Bestyrelsens overordnede opgaver og ansvar – Punkt 2.1:	15
2.3	Sammenfatning af redegørelsen:	16
3	Analyse:	18
3.1	Indroduktion og overblik:	18
3.2	Den øgede regulering:	18
3.2.1	Reguleringen af bestyrelsens opgaver og pligter i SL:	18
3.2.2	Soft law - anbefalingerne for god selskabsledelse:	21
3.3	Retspraksis:	22
3.3.1	Indroduktion:	22
3.3.2	(1) Ansvarsnormen:	23
3.3.3	(2) En forsvarlig organisation og bestyrelsens tilsynspligt:	25
3.3.4	(3) Bestyrelsens beslutningsgrundlag:	27
3.3.5	(4) Det forretningsmæssige skøn:	31
3.3.6	(5) Nødlidende selskaber:	35
3.3.7	(6) Individuelle undskyldningsgrunde:	40
3.4	Sammenfatning og vurdering af analysen:	43
4	Bestyrelsesansvaret som et professionsansvar:	49
4.1.1	Forskellen på culpaansvaret og professionsansvaret:	49
4.1.2	Bestyrelsesansvaret – Hvorfor professionsansvar og hvorfor ikke:	50
4.1.3	Sammenfatning:	54

5	Bestyrelsesansvaret i et fremtidsperspektiv:.....	56
5.1	Fremtiden for bestyrelsesansvaret:	56
5.1.1	Fremtidige ansvarssager:	56
5.1.2	OW Bunker – et muligt erstatningsansvar:.....	57
6	Konklusion:.....	61
7	Abstract:.....	64
8	Litteraturliste:.....	65
8.1	Lovgivning:.....	65
8.2	Domme:.....	65
8.3	Anbefalinger og rapporter:.....	66
8.4	Bøger:.....	67
8.5	Artikler:.....	67
8.6	Andet:.....	69

1 Introduktion:

1.1 Indledning:

Erhvervsskandale, katastrofe, chok m.v. er ofte anvendte ord, når store selskaber er årsag til meget betydelige tab. I nyere tider har ordet ”erhvervsskandale” været nævnt flere gange i medierne i forbindelse med OW Bunkers konkurs i efteråret 2014, hvor mere end 20.000 investorer mistede deres penge.¹ Det er ikke kun i nyere tid med OW Bunker, IT Factory og alle banksagerne, at spørgsmålet om ledelsesansvaret har været fremme. Ledelsesansvaret har været i særlig fokus i medierne siden forliset af Nordisk Fjer i 1991.

Når et selskab er årsag til tab, er det centrale spørgsmål, hvor ansvaret for tabet skal placeres. Spørgsmålet er i de senere år blevet en del af virkeligheden for mange selskaber, kreditorer og kapitalejere. De første, som står på mål for en erstatningssag, er bestyrelsen, eftersom bestyrelsen har ansvaret for den overordnede og strategiske ledelse af selskabet.

Bestyrelsesansvaret er et område, som både lovgivningsmæssigt og samfundsmæssigt er under udvikling. På baggrund af betænkning 1498/2008 trådte Lov nr. 470 af 12. juni 2009 aktie- og anpartsselskabsloven i kraft. Formålet med at forene de tidligere selskabslove til én lov var blandt andet at sikre en høj konkurrenceevne i det danske erhvervsliv gennem en klarere og mere effektiv selskabslovgivning. I forhold til spørgsmålet om bestyrelsesansvaret blev det anført, at der var et behov for at præcisere ledelsens handlepligter på flere områder.² I forhold til det samfundsmæssige perspektiv er corporate governance af stadig større betydning. Corporate governance skal medvirke til at øge tilliden til virksomhederne igennem transparens om selskabets ledelse.³

På baggrund af de seneste års mange erhvervsskandaler og den øgede regulering af bestyrelseshvervet, må det forventes, at bestyrelsesmedlemmer vil deltage mere aktivt i bestyrelsesarbejdet i løbet af de kommende år. Det giver anledning til at overveje, hvilken betydning den øgede regulering har haft for bestyrelsens ansvar, og hvilken betydning det vil have i fremtiden.

¹ Børsen Finans 08.03.2016

² KBET 2008, nr. 1498, s. 39 ff.

³ Rose, RR 2010.12, s. 46 ff.

1.2 Problemformulering:

Problemformuleringen for denne afhandling er:

”Er der sket en skærpelse af bestyrelsesansvaret i kapitalsselskaber som følge af den øgede regulering på området de seneste år, og hvordan må det forventes, at bestyrelsesansvaret ser ud i fremtiden?”

Begrebet skærpelse defineres i denne afhandling som værende alle forhold, der gør det mere byrdefuldt at være et bestyrelsesmedlem uanset forholdets form.

1.3 Metode:

Den anvendte metode til at belyse problemstillingen er den retsdogmatiske metode. Formålet med den retsdogmatiske metode er, at: ”*beskrive, fortolke, analysere og systematisere gældende ret*”.⁴ Metoden er udtryk for en skabende proces, og den anvendes til at finde frem til gældende ret igennem kvalificerede valg.⁵ I denne afhandling vil formålet være at undersøge om ansvaret for bestyrelsen i kapitalsselskaber er blevet skærpet som følge af den øgede regulering, og om bestyrelsen i kapitalsselskaber i fremtiden kan blive underkastet et professionsansvar. Ved den øgede regulering forstås reguleringen af bestyrelsens pligter og opgaver i selskabsloven, men også gennem soft law, herunder anbefalingerne for god selskabsledelse.

Den retspolitiske metode vil i et vist omfang blive anvendt i forbindelse med en undersøgelse af, hvordan bestyrelsesansvaret i fremtiden eventuelt kan og bør udvikle sig (de lege ferenda).⁶

Retskildemæssigt inddrages love, forarbejder, betænkninger, domme, soft law og juridisk litteratur. Afhandlingens primære retskilder er den selskabsretlige lovgivning og udvalgt retspraksis om bestyrelsesansvaret.

⁴ Munk-Hansen (2010), s. 95

⁵ Blume (2014), s. 40-41

⁶ Blume (2014), s. 285 ff.

1.4 Afgrænsning:

Af hensyn til afhandlingens omfang har forfatteren valgt alene at behandle bestyrelsesansvaret i kapitalselskaber. Af denne årsag vil ledelsesansvaret for de andre ledelsesorganer, herunder tilsynsrådet og direktionen, kun blive anvendt som fortolkningsmomenter, da samarbejdet mellem selskabsorganerne kan være med til at klarlægge retstilstanden for bestyrelsesansvaret.

Specialet har sit fokus på kapitalselskaber, men nyere retspraksis vedrørende foreninger, fonde og pengeinstitutter vil også blive inddraget, da en række af bestyrelserne er så professionelle i dag, at der i det væsentlige kan stilles de samme krav til bestyrelsen som i et kapitalselskab.

De erstatningsretlige udelukkelsesgrunde vil ikke blive belyst i afhandlingen. Læseren bør dog være opmærksom på, at udelukkelsesgrundene kan have relevans i forhold til ansvarsvurderingen af et bestyrelsesmedlem. Lempelsesreglen i både selskabslovens § 363, stk. 1, eller erstatningsansvarslovens § 24 vil heller ikke blive behandlet nærmere i denne afhandling. Reglerne omkring flere skadevoldere, herunder solidaritet og regres bliver ikke belyst. Af denne årsag vil Selskabslovens § 363, stk. 2, ikke blive behandlet.

Det er kun det civilretlige erstatningsansvar, som vil blive behandlet i specialet og ikke det strafferetlige. Reglerne i diverse særlove vil ikke blive gennemgået i afhandlingen, herunder reglerne i konkursloven om konkurskarantæne eller reglerne i lov om finansiel virksomhed.

1.5 Overblik:

Afhandlingen er inddelt i fem hovedafsnit.

- For det første vil der i afsnit 2 blive redegjort for den øgede regulering, herunder selskabsloven og anbefalingerne for god selskabsledelse.
- For det andet vil der i afsnit 3.2 blive foretaget en analyse af, hvilken betydning den øgede regulering har haft for bestyrelsesansvaret.
- For det tredje vil udvalgte områder af retspraksis om bestyrelsesansvaret blive analyseret i afsnit 3.3.
- For det fjerde vil muligheden for at bestyrelsesansvaret i fremtiden udvikler sig til et professionsansvar blive diskuteret i afsnit 4.
- For det femte vil der i afsnit 5 blive perspektiveret til fremtidige ansvarssager.

2 Redegørelse:

2.1 Introduktion til selskabsloven:

Den nye selskabslov fra 2009 (L 2009-06-12, nr. 470, Lov om aktie- og anpartsselskaber), herefter ”SL”, er en videreførelse af aktieselskabsloven, herefter ”ASL”, samt anpartsselskabsloven, herefter ”APL”. SL finder anvendelse på alle aktieselskaber og anpartsselskaber, de såkaldte kapitalselskaber, jf. SL § 1.

Der vil blive redegjort for SL § 115 om, hvilke opgaver bestyrelsen er pålagt i dens varetagelse af den overordnede og strategiske ledelse af selskabet. Efterfølgende vil SL § 119 blive gennemgået, da denne bestemmelse pålægger bestyrelsen at indkalde til en generalforsamling, såfremt bestyrelsen konstaterer, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. Dernæst vil SL § 130 om bestyrelsens forretningsorden blive gennemgået. Endvidere vil SL § 179, stk. 2, blive inddraget, eftersom bestyrelsen er ansvarlig for, at uddeling af selskabets midler ikke overstiger, hvad der er økonomisk forsvarligt. Afslutningsvist vil der blive redegjort for SL § 361, som er ansvarsreglen for bestyrelsen.

2.1.1 Selskabslovens § 115:

Bestemmelsen fastslår, at bestyrelsen skal varetage den overordnede og strategiske ledelse. Herudover skal bestyrelsen sikre en forsvarlig organisation af selskabet og påse en række forhold.

Reglen om bestyrelsens opgaver fandtes før i ASL § 54, stk. 3, og APL § 20. Bestemmelsen i SL § 115 er i grundtræk en videreførelse af ASL § 54, stk. 3. Bestemmelsen oplister hvilke opgaver, der påhviler bestyrelsen i et kapitalselskab.⁷

Bestyrelsen skal påse, at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en tilfredsstillende måde ud fra kapitalselskabets forhold, jf. SL § 115, stk. 1, nr. 1.

Det påhviler endvidere bestyrelsen at påse, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. SL § 115, stk. 1, nr. 2. Ved formuleringen ”fornødne procedurer” har det

⁷ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 115

været hensigten at indføre en fleksibilitet i forhold til det enkelte selskab, da der kan være forskellige krav til intern kontrol og risikostyring alt efter selskabets konkrete forhold.⁸ Bestemmelsen er en kodificering af tidligere retspraksis.⁹

Bestyrelsen skal efter SL § 115, stk. 1, nr. 3, påse, at direktionen holder bestyrelsen underrettet ved løbende at rapportere omkring selskabets finansielle forhold. Bestemmelsen er et udtryk for samspillet mellem direktionen og bestyrelsen. Bestyrelsen er afhængig af kvaliteten og udstrækningen af den information, som bestyrelsen modtager fra direktionen for at kunne udføre sit arbejde. Det er derfor nødvendigt, at bestyrelsen sikrer et tilfredsstillende rapporteringssystem.¹⁰

SL § 115, stk. 1, nr. 4, fastslår, at bestyrelsen har et ansvar for at føre den fornødne kontrol med, at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde. Bestemmelsen er ny og er en kodificering af tidligere retspraksis, som er baseret på, at det er bestyrelsen, der ansætter og afskediger direktionen.¹¹

Ifølge SL § 115, stk. 1, nr. 5, er bestyrelsen til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation i kapital selskabet og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt. Der er med bestemmelsens nye formulering ikke tilsigtet en skærpelse af retstilstanden med hensyn til ledelsens ansvar over for kreditorerne ved konkurs. Det er anført i forarbejderne, at: *”Der er tale om en præcisering af, hvad det indebærer, når ledelsen skal påse, at kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt”*.¹² Der findes ikke en definition af et *”forsvarligt kapitalberedskab”*, men Udvalget antog i sin betænkning, at det skal betyde, at: *”kapital selskabet til enhver tid råder over de fornødne likvide ressourcer”*.¹³ Det har ikke været hensigten med bestemmelsen, at ansvaret for kapital selskabets kapitalisering generelt skulle skærpes, men bestyrelsen kan alene *”(...) pålægges et erstatningsansvar, hvis der foreligger en erstatningspådragende adfærd, hvilket bedømmes efter culpanormen”*.¹⁴ Bestyrelsen skal løbende vurdere selskabets finansielle stilling, og der skal i bestemmelsen indfortolkes en handlenorm knyttet til et likviditetskriterium. Bestyrelsen har både ret og pligt til at videreføre driften i et selskab for at overleve en økonomisk krise. Det følger imidlertid

⁸ Ibid.

⁹ Neville (2009), s. 120

¹⁰ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 115

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ KBET 2008, nr. 1498, s. 896

¹⁴ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 115

af, at bestyrelsen har ansvaret for at påse et forsvarligt kapitalberedskab, at bestyrelsen skal indstille driften, hvis en forsvarlig videreførelse ikke er mulig. Bestyrelsen skal i vurderingen særlig tillægge den fremadrettede drift betydning, f.eks. ved at anvende budgetter.¹⁵

2.1.2 Selskabslovens § 119:

Ifølge bestemmelsen skal bestyrelsen i et selskab sikre, at der afholdes en generalforsamling senest 6 måneder efter, at det er konstateret, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. På generalforsamlingen skal bestyrelsen redegøre for selskabets økonomiske situation og eventuelt komme med forslag til nødvendige foranstaltninger.

Bestemmelsen er en videreførelse af ASL § 69 a og APL § 52, og retstilstanden er således videreført uændret. Der er med den nye bestemmelse sket en sproglig tilpasning. Bestemmelsen har til formål at indsætte en handlepligt for ledelsen, når det er konstateret, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. Handlepligten består i at indkalde til en generalforsamling, som skal afholdes senest 6 måneder efter, at kapitaltabet er konstateret. Reglen finder anvendelse, hvis kapitaltabet hænder i løbet af regnskabsåret, eller hvis det opdages ved udarbejdelsen af årsregnskabet. Det er ikke afgørende, om tabet skyldes dårlig drift af selskabet, eller om der er tale om enkeltstående tab. Handlepligten afhænger af det forhold, at et kapitaltab konstateres, og om det centrale ledelsesorgan får kundskab om tabet.¹⁶

Det skal bemærkes, at der kun foreligger en handlepligt og ikke decideret pligt til at genoprette selskabskapitalen.¹⁷ På generalforsamlingen har ledelsen til opgave at redegøre for selskabets økonomiske stilling, og hvis det er påkrævet, skal ledelsen stille forslag til, hvad der fremadrettet skal ske med selskabet.¹⁸ Lovgivningsmagten har anført i forarbejderne, at *”Det må antages, at kravet om en forsvarlig ledelse skærpes, når et sådan kapitaltab er konstateret. Tilsvarende må der udvises særlig agtpågivenhed ved stillingtagen til udlodning af udbytte”*.¹⁹

¹⁵ Ibid.

¹⁶ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 119

¹⁷ Werlauff (2013), s. 328-330

¹⁸ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 119

¹⁹ Ibid.

På generalforsamlingen kan bestyrelsen eksempelvis foreslå kapitalnedsættelse og efterfølgende kapitalforhøjelse, virksomhedssalg m.v. eller opløsning af selskabet. Findes det forsvarligt at forsætte driften under hensyntagen til eventuelt ændrede konjunkturer, nye ordrer eller rekonstruktionsbehandling, kan generalforsamlingen vælge at gøre dette. Hvis bestyrelsens forslag til generalforsamlingen var, at selskabet skulle opløses, men generalforsamlingen beslutter, at selskabets drift skal forsætte, må det resultere i, at bestyrelsen træder tilbage.²⁰

Formålet med SL § 115, stk. 1, nr. 5, sammenholdt med § 119, er at anspore bestyrelsen til aktivt at følge den økonomiske udvikling i selskabet, hvilket skal være med til at sikre, at de fornødne dispositioner træffes, sådan at selskabet ikke lider et tab. Kravet om, at bestyrelsen skal følge op og udarbejde dokumenter vedrørende selskabets økonomiske forhold, herunder rapporter om likviditet, pengestrømme, finansieringsforhold m.v., skal gøre bestyrelsen opmærksom på eventuelle økonomiske vanskeligheder, hvorefter ledelsens handlepligt indtræder.²¹

2.1.3 Selskabslovens § 130:

En bestyrelse bestående af flere medlemmer har ifølge SL § 130 en pligt til at fastsætte bestemmelser i en forretningsorden om udførelsen af bestyrelsens hverv.

Reglen er en videreførelse af den tidligere bestemmelse i ASL § 56, stk. 7, som blev indført i ASL i 1992. Den daværende APL indeholdte ikke en tilsvarende bestemmelse.²²

Det afgørende ved udarbejdelsen af forretningsordenen er det enkelte selskabs konkrete ønsker og behov. Formålet med forretningsordenen er at sikre, at arbejdet i bestyrelsen foregår på en hensigtsmæssig måde. Bestemmelsen skal tilmed gøre det enkelte medlem af bestyrelsen opmærksom på sine pligter med hensyn til de forhold, som der er reguleret i forretningsordenen. Lovgivningsmagten har hertil anført, at: ”*Herved lettes muligheden for at gøre et ansvar gældende mod et medlem af bestyrelsen (...), hvor der er tale om forsømmelighed*”.²³ Forretningsordenen bør indeholde bestemmelser, som indskærper, at det enkelte bestyrelsesmedlem har en aktiv handlepligt. I forhold til ansvarsvurderingen er det ikke en forudsætning for ansvar, at: ”(...) *forholdet er omtalt i*

²⁰ Werlauff (2013), s. 328 ff.

²¹ Krüger Andersen (2013), s. 322 ff.

²² LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 130

²³ Ibid.

forretningsordenen”,²⁴ men hvis et bestemt forhold er nævnt i forretningsordenen ”(...) synliggøres og indskærpes dette ansvar overfor medlemmerne”.²⁵

Indtil Nordisk Fjer fra 90’erne indeholdt den daværende bestemmelse ikke krav til indholdet af forretningsordenen, men i bestræbelserne på at forhindre misbrug som f.eks. i Nordisk Fjer, blev der af lovgivningsmagten indført detaljerede minimumskrav i bestemmelsen til indholdet af forretningsordenen for børsnoterede og statslige selskaber.²⁶ Udvalget mente ikke, at de hidtidige minimumskrav havde den ønskede effekt, eftersom disse var for detaljerede og ufleksible.²⁷ Disse minimumskrav blev af denne årsag ikke videreført. I SL § 130, stk. 2, er nu anført en række temaer, bestyrelsen bør medtage i sin forretningsordning.²⁸ Temaerne skal medvirke til, at bestyrelsen fastsætter sin arbejdsform, og at bestyrelsen får det fornødne beslutningsgrundlag, samt hvordan bestyrelsen skal føre kontrol og tilsyn med direktionen.²⁹

2.1.4 Selskabslovens § 179, stk. 2:

I SL § 179, stk. 1, er det beskrevet, hvornår udbytte af selskabets midler til kapitalejerne kan finde sted. SL § 179, stk. 2, pålægger bestyrelsen en pligt til at påse, at uddeling af selskabets midler ikke overstiger, hvad der må anses for at være forsvarligt under hensyntagen til selskabets samlede økonomiske situation.

Bestemmelsen samler og viderefører de tidligere gældende bestemmelser i ASL og APL om bestyrelsens ansvar i forbindelse med kapitalafgang.³⁰

Ledelsen har efter bestemmelsen ansvaret for, at uddelingen af selskabets midler ikke sker til skade for selskabet eller dets kreditorer. Ved denne formulering fastslås det, at ledelsen har ansvaret for, at kapitalafgang fra selskabet ikke tilfører andre tab.³¹

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Krüger Andersen (2013), s. 321

²⁷ KBET 2008, nr. 1498, s. 328

²⁸ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 130

²⁹ Krüger-Andersen (2013), s. 322.

³⁰ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 179

³¹ Ibid.

Ledelsen er endvidere ansvarlig for, at selskabet har den fornødne kapital i selskabet set i forhold til selskabets nuværende og fremtidige drift. Herudover præciseres det i bestemmelsen, at ledelsen skal påse, at selskabet efter udlodningen af midler stadig har dækning til de fornødne reserver, som følger af love og vedtægter.³²

Werlauff har i forhold til bestemmelsen bemærket, at *”man ikke kan eller skal bortfortolke vigtigheden af ordet ansvarligt”*,³³ men at anvendelsen af ordet ikke resulterer i et automatisk eller objektivt erstatningsansvar, men at formålet med ordet er at *”erindrer om vigtigheden af at være opmærksom på det nævnte kapitalberedskab”*.³⁴

2.1.5 Selskabslovens § 361:

Bestemmelsen er ansvarsreglen for bestyrelsen i kapitalselskaber i selskabsloven. Ifølge reglen kan medlemmer af bestyrelsen pålægges et erstatningsansvar, hvis bestyrelsesmedlemmerne har handlet ansvarspådragende under udførelsen af deres erhverv, og at de ved denne adfærd har tilføjet kapitalselskabet, kapitalejere eller tredjemand skade.

Bestemmelsen er en videreførelse af de tidligere gældende regler i ASL § 140 og APL § 80a med mindre sproglige tilpasninger.

Bestemmelsen indeholder ikke en særlig ansvarsregel men er derimod en henvisning til dansk rets almindelige erstatningsregler.³⁵ Udvalget i Moderniseringsbetænkningen har senest foretaget en vurdering af ansvaret for bestyrelsen i kapitalselskaber i betænkning nr. 1498/2008. Udvalget har i betænkningen været 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 culpanorm”*.³⁶ Udvalget fandt imidlertid i deres undersøgelse, at *”(...) den gældende culpanorm og domstolenes fastlæggelse af det nærmere indhold heraf er udtryk for en hensigtsmæssig*

³² Ibid.

³³ Werlauff (2013), s. 285

³⁴ ibid.

³⁵ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 376

³⁶ KBET 2008, nr. 1498, s. 41

standard for ansvarsbedømmelsen".³⁷ Udgangspunktet for bestyrelsesansvaret er på nuværende tidspunkt den almindelige culpanorm.

Culpanormen er en retlig standard, som tidligere blev vurderet ud fra en bonus pater familias-standard. Den subjektive måde at foretage en ansvarsvurdering på er imidlertid afløst af en objektiviseret bedømmelse, hvori der tages stilling til, om den udviste adfærd afviger fra et anerkendt adfærdsmønster.³⁸ Det er kun muligt at ifalde et ansvar efter culpapreglen, hvis der er blevet handlet uforsvarligt. I vurderingen af om et medlem af en bestyrelse har handlet uforsvarligt, skal der tages stilling til, hvad der er god og forsvarlig adfærd for et bestyrelsesmedlem.³⁹

2.2 Corporate governance – Anbefalinger for god selskabsledelse:

I Danmark er corporate governance i stadig større fokus. Det handler helt grundlæggende om værdiskabelse og ansvarlig ledelse, hvilket skal være med til at sikre selskabernes langsigtede succes.⁴⁰ Komitéen for god Selskabsledelse, også kendt som Nørby-udvalget, har udarbejdet "*Anbefalinger for god selskabsledelse*".⁴¹ Anbefalingerne tager udgangspunkt i værdiskabelse, aktivt ejerskab, sammensætning og evaluering af ledelsen.⁴²

De børsnoterede selskaber skal tage stilling til anbefalingerne ud fra et "følg eller forklar"-princip. Hvis en bestyrelse vælger ikke at følge anbefalingerne, skal bestyrelsen forklare i ledelsesberetningen, hvorfor selskabet har truffet denne beslutning og begrunde årsagen hertil. En del af formålet med anbefalingerne er at skabe tillid til selskaberne igennem gennemsigtighed for investorerne. I forhold til transparens er det væsentligt, at forklaringerne for de alternative valg er præcise og tilfredsstillende.⁴³ Det er i sig selv et mål, at bestyrelsen tager stilling til anbefalingerne.⁴⁴ Det er anført af Rose, at anbefalingerne nyder anerkendelse og accept i det danske erhvervsliv, og at flere selskaber formentlig vil forholde sig aktivt til anbefalingerne i løbet af de kommende år.⁴⁵

³⁷ Ibid.

³⁸ Bergenser (2012), s. 201

³⁹ Neville (2009), s. 118-119

⁴⁰ Phillip, RR 2013.07, s. 37 ff.

⁴¹ Anbefalinger for god selskabsledelse maj 2013 (senest opdateret november 2014)

⁴² Werlauff (2013), s. 33 ff.

⁴³ Anbefalinger for god selskabsledelse, s. 3

⁴⁴ Stubkjær, RR 2004.02, s. 6 ff.

⁴⁵ Rose, RR 2010.12, s. 46 ff.

Anbefalingerne er udarbejdet med henblik på at blive anvendt af børsnoterede selskaber, men de kan også anvendes som inspiration af unoterede selskaber. Endvidere er anbefalingerne ”soft law”, hvilket har den betydning, at reglerne ikke er juridisk bindende retsregler. Anbefalingerne kan desuagtet få næsten samme styrke som hard law, når fondsbørser mv. kræver, at de noterede selskaber enten følger anbefalingerne, eller at de forklarer, hvorfor de ikke følger dem.⁴⁶ Anbefalingerne har endvidere en ikke uvæsentlig indflydelse på normdannelsen for ledelsens opgaver og pligter, eftersom anbefalingerne er udarbejdet af respekterede erhvervsledere.⁴⁷

Der er på grund af afhandlingens fokus alene redegjort for anbefalingerne vedrørende bestyrelsens overordnede opgaver og ansvar, som kan findes med kommentarer i anbefalingernes punkt 2.1.⁴⁸

2.2.1 Bestyrelsens overordnede opgaver og ansvar – Punkt 2.1:

Punkt 2.1.1 anbefaler, at bestyrelsen mindst en gang om året tager stilling til de forhold, som skal indgå i bestyrelsens varetagelse af sine opgaver. Bestyrelsen skal igennem tilrettelæggelsen af sine opgaver sikre overensstemmelse med selskabets overordnede strategiske mål og værdiskabelse. Dette inkluderer også en gennemgang af bestyrelsens forretningsorden.⁴⁹

Det følger af pkt. 2.1.2, at bestyrelsen har til opgave at mødes mindst en gang årligt for at drøfte selskabets overordnede strategi i forhold til værdiskabelse. Drøftelserne om selskabets strategi kan udmøntes i en plan, hvori der kan tages stilling til, hvordan selskabets strategi påvirker dets muligheder på kort og langt sigt.⁵⁰ Anbefalingen afspejler den realitet, at direktionen ofte har til opgave at udarbejde selskabets strategiplan, men under ledelse af bestyrelsen.⁵¹

I pkt. 2.1.3 anbefales, at bestyrelsen påser, at selskabet har en kapital- og aktiestruktur, som understøtter, at selskabets strategi og langsigtede værdiskabelse er i aktionærernes og selskabets interesse samt at redegøre herfor i ledelsesberetningen i selskabets årsrapport og/eller på selskabets hjemmeside. I kommentaren til pkt. 2.1.3. defineres, hvad der skal forstås ved kapital- og

⁴⁶ Werlauff, (2013), s. 34-35

⁴⁷ Stubkjær (2011), s. 29; RR 2004.02, s. 6 ff.

⁴⁸ Anbefalinger for god selskabsledelse, s. 11 ff.

⁴⁹ Ibid., s. 12

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Phillip, RR 2013.07, s. 37 ff.

aktiestruktur. Det er blandt andet aktiekapitalens størrelse, aktiestørrelsen, ret til udbytte, forholdet mellem egen- og fremmedfinansiering osv. Det er nævnt i kommentaren: ”*det centrale i vurderingen er at sikre, at selskabet til stadighed har et passende kapitalberedskab samt at sikre passende likviditet i aktien og en rimelig fordeling af risiko og indflydelse*”.⁵²

Det anbefales i pkt. 2.1.4, at bestyrelsen årligt gennemgår og godkender retningslinjerne for direktionen. Bestyrelsen skal blandt andet fastlægge kravene til direktionens rettidige, præcise og tilstrækkelige rapportering til bestyrelsen. Efter pkt. 2.1.5 har bestyrelsen til opgave at drøfte sammensætningen af direktionen, samt direktionens udvikling, risici og successionsplaner.⁵³

Den sidste anbefaling under bestyrelsens opgaver og ansvar er pkt. 2.1.6. Ifølge denne anbefaling bør bestyrelsen årligt drøfte selskabets aktiviteter for at sikre mangfoldigheden i selskabets ledelsesniveauer. Det omfatter blandt andet at sikre, at der er lige muligheder for begge køn. Dette kan opfyldes ved, at bestyrelsen fastsætter konkrete mål og i ledelsesberetningen og/eller på selskabets hjemmeside redegør for sin målsætning samt status for opfyldelsen af målene.⁵⁴

2.3 Sammenfatning af redegørelsen:

Med udgangspunkt i SL er der sket en sproglig tilpasning, kodificering og præcisering af de tidligere gældende regler i ASL og APL. En kodificering er en ophøjelse af en tidligere retstilstand til en lovbestemmelse, hvorefter indholdet af en forpligtelse er mere udførligt beskrevet. En præcisering har den betydning, at indholdet af en bestemmelse bliver nærmere defineret.

Det kan konkluderes ud fra gennemgangen af ovenstående bestemmelser samt forarbejderne til SL, at lovgivningsmagten i større grad har haft til hensigt at gøre bestyrelsen opmærksom på sine pligter og sit ansvar. Det kan eksempelvis ses ved, at lovgivningsmagten har fastsat konkrete handlepligter og foreslået, at bestyrelsen skal fastsætte konkrete handlepligter i forretningsordenen. Lovgivningsmagten har endvidere haft til hensigt at gøre bestyrelsen særlig opmærksom på selskabets kapitalberedskab.

⁵² Anbefalinger for god selskabsledelse, s. 12

⁵³ Ibid., s. 12-13

⁵⁴ Ibid.

Bestyrelsens opgaver og ansvar er endvidere reguleret gennem corporate governance, herunder anbefalingerne for god selskabsledelse, som i forlængelse af SL også stiller krav til udførelsen af bestyrelseshvervet. Det er som udgangspunkt kun de børsnoterede selskaber, der skal tage stilling til anbefalingerne efter et ”følg eller forklar”-princip. Anbefalingerne kan imidlertid anvendes som inspiration af unoterede selskaber, da anbefalingerne er best practice for god selskabsledelse udarbejdet af anerkendte erhvervsudøvere.

Det kan ud fra ovenstående konkluderes, at der er sket en øget regulering af bestyrelseshvervet i løbet af de seneste par år, og at der i medfør af denne regulering stilles flere krav til udførelsen af bestyrelseshvervet.

3 Analyse:

3.1 Introduktion og overblik:

I de følgende afsnit vil der blive foretaget en analyse af bestyrelsesansvaret i dansk ret. Analysen er delt op i to hovedafsnit.

Den *første* del af analysen tager udgangspunkt i, om opstramningen og præciseringen af bestyrelsens opgaver og pligter i SL har resulteret i en skærpelse af bestyrelsesansvaret. I forlængelse heraf vil betydningen af reguleringen af bestyrelseshvervet gennem soft law blive analyseret.

Den *anden* del af analysen tager udgangspunkt i ansvarsvurderingen af bestyrelsesmedlemmer i retspraksis. For at systematisere og skabe et overblik over retspraksis, er analysen delt op i udvalgte hovedkategorier.

Afslutningsvist vil resultaterne blive sammenholdt i en sammenfatning og vurdering af analysen.

3.2 Den øgede regulering:

3.2.1 Reguleringen af bestyrelsens opgaver og pligter i SL:

Ud fra udvalgets kommentarer i betænkning 1498/2008 og forarbejderne til Lov nr. 470 af 12. juni 2009, medfører SL ikke en strengere ansvarsnorm end den almindelige culpanorm. Som følge af den øgede regulering i SL kan det imidlertid overvejes, om reguleringen af bestyrelsens opgaver og pligter, som ligger til grund for ansvarsvurderingen, har skærpet bestyrelsesansvaret. *Skærpelse* anvendes i følgende afsnit til at fastslå, om der er sket en skærpelse inden for rammerne af culpanormen, herunder en strengere bedømmelse af bestyrelsens forhold.⁵⁵

Som følge af betænkning nr. 1229 fra 1992 om forenkling og fremtidstilpasning af selskabslovene blev der gennemført en præcisering og opstramning af bestyrelsens pligter. Ændringerne er lignende dem, som der blev indført med Lov nr. 470 af 12. juni 2009. Bestyrelsens pligter er dog blevet yderligere præciseret med den nye SL. Det har været diskuteret i den juridiske litteratur, hvilken betydning opstramningen og præciseringen af bestemmelserne i den dagældende ASL §§ 54, stk. 3,

⁵⁵ Langsted, U1994B, s. 183 ff.

1. pkt. om selskabets kapitalberedskab, og 56, stk. 5 om forretningsordenen har haft for bestyrelsesansvaret.⁵⁶

Berg, Langsted⁵⁷ og Krüger Andersen fandt i deres analyse af ændringerne i ASL af 1992, at der var gennemført en opstramning og præcisering af de pligter, der ligger til grund ved culpabedømmelsen for bestyrelsesmedlemmer. De fandt, at opstramningen og præciseringen af bestemmelserne i et vist omfang ville komme til at virke normudfyldende, og dermed få betydning i form af en strengere ansvarsbedømmelse på visse punkter, da lovgivningsmagten i forarbejderne *”ønskede at lette muligheden for at gøre ansvar gældende mod et bestyrelsesmedlem, hvor der er tale om undladelse eller forsømmelighed”*.⁵⁸

I modsætning hertil fandt Gomard i sin analyse af ændringerne i aktieselskabsloven, at der ikke var tale om en skærpelse af culpabedømmelsen, men at de nye regler blot skulle anses for at være *”(...) pædagogiske illustrationer af, hvad der er forsvarlig handlemåde for medlemmerne af bestyrelsen (og for andre i selskabet) på forskellige områder, som forklarer, men ikke ændrer indholdet af den almindelige erstatningsregel om ansvar for skyld (culpa)”*.⁵⁹ I overensstemmelse med Gomards opfattelse af ændringerne, var Sofsrud af den opfattelse, at lovforslaget ikke tilsigtede at skærpe culpabedømmelsen, men at præciseringerne af bestyrelsens ansvar alene var en form for *”bevislettelse”* vedrørende retsnormen for ansvarsbedømmelsen.⁶⁰

Af bemærkningerne til ASL af 1992 fremgår det, at lovgivningsmagten ikke har tilsigtet, at opstramningen og præciseringen af bestyrelsens opgaver og pligter blot skulle anvendes som illustrationer til domstolene. Det er nævnt i forarbejderne til den dagældende ASL, at formålet med ændringerne var at gøre det enkelte bestyrelsesmedlem opmærksom på sine pligter, og at herved *”lettes muligheden for at gøre et ansvar gældende mod et bestyrelsesmedlem, hvor der er tale om en undladelse eller forsømmelighed”*.⁶¹ Der er anvendt en næsten identisk formulering i forarbejderne til SL § 130.⁶²

⁵⁶ Krüger Andersen (2013), s. 497 ff.

⁵⁷ Langsted, U1994B, s. 183 ff.

⁵⁸ Krüger Andersen (2013), s. 497

⁵⁹ Gomard, U1993B, s. 145 ff.

⁶⁰ Sofsrud (1999), s. 195 ff.

⁶¹ LFF 1992-10-28 nr. 61, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 66.

⁶² LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 130

Uden sammenhæng til lovændringerne i ASL af 1992, er Werlauff af den opfattelse, at der må forventes en vis skærpelse af ansvarsstandarden, når lovgivningsmagten i lovtekst eller i lovmotiver ” (...) understreger, hvad der er ledelsens ”ansvar”.⁶³ Werlauff anfører i forlængelse heraf: ”Uanset at selve de materielle erstatningsregler er uændrede, følger disse stadige understregninger af ”ansvar” nogle elementer til culpastandarden”.⁶⁴

I forhold til spørgsmålet om et skærpet eller præciseret ansvar var Udvalget i betænkning 1498/2008 af den holdning, at ledelsen skulle have ”frihed under ansvar”.⁶⁵ Udvalget gik ind for på den ene side at præcisere ledelsens ansvar via handlepligter, men samtidig fandt udvalget, at der ikke skulle kunne sluttes modsætningsvist fra de enkelte handlepligter.⁶⁶

SL og dennes § 115 er væsentlig mere detaljeret end den forhenværende bestemmelse i ASL § 54, stk. 3. Dette ses ved, at bestyrelsens pligter er blevet udpenslet og præciseret i SL § 115. Der er endvidere sket en kodificering af tidligere praksis i bestemmelsen. En kodificering er en præcisering af en retstilstand, som ophæves til en lovbestemmelse, som på mere detaljeret vis beskriver indholdet af forpligtelsen. Præciseringen af bestyrelsens opgaver og pligter bidrager til, at domstolene har et mere solidt grundlag i deres bedømmelse af bestyrelsesmedlemmets forhold. Præciseringen af bestyrelsens pligter i SL har endvidere medført en vis grad af objektivisering af culpastandarden, eftersom den øgede detailregulering af bestyrelsens opgaver og pligter bevæger sig mod en øget professionalisering i form af større krav til udførelsen af bestyrelsesrollen.⁶⁷

Werlauff er af den opfattelse, at det må have en betydning for culpavurderingen, at lovgivningsmagten har udvalgt specifikke områder, som bestyrelsen bør have med i forretningsordenen, jf. SL § 130, stk. 2. Selvom forretningsordenen er et internt dokument, som bestyrelsen kan fravige, må disse områder anses for værende en påmindelse til bestyrelsen fra lovgivningsmagten om, at bestyrelsen skal udvise særlig agtpågivenhed inden for de nævnte områder.⁶⁸

⁶³ Werlauff (2013), s. 577

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ KBET 2008, nr. 1498, s. 39-40

⁶⁶ Ibid.; Krüger Andersen, s. 499

⁶⁷ Krüger-Andersen (2013), s. 498

⁶⁸ Werlauff (2013), s. 577

Det kan sammenfattende konkluderes, at der er sket en præcisering af bestyrelsens opgaver og pligter med indførelsen af SL. En præcisering er udtryk for en skærpelse i form af en strengere ansvarsbedømmelse af bestyrelsens forhold, da præciseringen af bestyrelsens pligter er med til at give domstolene et mere solidt grundlag for ansvarsbedømmelsen, samtidig med at præciseringen virker normudfyldende for domstolenes culpavurdering.⁶⁹ Der er således sket en skærpelse af bestyrelsesansvaret inden for rammerne af culpanormen. Domstolene vil have lettere ved at idømme et medlem af bestyrelsen et erstatningsansvar efter en klart defineret regel end efter en generel regel, eftersom der ved generelle regler kan være tvivl om hvilke præcise pligter, der påhviler det enkelte medlem. Der vil være kortere vej til ansvar for det bestyrelsesmedlem, som skal bedømmes ud fra et mere detaljeret regelgrundlag.⁷⁰

3.2.2 Soft law - anbefalingerne for god selskabsledelse:

I forlængelse af spørgsmålet om en præcisering og opstramning af bestyrelsens pligter i SL kan være med til at skærpe bestyrelsesansvaret, er det relevant at overveje, om soft law som anbefalingerne for god selskabsledelse kan medvirke til en skærpelse af bestyrelsesansvaret.

Førhen blev anbefalingerne alene anvendt af børsnoterede selskaber som guidelines, herunder særligt med hensyn til selskabets ledelse. Der er imidlertid sket en udvikling, og anbefalingerne er ikke længere kun guidelines. Nu skal de børsnoterede selskaber forholde sig til, om de vil anvende anbefalingerne gennem et ”følg eller forklar”-princip. Det har den betydning, at selskaberne skal følge anbefalingerne, eller de skal forklare i ledelsesberetningen, hvorfor de har valgt ikke at følge dem.⁷¹

Anbefalingerne kan endvidere anvendes som inspiration af unoterede selskaber, da anbefalingerne er retningsgivende for, hvordan et selskab kan ledes på bedst mulig måde, og det er noget, som alle selskaber bør have en interesse i. Krüger Andersen har anført, at: ”*Uanset at disse anbefalinger ikke er bindende, definerer de centrale opgaver for moderne bestyrelser*”.⁷² Endvidere er tydeliggørelsen

⁶⁹ Krüger Andersen (2013), s. 498

⁷⁰ Bergenser (2012), s. 215

⁷¹ *ibid.*, s. 207

⁷² Krüger Andersen (2013), s. 498

af reglerne i sig selv med til at gøre ledelsen bevidst om sit ansvar, og dermed kan anbefalingerne have en forebyggende effekt.

Hvis anbefalingerne på et tidspunkt bliver inddraget som momenter i en culpabedømmelse, kommer de i realiteten til at rangere som egentlig hard law, eftersom de ved at indgå i ansvarsvurderingen kommer til at rangere som egentlige erstatningsregler.⁷³ Anbefalingerne vil, ligesom præciseringen i lovgivningen, bidrage til, at domstolene har lettere ved at idømme bestyrelsesmedlemmer et ansvar, samtidig med at anbefalingerne kan virke normudfyldende, idet de fastsætter flere kriterier til udførelsen af bestyrelseshvervet. Der stilles eksempelvis større krav til planlægningen af virksomhedens strategi, den overordnede planlægning, den kommercielle ledelse, kontrol med direktionen og organiseringen af selskabet m.v.⁷⁴

Anbefalingerne er blevet modtaget og accepteret af erhvervslivet, brancheorganisationer og fondsbørser, hvilket kan få den betydning, at anbefalingerne bliver normdannende ved, at det gode medlem af bestyrelsen enten vil følge anbefalingerne eller i det mindste tage stilling til dem. En rådgiver er nødt til at være påpasselig med, at anbefale sine klienter, at de ikke behøver at følge anbefalingerne, hvis de alligevel bliver anvendt som en del af culpavurderingen. Ansvarsvurderingen af bestyrelsesmedlemmer foretages ud fra culpa, og en manglende efterlevelse af anbefalingerne for god selskabsledelse vil i et vist omfang indirekte kunne sanktioneres ved at anvende den almindelige culpabetragtning, da der i ansvarsvurderingen skal sammenlignes med almindelige gode bestyrelsesmedlemmer.⁷⁵

3.3 Retspraksis:

3.3.1 Introduktion:

Analysen tager sit udgangspunkt i bestyrelsesansvaret i kapital-selskaber. Bestyrelsesansvaret for pengeinstitutter, foreninger og fonde vil også blive inddraget, da dommene desangående kan have betydning for bestyrelsesansvaret i kapital-selskaber. Der vil i undersøgelsen hovedsageligt blive lagt

⁷³ Bergenser (2012), s. 207

⁷⁴ Gomard (2015), s. 619

⁷⁵ Stubkjær, RR 2004.02, s. 6

vægt på bestyrelsesansvaret, men direktøransvaret vil også blive inddraget i et vist omfang, da der er en sammenhæng mellem direktionens og bestyrelsens pligter.

Størstedelen af erstatningssagerne mod ledelsesmedlemmer i Danmark omhandler tab eller skade, og disse sager er ofte anlagt af aktionærer eller kreditorer, såsom leverandører, banker eller pensionsselskaber. Der er endvidere en del sager, som er anlagt af myndigheder, som f.eks. SKAT. Der er dog en stor del af sagerne, som ikke bliver prøvet af domstolene, da de bliver afgjort ved voldgift, eller fordi der bliver indgået forlig, hvilket er årsag til, at retspraksis er forholdsvis begrænset.⁷⁶ Retspraksis baseret på ASL og APL har stadig fuld præjudikatværdi, da der materielt er sket en videreførelse af erstatningsreglerne i selskabslovs kapitel 22.⁷⁷

Formålet med analysen er at udlede hensyn og principper i bedømmelsen af bestyrelsesansvaret. Af hensyn til at foretage en overskuelig undersøgelse af retspraksis har forfatteren af denne afhandling inddelt analysen af retspraksis i følgende hovedkategorier: (1) Ansvarsnormen, (2) En forsvarlig organisation og bestyrelsens tilsynspligt, (3) Bestyrelsens beslutningsgrundlag, (4) Det forretningsmæssige skøn, (5) Nødlidende selskaber og (6) Individuelle undskyldningsgrunde.

3.3.2 (1) Ansvarsnormen:

Ansvarsgrundlaget for bestyrelsesansvaret er på nuværende tidspunkt den almindelige culpanorm. Dette ses ved en gennemgang af retspraksis. I U2007.497H (Calypso) fandt Højesteret, at hvert medlem af bestyrelsen havde udvist en ”*betydelig uagtsomhed*”.⁷⁸ I U1998.1137H (Fodboldklubben) bemærkede Højesteret, at ”(...) *bestyrelsen har handlet uforsvarligt ved at forsætte driften*”.⁷⁹ Det samme gør sig gældende i nyere praksis som U2015.2219H (FC Nordsjælland), hvor bestyrelsen ifaldt ansvar for at have godkendt salget af aktier i datterselskabet til en for lav pris, eftersom bestyrelsen ”(...) *tilsluttede sig eller i det mindste ikke sagde fra over for handlen*”.⁸⁰ Domstolene anvender forskellige udtryk og termer for, at bestyrelsen har handlet culpøst.

⁷⁶ Stubkjær (2011), s. 86 ff.

⁷⁷ Werlauff (2013), s. 576, Stubkjær (2011), s. 86

⁷⁸ U2007.497H, s. 527

⁷⁹ U1998.1137H, s. 1157

⁸⁰ U2015.2219H, s. 2258

I Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, herefter ”Capinordic”, nedlagde Finansiell Stabilitet påstand om et skærpet ansvar for ledelsen i pengeinstitutter. Finansiell Stabilitet gjorde i sagen gældende, at ansvarsnormen for bestyrelsessager tager udgangspunkt i den almindelige culperegulering, jf. ASL § 140 og SL § 361, stk. 1, men at de særlige regler for bankvirksomheder måtte medføre et skærpet ansvar for ledelsen i en bank”.⁸¹

Landsretten udtalte i forhold til ansvarsvurderingen, at: ”Sagsøgerne har på en række punkter gjort gældende, at der er sket overtrædelse af lov om finansiell virksomhed og regler fastsat i medfør heraf, såsom Bankens kreditpolitik”.⁸² Uden direkte at tage stilling til spørgsmålet om et skærpet ansvar, fandt landsretten, at ”Sådanne mulige overtrædelser indebærer ikke i sig selv, at de ansvarlige for overtrædelsen har pådraget sig erstatningsansvar. Det afgørende er, om overtrædelsen har været årsag til et tab for Banken”.⁸³ Det er vigtigt at være opmærksom på, at de sagsøgte er dømt efter reglerne på det tidspunkt, hvor de enkelte engagementer fandt sted, hvilket har den betydning, at Capinordic ikke er pådømt efter SL.

Landsretten fandt, at det ikke var nok til at ifalde et erstatningsansvar, at der var sket en overtrædelse af reglerne i lov om finansiell virksomhed eller af bankens kreditpolitik. Samme betragtning må gøre sig gældende for bestyrelsen i et kapitalsekskab. Et bestyrelsesmedlem kan ikke ifalde et erstatningsansvar alene fordi, at medlemmet har overtrådt reglerne i selskabsloven, vedtægterne eller forretningsordenen. De almindelige erstatningsretlige betingelser skal tillige være opfyldt, hvorefter den ansvarspådragende handling skal have resulteret i et adækvat og kausalt økonomisk tab.

Det forhold, at der skal være lidt et tab fremgår tydeligt af U1998.1137H (Fodboldklubben), hvori Landsretten ikke med fornøden sikkerhed kunne fastslå størrelsen af tabet, og de sagsøgte blev på denne baggrund frifundet. Højesteret kom derimod til et andet resultat, da de tog udgangspunkt i en skønserklæring. Denne skønserklæring påviste forskellen mellem underbalancen på det tidspunkt, hvor driften i sekskabet burde have været indstillet, og på det tidspunkt, hvor driften rent faktisk blev indstillet.⁸⁴

⁸¹ Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1011

⁸² Ibid., s. 1262

⁸³ Ibid., s. 1262

⁸⁴ Werlauff (2013), s. 590

Ansvar vurderes individuelt, og der er i praksis en tendens til, at domstolene vurderer ansvaret forskelligt for de forskellige bestyrelsesmedlemmer, selvom de menige bestyrelsesmedlemmer ofte i praksis vil have haft det samme beslutningsgrundlag. Dette kan f.eks. ses i U2006.243H (Mindship), hvor hele bestyrelsen blev frifundet ved landsretten, men et enkelt medlem af bestyrelsen blev pålagt et erstatningsansvar af Højesteret. I Capinordic foretog landsretten ved hver enkelt af låneengagementerne en individuel og konkret vurdering af den enkeltes viden om engagementet og medvirken til bevillingen. Det samme gjorde sig gældende i U2015.2075H (Memory Card), hvor bestyrelsen blev frifundet af landsretten, og direktøren blev fundet erstatningsansvarlig. Dommen blev anket til Højesteret, hvor bestyrelsesformanden blev frifundet efter en samlet vurdering.⁸⁵

Det kan konkluderes i forhold til ansvarsnormen, at bestyrelsens ansvar bedømmes individuelt ud fra den almindelige culperegulering. Det er ikke alene nok, at bestyrelsesmedlemmet har handlet ansvarspådragende, eksempelvis ved en overtrædelse af SL eller vedtægterne, de almindelige erstatningsretlige betingelser skal tillige være opfyldt.

3.3.3 (2) En forsvarlig organisation og bestyrelsens tilsynspligt:

Bestyrelsen skal sikre en forsvarlig organisering af selskabet. Det indebærer, at bestyrelsen skal etablere en struktur, der under hensyn til selskabets forretningsmodel udgør en hensigtsmæssig ramme for virksomhedens aktivitet.⁸⁶ I fastlæggelsen af en sådan struktur skal bestyrelsen sikre interne kontroller, forsvarlige forretningsgange og fornøden rapportering omkring selskabets forhold. Bestyrelsen er afhængig af information fra direktionen og revisionen for at kunne udføre sit arbejde tilfredsstillende. Hvis ikke bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisation, kan det være svært for bestyrelsen at føre tilsyn med selskabets aktiviteter.

Et eksempel, på hvor galt det kan gå, hvis bestyrelsen ikke opfylder sin pligt til at sikre en forsvarlig organisation eller ikke fører tilsyn med selskabet, er U2007.497H (Calypso). I dommen gik et rejseselskab konkurs cirka 10 måneder efter, at selskabet var blevet stiftet. Rejseselskabet blev stiftet med en egenkapital på 1 million kroner, og det gik konkurs med en negativ egenkapital på ca. 37 millioner kroner. Selskabet havde igennem hele perioden solgt rejser til priser, som ikke kunne dække de direkte omkostninger, herunder til fly osv. De sagsøgte i sagen var selskabets direktør og

⁸⁵ Bøggild, RR 2015.12, s. 36

⁸⁶ Sofsrud (1999), s. 162

bestyrelsen. Landsretten fandt, at de sagsøgte havde handlet ansvarspådragende, men frifandt alligevel de sagsøgte, da sagsøgeren ikke kunne bevise et økonomisk tab på grund af manglende regnskabsføring.⁸⁷ Højesteret fandt derimod i deres afgørelse, at selskabet var blevet drevet klart uforvarsligt, og at bestyrelsen havde forsømt deres forpligtelse til at føre tilsyn med selskabets økonomi og dets forhold i øvrigt, jf. den daværende ASL § 54, stk. 3, og at medlemmerne havde udvist en betydelig uagtsomhed. Højesteret lagde i deres afgørelse vægt på, at rejseselskabets specielle forretningsmodel krævede en løbende og effektiv kontrol med selskabets økonomiske situation, som ikke var blevet opfyldt af sagsøgte. Bestyrelsen burde have fastsat retningslinjer for rapportering om selskabets økonomiske forhold, hvilket den ikke havde gjort. Havde bestyrelsen derimod ført tilsyn med selskabet, burde denne i sommeren før konkursen have indset, at det ikke var muligt at videreføre selskabet med den nuværende drift, og bestyrelsen kunne herved væsentligt have formindsket kreditorernes tab ved at indstille driften. Højesteret fandt, at sagsøgeren ikke skulle tillægges byrden for, at ledelsen ikke havde sikret, at der var orden i regnskaberne.⁸⁸

Dommen kan tages som udtryk for, at bestyrelsen ikke kan føre det fornødne tilsyn, hvis ikke bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisering af selskabet. Hvilke krav der nærmere stilles til en forsvarlig organisation og bestyrelsens tilsyn med selskabet må afhænge konkret af selskabets forretningsmodel og størrelse. Det må endvidere kunne forventes, at bestyrelsen fører en større grad af tilsyn i særlige situationer, eksempelvis hvis selskabet er i en økonomisk krise. I afgørelsen krævede den specielle forretningsmodel en løbende og effektiv kontrol med selskabets økonomiske forhold, hvilket ikke var muligt på grund af bestyrelsens forsømmelse af sin pligt til at sikre en forsvarlig organisation, herunder at fastsætte interne retningslinjer for rapportering.

I modsætning til U2007.497H (Calypso) havde bestyrelsen i U2015.2075H (Memory Card) sikret en forsvarlig organisation. Det blev i bedømmelsen lagt til grund, at: *"(...) bestyrelsen fra starten sikrede sig, at selskabet blev organiseret på en måde, som indebar en klar ansvarsfordeling mellem bestyrelsen, direktionens enkelte medarbejdere, de ledende medarbejdere i øvrigt og revisionen"*.⁸⁹ Landsretten frifandt hermed bestyrelsen. Dommen viser, at det er et væsentlig forhold i fastlæggelsen af strukturen i selskabet, at bestyrelsen har sikret en klar opgave- og ansvarsfordeling.

⁸⁷ U2007.497H., s. 520; Borch, ET 2007, s. 237 ff.

⁸⁸ Borch, ET 2007, s. 237 ff.

⁸⁹ U2015.2075H, s. 2165

I en helt ny dom afsagt d. 11. februar 2016 sag 227/2014 (Køhlendorf-sagen) prøvede Højesteret også, om sagsøgte havde sikret en forsvarlig organisering af og ført tilsyn med selskabet. I afgørelsen var spørgsmålet om et bestyrelsesmedlem, som samtidig var direktør og hovedaktionær i Comitel International A/S, havde pådraget sig et personligt erstatningsansvar over for SKAT. Selskabet havde været en aktiv deltager i danmarkshistoriens største momskarrusel, også kendt som ”Gul Feber”. SKAT gjorde gældende, at sagsøgte burde have vidst, at momssvindelen fandt sted i selskabet, da der kun var fem ansatte. Hertil gjorde SKAT gældende, at såfremt sagsøgte ikke havde været klar over momssvindelen, havde sagsøgte ikke sikret en forsvarlig organisering af selskabet. Landsretten fandt, at sagsøgte ikke havde været klar over momssvindlen. Sagsøgte kunne derfor kun blive ansvarlig, såfremt han ikke havde sikret en forsvarlig organisering af selskabet eller ført det fornødne tilsyn, hvilket Højesteret tilsluttede. Sagsøgeren kunne ikke løfte bevisbyrden for, at sagsøgte havde handlet uforsvarligt i forbindelse med organisering af eller tilsynet med selskabet, og sagsøgte blev på denne baggrund frifundet.⁹⁰

Der kan ud fra ovennævnte udledes, at domstolene undersøger, om bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisation, herunder fastlagt en struktur som indebærer en klar opgave- og ansvarsfordeling, og ført tilsyn med selskabet jf. U2015.2075H (Memory Card). Det kan endvidere udledes, at organiseringen af og tilsynet med selskabet afhænger konkret af selskabets forretningsmodel og størrelse, jf. U2007.497H (Calypso), hvor en løbende og effektiv kontrol med selskabets økonomiske forhold var af særlig betydning.

3.3.4 (3) Bestyrelsens beslutningsgrundlag:

Bestyrelsen skal have et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag, således at bestyrelsen kan vægte alle relevante interesser op mod hinanden og træffe en kvalificeret beslutning i selskabets interesse.⁹¹ Bestyrelsen kan kun varetage sit arbejde effektivt, hvis bestyrelsen modtager tilstrækkelig information om selskabets forhold. Der vil være en væsentlig lavere risiko for at træffe en forkert beslutning, hvis bestyrelsen har sikret sig et fyldestgørende beslutningsgrundlag.⁹² Bestyrelsens informationsbehov i det enkelte selskab afhænger konkret af selskabets forretningsmodel, og hvad bestyrelsen skal træffe beslutning om. Eksempelvis har bestyrelsen et specielt informationsbehov,

⁹⁰ Højesteret sag 227/2014, s. 16

⁹¹ Stubkjær (2011), s. 90

⁹² Sofsrud (1999), s. 385

når selskabet befinder sig i økonomisk krise, eller hvis en central informationskilde som direktionen befinder sig i en interessekonflikt.⁹³

En af de mere betydelige domme i dansk ret, hvori bestyrelsens beslutningsgrundlag blev behandlet, var i U1974.1005H (Tjæreborg Huse). I sagen var spørgsmålet, om bestyrelsen i et rekonstrueret aktieselskab havde handlet ansvarspådragende ved at udsende en rundskrivelse til selskabets kreditorer. I rundskrivelsen gjorde bestyrelsen opmærksom på, at kreditorerne igen kunne levere på normale betalingsbetingelser for fremtiden. Højesteret lagde i deres afgørelse vægt på, at bestyrelsen ikke havde afgivet direkte forkerte oplysninger i rundskrivelsen, men at bestyrelsen havde givet udtryk for deres positive vurdering af selskabets forhold. Imidlertid forelå der ikke i de seneste 6 måneder op til udsendelsen af rundskrivelsen regnskab eller bogføring. Der forelå yderligere kritiske bemærkninger fra revisionen til driftsbudgettet for de kommende 6 måneder.⁹⁴ Højesteret fandt ikke, at bestyrelsen ved at udsende rundskrivelsen: *”uden at søge tilvejebragt nyere regnskabsmæssige oplysninger har udvist et så graverende forhold, at bestyrelsens enkelte medlemmer derved har pådraget sig et personligt ansvar”*.⁹⁵ Flertallet i Højesteret frifandt bestyrelsen i overensstemmelse med Landsrettens afgørelse. Mindretallet i Højesteret var derimod af den opfattelse, at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende ved at udsende rundskrivelsen. Mindretallet udtalte, at eftersom saldobalancen var: *”(...) forsynet med væsentlige forbehold fra revisionens side, og den kunne, når hensyn tages til manglerne ved den tidligere bogføring, ikke anses som et pålideligt grundlag for vurderingen af selskabets forhold ”*.⁹⁶

U1974.1005H viser, at der fra domstolenes side er en forventning om, at bestyrelsen har truffet beslutningen ud fra et *”pålideligt grundlag”*.⁹⁷ Dissensen i Højesteret er et eksempel på, at der ikke er enighed om kravet til bestyrelsens beslutningsgrundlag. Der må ud fra omstændighederne i sagen foretages en konkret vurdering af hvilke forudsætninger og hvilket informationsgrundlag, bestyrelsen har lagt til grund ved sin beslutning.

Bestyrelsen kan som udgangspunkt stole på den information, som den modtager fra både direktionen og revisionen. Bestyrelsen skal imidlertid udvise en form for aktivitetsniveau, hvis der er

⁹³ Ibid., s. 397

⁹⁴ Stubkjær (2011), s. 91

⁹⁵ U1974.1005H, s. 1012

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

omstændigheder, som taler for yderligere agtpågivenhed. Det afgørende må være, om der foreligger en konkret anledning til at betvivle den modtagne information. Bestyrelsen bliver derfor nødt til aktivt at gøre sig bekendt med den modtagne information, og bestyrelsen kan ikke alene regne med at få en udtrykkelig advarsel om presserende forhold.⁹⁸

Se i forhold til bestyrelsens stillingtagen til beslutningsgrundlaget U1979.777V (Padborg Koloniallager), hvori bestyrelsesmedlemmerne havde forholdt sig passivt ved ikke nærmere at gennemgå selskabets regnskaber. Medlemmerne kunne have opdaget et ulovligt aktionærlån, hvis de havde læst regnskaberne, da der var en påtegning herom. Dommen kan tages som udtryk for, at et bestyrelsesmedlem ikke må forholde sig passivt over for noget, som kan medføre, at selskabet mister penge.⁹⁹

Dommen fastslår, at bestyrelsen ikke kan forholde sig passiv, men at den skal tage stilling til informationsgrundlaget. Det er af særlig betydning, at bestyrelsen forholder sig til selskabets regnskaber, eftersom regnskaberne er en af de væsentligste informationskilder for bestyrelsen.

Beslutningsgrundlaget har også været temaet i en nyere dom U2015.2219H (FC Nordsjælland). I sagen fandt landsretten, at en bestyrelse havde handlet ansvarspådragende ved at sælge aktierne i et datterselskab til et nystiftet selskab til en væsentlig lavere pris end aktiernes reelle værdi. Det havde endvidere betydning for sagen, at salget skete mellem nærtstående, da ejeren af både køber- og sælgerselskabet også var bestyrelsesformand i begge selskaber. Højesteret kom til samme resultat som landsretten.

I sine præmisser anførte landsretten, at bestyrelsen ”(...) havde en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår”,¹⁰⁰ eftersom salget skete mellem nærtstående. Landsretten fandt ikke, at bestyrelsen ”på betryggende vis sikrede sig, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår”.¹⁰¹ I sagen havde en revisor udarbejdet et notat vedrørende værdiansættelse af selskabskapitalen, men notatet kunne ikke inddrages i vurderingen af, om bestyrelsen havde haft et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag, da notatet indeholdte modstridende oplysninger om, hvorvidt

⁹⁸ Sofsrud (1999), s. 410 ff.

⁹⁹ Werlauff (2014), s. 1506

¹⁰⁰ U2015.2219H, s. 2257

¹⁰¹ Ibid.

det var udarbejdet før eller efter salget af aktierne. På baggrund af sagens omstændigheder blev bestyrelsen fundet erstatningsansvarlig, da bestyrelsesmedlemmerne ”(...) enten tilsluttede sig eller i det mindste ikke sagde fra over for handlen”.¹⁰²

Bemærkningen om, at bestyrelsen ”enten tilsluttede sig eller i det mindste ikke sagde fra over for handlen”,¹⁰³ kan læses som en reprimande fra landsretten om, at bestyrelsen burde have været mere aktiv i sit virke. Dommen er endvidere et eksempel på, at bestyrelsen særligt skulle sikre sig, at salget af aktierne skete på markedsmæssige vilkår, da handlen var mellem nærtstående. Det, at notatet udarbejdet af revisoren ikke kunne anvendes på grund af dets ambiguitet, har uden tvivl indgået med en ikke uvæsentlig betydning i vurderingen af, at bestyrelsen ikke har haft et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag. Dommen kan tages som udtryk for, at der særligt ved dispositioner mellem nærtstående er et krav om, at bestyrelsen skal have et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag.

Ved vurderingen af, om bestyrelsen har indhentet et tilstrækkelig beslutningsgrundlag, tillægges det betydelig vægt, hvis bestyrelsen har konsulteret med eksterne rådgivere, før de har truffet beslutningen. Det er illustreret i U2006.2637H (AOF) om en forening i Aarhus. I sagen blev otte bestyrelsesmedlemmer sagsøgt af konkursboet for organisationen AOF Aarhus med påstand om erstatning for ikke at have indstillet driften, da bestyrelsen burde have indset, at det ikke længere var muligt at forsætte driften uden at påføre kreditorerne tab.

Helt generelt var budgetterne, som lå til grund for bestyrelsens beslutning om at forsætte driften i AOF, alt for positive. Landsretten fandt imidlertid i sin afgørelse, at eftersom bestyrelsen ”(...) knyttede kyndige personer til sig som økonomichefer og konsulenter”,¹⁰⁴ og fordi den i sin helhed havde forsøgt at håndtere situationen på en forsvarlig måde, havde bestyrelsen ikke handlet ansvarspådragende. Selvom dommen ikke omhandler en bestyrelse i et kapitalsselskab, er den stadig relevant, da Højesteret udtalte, 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”.¹⁰⁵

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ U2006.2637H, s. 2664

¹⁰⁵ ibid., s. 2666

Østre landsret har tilsvarende i deres vurdering af erstatningsansvaret i Capinordic lagt vægt på ekstern vurdering af låneengagementerne. Finansiell Stabilitet gjorde gældende, at *”bankens udlånsvirksomhed hvilede på et uforsvarligt grundlag og var ikke rentabel”*.¹⁰⁶ Ved vurderingen af forsvarligheden af grundlaget for de enkelte engagementer blev der af landsretten lagt vægt på, hvorvidt Finanstilsynet havde gennemgået et engagement. Landsretten udtalte: *”Det forhold, at et låneengagement har været genstand for vurdering fra Finanstilsynets side i forbindelse med tilsynets undersøgelser af Banken, må indgå med en ikke ubetydelig vægt i landsrettens vurdering”*.¹⁰⁷ I forlængelse heraf kom landsretten med en lignende udtalelse vedrørende revisionens gennemgang men med en sproglig nuance om, at *”Landsretten har også lagt vægt på revisionens vurdering af låneengagementer og behov for nedskrivning herpå”*.¹⁰⁸

Det er interessant at bemærke, at de fleste tilfælde, hvor de sagsøgte i Capinordic blev fundet ansvarlige, vedrørte bevillinger, hvor der blandt andet ikke forelå en ekstern vurdering af den underliggende sikkerhed, eller hvor der ikke blev stillet sikkerhed eller tilstrækkelighed sikkerhed for udlånet, hvor ledelsen ikke foretog nærmere undersøgelser af debitorer eller kautionisters soliditet, eller hvor ledelsen vidste eller burde vide, at debitor var i økonomiske problemer.¹⁰⁹

Dommene fastslår, at det forhold at bestyrelsen har indhentet ekstern rådgivning ligesom i U2006.2637H (AOF), eller at tredjemand har vurderet og taget stilling til dispositionen, jf. som i Capinordic, indgår med stor betydning i vurderingen af, om bestyrelsen har sikret sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag. Det kan formentlig forklares ud fra det forhold, at domstolene skal være påpasselige med at tilsidesætte vurderinger truffet af professionelle rådgivere eller myndigheder som eksempelvis Finanstilsynet, da bestyrelsen skal være i stand til at stole på den information, som den modtager fra disse kilder.

3.3.5 (4) Det forretningsmæssige skøn:

Det er anerkendt i retspraksis, at bestyrelsen i et selskab overlades en fejlmargen til at skønne i deres forretningsførelse, hvilket er kendt som det forretningsmæssige skøn, og i amerikansk ret er denne

¹⁰⁶ Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1037

¹⁰⁷ Ibid, s. 1261f.

¹⁰⁸ Ibid, s. 1262.; Werlauff, RR 2015.12, s. 44 ff.

¹⁰⁹ Bøggild, RR 2015.12, s. 36 ff.

retsgrundsætning kendt som ”the business judgement rule”.¹¹⁰ Princippet om det forretningsmæssige skøn omfatter de vurderinger, som kræver teknisk betonet indsigt i eksempelvis finansielle, driftsøkonomiske og markedsmæssige forhold m.fl. Det essentielle er modsætningen til den juridiske indsigt.¹¹¹ Retsgrundsætningen tager udgangspunkt i, at bestyrelsen har bedre kendskab til selskabets forhold end domstolene, og at domstolene ikke skal foretage en bakspejlsbetragtning af ledelsens beslutning.¹¹² Princippet om det forretningsmæssige skøn finder kun anvendelse ved bestyrelsens forretningsmæssige handlinger. Det har den betydning, at en bestyrelse ikke kan benytte sig af princippet, hvis bestyrelsen har undladt at tage stilling.¹¹³

Udvalget har i betænkningen anført, at ”(...) domstolene synes således at vise en vis tilbageholden med at foretage en vurdering af de forretningsmæssige skøn, som ledelsen har foretaget, når dispositionen er foretaget i selskabets interesse”.¹¹⁴ Sofsrud har anført, at princippet om det forretningsmæssige skøn ikke er en regel for ansvarsbedømmelsen, idet reglen i sig selv ikke er særlig præcis, men at reglen derimod skal ses som værende et retspolitisk krav til domstolene om, at de ved domsprøvelsen skal være påpasselige med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn.¹¹⁵

I det følgende vil princippet om det forretningsmæssige skøn blive nærmere undersøgt. Der vil blive taget stilling til, om domstolene er tilbageholdende med at vurdere det forretningsmæssige skøn, eller om domstolene prøver skønnet, men at de er tilbageholdende med at tilsidesætte skønnet.

Det forretningsmæssige skøn er illustreret i U1981.973H (Røde Vejrmølle). I sagen gjorde sagsøgeren, Røde Vejrmølle A/S I likvidation, gældende, at direktøren havde handlet ansvarspådragende ved at sælge rasp til sit eget selskab A/S Larkgate. Direktøren havde foretaget væsentlige prisnedsættelser af raspen, selvom det i direktørkontrakten var aftalt, at direktøren ved salget af raspen skulle forsøge at opnå en vis dækningsprocent. I ansvarsvurderingen blev der af Højesteret lagt vægt på, at direktøren havde gjort bestyrelsen opmærksom på, at det kunne være nødvendigt med midlertidige prisnedsættelser. Direktøren havde endvidere ”(...) foretaget

¹¹⁰ Sofsrud (1999), s. 134

¹¹¹ Ibid., s. 466.

¹¹² Krüger Andersen (2013), s. 511

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ KBET 2008, nr. 1498, s. 38

¹¹⁵ Sofsrud (1999), s. 154

nedsættelserne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn".¹¹⁶ Højesteret fandt ikke, at Røde Vejrmølle A/S kunne have opnået bedre handelsvilkår ved at sælge raspen til en anden part. Selskabet havde således ikke lidt et påviseligt tab ved dispositionen.

U1981.973H (Røde Vejrmølle) illustrerer, at det ikke er en umulig opgave at løfte bevisbyrden om, at skønnet har været i selskabets interesse, selvom irrelevante interesser også har været inddraget i vurderingen.¹¹⁷ Dommen fastslår endvidere den selskabsretlige loyalitetsforpligtelse. Det havde, som bemærket af Højesteret, været bedre, hvis direktøren, på grund af sit særlige forhold til det købende selskab, i højere grad havde holdt bestyrelsen orienteret om prisudviklingen. Højesteret respekterede imidlertid det forretningsmæssige skøn i sagen, da direktøren havde truffet beslutningen ud fra et *"loyalt forretningsmæssigt skøn"*.¹¹⁸

I modsætning til U1981.973H (Røde Vejrmølle) findes der eksempler fra retspraksis, hvor domstolene har prøvet og tilsidesat det forretningsmæssige skøn. Se hertil U1995.43H (Bredtoft). I afgørelsen besluttede direktøren at videreføre driften i selskabet på trods af, at selskabet var i svære økonomiske problemer. Højesteret fandt i deres afgørelse, at direktøren på baggrund af det foreliggende materiale, herunder en revisorvurdering, burde have indstillet driften af selskabet, eftersom en videreførelse af selskabet ville *"(...) påføre indstævnte tab"*.¹¹⁹ I afgørelsen havde direktøren haft et informeret beslutningsgrundlag, men direktøren havde truffet den forkerte beslutning. I overensstemmelse hermed blev det forretningsmæssige skøn tilsidesat af Østre Landsret i U1998.1137H (Fodboldklubben). I sagen foretog landsretten en dybdegående undersøgelse af bestyrelsens beslutning om at forsætte driften. Landsretten fandt, at bestyrelsen burde have indstillet driften på det foreliggende grundlag. Højesteret tilsluttede sig de af landsretten anførte grunde. I U2006.243H (Mindship) fandt Højesteret, at et medlem af bestyrelsen i en fond havde handlet ansvarspådragende ved at forsætte driften i en restaurant ejet af fonden. Højesteret lagde til grund i deres afgørelse, at skønnet om at videreføre driften ikke var fagligt forsvarligt.¹²⁰ Dommene viser, at der er grænser for det forretningsmæssige skøn, og at der i afgørelserne var handlet langt udover, hvad den forretningsmæssige ramme kunne bære. Læs nærmere om sagsfremstillingen i dommene og passagen ud over håbløshedstidspunktet nedenfor, jf. afsnit 3.3.6 om nødlidende selskaber.

¹¹⁶ U1981.973H, s. 981

¹¹⁷ Werlauff (2013), s. 596

¹¹⁸ U1981.973H, s. 981

¹¹⁹ U1995.43H, s. 52

¹²⁰ Borch, ET 2007, s. 237 ff.

Det forretningsmæssige skøn har også været tema i nyere afgørelser som i f.eks. U2013.1312H (Grundejerforeningen). En grundejerforening anlagde sag mod to bestyrelsesmedlemmer med påstand om, at bestyrelsesmedlemmerne skulle betale erstatning til grundejerforeningen for at have anket en civil retssag, som foreningen havde tabt i byretten til landsretten, uden at sikre sig, at foreningen var i stand til at betale sagsomkostningerne herved. Bestyrelsesmedlemmerne havde forinden anken konsulteret foreningens advokat, hvor advokaten oplyste bestyrelsesmedlemmerne om, at hvis foreningen skulle tabe sagen, kunne de forvente, at de pålagte sagsomkostninger ville blive væsentlig nedsat.

Byret og landsret tilsidesatte i deres afgørelse det forretningsmæssige skøn efter en prøvelse af dette, da de fandt, at bestyrelsesmedlemmerne burde have indset, at de på grund af foreningens økonomiske situation ville påføre foreningen et yderligere tab ved at anke, hvis de skulle tabe sagen. I forhold til bestyrelsens beslutning om at anke, fandt Højesteret, at bestyrelsesmedlemmerne burde have forventet, at de ikke ville være i stand til at betale sagsomkostningerne, hvis byrettens dom skulle blive stadfæstet. Højesteret frifandt imidlertid bestyrelsesmedlemmerne, eftersom de havde anket som anbefalet af advokaten, og hertil udtalte Højesteret: *”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer”*.¹²¹

Det er vigtigt at være opmærksom på, at foreningen i afgørelsen ikke var af samme karakter som foreningen i U2006.2637H (AOF), og at den derfor ikke på samme måde kan sidestilles med en erhvervsdrivende virksomhed. Udtalelsen indeholder imidlertid essensen af det forretningsmæssige skøn, og det samme må antages at gøre sig gældende for bestyrelsen i kapitalselskaber.

Østre Landsret kom med en udtalelse lignende den i U2013.1312H (Grundejerforeningen) i Capinordic: *”Landsretten finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevilling af et lån”*.¹²² Landsretten har hermed anført, i overensstemmelse med Sofsrud, at domstolene skal udvise påpasselighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn.¹²³ Landsretten fandt imidlertid en

¹²¹ U2013.1312H, s. 1322

¹²² Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1261

¹²³ Sofsrud (1999), s. 154

væsentlig begrænsning i det forretningsmæssige skøn: ”I de tilfælde, hvor en bevilling af et lån eller en anden disposition foretaget af de sagsøgte har været til fordel for et bestyrelsesmedlem eller et selskab kontrolleret af denne eller for et andet selskab i Capinordic-koncernen, finder landsretten dog, at der må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat”.¹²⁴

Det er anført af Werlauff, at der med disse udtalelser må sondres imellem engagementer med ikke-nærtstående, hvor formodningen for det forretningsmæssige skøn må anerkendes, og på den anden side engagementer med nærtstående, hvor det har været op til ledelsen at bevise, at dispositionen blev foretaget i selskabets interesse, og hvor princippet om det forretningsmæssige skøn ikke finder anvendelse.¹²⁵

Bestyrelsen overlades en fejlmargen til at skønne i praksis. Der er imidlertid forskel på, hvor stor margin for fejlskøn, som bestyrelsen skal overlades, jf. Capinordic, hvor det blev gjort klart med modifikationen til det forretningsmæssige skøn, at bestyrelsen ved dispositioner til fordel for nærtstående skal bevise, at selskabets interesse ikke er blevet tilsidesat. Den samme betragtning må gøre sig gældende, hvor bestyrelsen har skønnet til fordel for andre end nærtstående, hvis selskabets interesse er blevet tilsidesat. Analysen af retspraksis om det forretningsmæssige skøn har vist, at domstolene rent faktisk prøver det forretningsmæssige skøn, men at domstolene er påpasselige med at tilsidesætte skønnet, medmindre der er tale om grove fejlskøn, jf. eksempelvis U1995.43H (Bredtoft).

3.3.6 (5) Nødlidende selskaber:

Bestyrelsesansvaret for bestyrelsen i nødlidende selskaber er ofte genstand for behandling i retspraksis. Det er endda anført af Sofsrud i 1999, at ”(...) selskabets manglende betalingsevne på tidspunktet for aftaleindgåelsen er det hyppigst forekommende ansvarstilfælde i hidtidig retspraksis”.¹²⁶ Et eksempel på det forretningsmæssige skøn i praksis er, om bestyrelsen i et kriseramte selskab skal videreføre driften, herunder om selskabet skal forsætte med at optage lån og/eller modtage ydelser på kredit, eller indstille driften.¹²⁷

¹²⁴ Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1261

¹²⁵ Werlauff, RR 2015.12, s. 44 ff.

¹²⁶ Sofsrud (1999), s. 296

¹²⁷ Borch, ET 2007, s. 237 ff.

Udvalget har i Moderniseringsbetænkningen anført, at det forhold som typisk begrundet et ansvar, er det tilfælde, hvor ledelsen har forholdt sig passivt, eller hvor ledelsen ikke har holdt sig informeret om selskabets forhold.¹²⁸ I modsætning hertil har Udvalget bemærket, at: ”Derimod synes aktive tiltag, der søger at vende en truende udvikling, ikke i sig selv at være ansvarspådragende, medmindre ledelsen ikke har standset selskabets drift i tide, på trods af at man indså eller burde have indset, at en fortsat drift medførte en risiko for øget tab for selskabets kreditorer”.¹²⁹

Bestyrelsen har en pligt til at føre tilsyn med, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, jf. SL § 115, stk. 1, nr. 5. Det følger af bestyrelsens pligt til at sikre et forsvarligt kapitalberedskab, at bestyrelsen indstiller eller tilpasser driften på det tidspunkt, hvor bestyrelsen indså eller burde have indset, at en videreførelse af driften af selskabet var ”håbløs”. Dette tidspunkt er i den selskabsretlige litteratur refereret til som håbløshedstidspunktet.¹³⁰

Håbløshedstidspunktet er illustreret i U1995.43H (Bredtoft). Dommen handlede om en direktør for og enejer af en muremestervirksomhed. Muremestervirksomheden var i svære økonomiske problemer i 1983-84, hvor regnskabet viste et underskud på ca. 1.123.000 kr., og selskabet havde en negativ egenkapital på ca. 957.000 kr. Selskabet havde på dette tidspunkt en revisor, som gjorde opmærksom på, at selskabet havde brug for økonomisk støtte fra sine finansieringskilder. Direktøren fandt en ny revisor, som sammen med direktøren deltog i forhandlinger med pengeinstitutter, men disse forhandlinger var uden held. Revisoren gjorde efterfølgende direktøren opmærksom på d. 2. april 1985, at selskabet ikke ville overleve, og at selskabet burde gå i betalingsstandsning. Direktøren valgte på trods af denne meddelelse fra revisoren at forsætte driften i selskabet. Landsretten fandt, at der ikke havde været et grundlag for at videreføre driften efter meddelelsen fra revisoren d. 2. april. Højesteret tilsluttede sig landsrettens begrundelse. Dommen illustrerer ligeledes, at ”håbløshedstidspunktet” har betydning for erstatningsudmålingen derved, at der tages udgangspunkt i det hypotetiske scenarie, hvor direktøren burde have indstillet driften, og det tidspunkt hvor direktøren rent faktisk indstillede driften.

¹²⁸ KBET 2008, nr. 1498, s. 38

¹²⁹ Ibid., s. 38

¹³⁰ Werlauff, 2015B, s. 244 ff.; Bøggild, RR 2015.12, s. 36

Østre Landsret kom til samme resultat i U1998.1137H (Fodboldklubben). Et selskab, som drev en professionel fodboldklub, gik konkurs d. 5. januar 1990. Bestyrelsen blev gjort opmærksom på selskabets kritiske økonomiske situation på et bestyrelsesmøde d. 4. april 1989, hvor et kritisk resultatbudget for 1989 blev gennemgået, men bestyrelsen besluttede på trods heraf at forsætte driften i selskabet. Højesteret fandt, at bestyrelsen var erstatningsansvarlig, da bestyrelsen på mødet burde have indset, at ” (...) en videreførelse af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab, og at bestyrelsen har handlet uforsvarligt ved at forsætte driften ”.¹³¹

Det kan udledes af U1995.43H (Bredtoft) og U1998.1137H (Fodboldklubben), at passagen ud over håbløshedstidspunktet anvendes som 1) grundlaget for culpavurderingen, og 2) udgangspunktet for fastsættelsen af tabet.¹³²

Hvis et kriseramt selskab skal overleve sine økonomiske problemer, er det relevant for bestyrelsen at overveje, om selskabet skal modtage yderligere kredit, herunder lån eller varer. Bestyrelsen skal i vurderingen veje selskabets mulighed for at overleve imod den enkelte kreditors interesse i ikke at lide et tab. Bestyrelsen skal altid varetage selskabets interesse, selvom selskabsinteressen er i konflikt med individuelle kreditors interesse. Der er en mulighed for, at selskabet pådrager sig et ansvar over for den enkelte kreditor, men der skal ske en kvalificeret krænkelser af den enkelte kreditors interesser for, at bestyrelsen kan ifalde et personligt erstatningsansvar. Det er ikke tilstrækkeligt, at der har været en overvejende sandsynlighed for, at kreditor har lidt et tab. Kreditors tab skal have være uundgåeligt, hvis bestyrelsen skal ifalde et personligt ansvar for at videreføre driften.¹³³ I retspraksis ses det ved, at domstolene anvender formuleringen: ”indså eller burde indse” at en videreførelse af driften ikke har været mulig uden yderligere tab. Ved anvendelse af terminologien ”burde indse” vurderes bestyrelsesmedlemmet ikke alene ud fra vedkommendes aktuelle kendskab til situationen, men tillige ud fra hvad bestyrelsesmedlemmet ved tilstrækkelig omhu burde have erkendt om driftens aktuelle situation.¹³⁴

Der kan henvises til U2003.317H (Krepco), hvor der i sagen blev ydet et lån på 17 millioner kr. af sagsøgeren til Krepco Holding A/S mod at få sikkerhed i en post aktier i selskabet Accumulator Invest

¹³¹ U1998.1137H

¹³² Werlauff, 2015B, s. 244 ff.

¹³³ Sofsrud (1999), s. 296 ff.

¹³⁴ Ibid., s. 305

A/S, som Krepco Holding var hovedaktionær i. Den sagsøgte var et bestyrelsesmedlem i begge selskaber, og sagsøgeren gjorde gældende, at bestyrelsesmedlemmet burde have indset, at selskabet befandt sig i en situation, hvor der ikke var realistisk mulighed for at videreføre driften i selskabet, og at lånet dermed ikke skulle være optaget. Højesteret frifandt imidlertid bestyrelsesmedlemmet, da bestyrelsesmedlemmet på tidspunktet, hvor lånet blev ydet, ikke havde indset eller burde have indset, at selskabet var i en så ”(...) vanskelig økonomisk situation, at der ikke var realistisk mulighed for at fortsætte selskabernes drift, og at [sagsøgeren] derfor ville lide et tab ved at yde lånet”.¹³⁵

I modsætning til U2003.317H (Krepco) kan der henvises til U2006.243H (Mindship), hvor bestyrelsen ikke skulle have optaget yderligere kredit. I sagen ifaldt et bestyrelsesmedlem et ansvar for kreditoptagelse og betaling af gammel gæld, som lå efter håbløshedstidspunktet. Tvisten i sagen var, hvorvidt ledelsen af Mindship-fonden havde handlet ansvarspådragende ved at forsætte driften af en restaurant ud over håbløshedstidspunktet. Bestyrelsen blev frifundet ved landsretten, og direktøren af selskabet blev fundet erstatningsansvarlig. Spørgsmålet for Højesteret var alene, om en advokat, der også var medlem af bestyrelsen, havde handlet ansvarspådragende ved ikke at indstille driften for selskabet efter et bestyrelsesmøde, hvor det kunne konstateres at egenkapitalen var tabt, og at selve restaurationsvirksomheden blev drevet på en uforsvarlig måde. Højesteret lagde i deres afgørelse vægt på, at det efter mødet burde have stået klart for bestyrelsesmedlemmet, at en fortsættelse af driften kun ville være forsvarlig, hvis det skete på en måde, som sikrede, at der ikke blev stiftet yderligere gæld, og at selskabets eksisterende gæld ikke måtte nedbringes, og at varekøb fremadrettet kun måtte ske mod kontant betaling. Højesteret fandt, at bestyrelsesmedlemmet havde handlet ansvarspådragende ved ikke at sikre sig, at disse forhold blev efterlevet.¹³⁶

Selvom U2006.243H (Mindship) vedrører en fond, må de samme betragtninger om bestyrelsesansvaret gøre sig gældende for bestyrelsen i et kapitalsselskab, da sagen handler om fortsat drift af en erhvervmæssig virksomhed i form af en restaurant.

Ved domsprøvelsen af, om det har været forsvarligt for bestyrelsen at forsætte driften i selskabet, er det ifølge Sofsrud: ”(...) tillagt afgørende vægt, om der kunne påvises konkrete holdepunkter for, at selskabet havde mulighed for overlevelse”.¹³⁷ Disse konkrete holdepunkter kan være, hvis bestyrelsen

¹³⁵ U2003.317H, s. 330

¹³⁶ Lyng Andersen, ET 2006, s. 231 ff.

¹³⁷ Sofsrud (1999), s. 304

har indgået i reelle og realistiske forhandlinger, hvor der har været udsigt til, at det har været muligt at gennemføre en rekonstruktion af selskabet.

Sådanne konkrete holdepunkter er illustreret i U1977.274H (Havemann), hvor bestyrelsen blev frifundet på grund af, at der havde været en reel og realistisk mulighed for at overleve. Selskabet i sagen drev et stormagasin og var i en sådan svær økonomisk situation, at det måtte træde i likvidation d. 18. februar 1975. En selskabskreditor, som tidligere på dagen havde leveret et parti varer som creditsalg til selskabet, gjorde gældende, at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende ved ikke at gøre opmærksom på, at selskabet ikke kunne modtage flere varer på kredit af hensyn til selskabets økonomiske situation. I forlængelse heraf mente selskabskreditoren, at bestyrelsen allerede dagen forinden burde have indset, at selskabet skulle træde i likvidation. Højesteret kom frem til, at bestyrelsen havde forsøgt at redde selskabet ved at føre seriøse forhandlinger med bankerne om aftenen og den efterfølgende dag. Bestyrelsen blev af denne årsag ikke idømt et ansvar. Dommen illustrer tilmed den ovenfor nævnte betragtning om, at bestyrelsen kun ifalder et personligt ansvar over for kreditor, hvis tabet har været uundgåeligt, hvilket ikke var tilfældet i sagen.

Werlauff har anført, at indførelsen af kapitaltabsreglen i SL § 119 må have indflydelse på retspraksis, eftersom bestemmelsen indeholder et krav om skærpet opmærksomhed ved kapitaltab og forøget reaktionspligt.¹³⁸ I forhold til U1977.247H opstiller Werlauff tre muligheder, som en ledelse i en lignende situation ville kunne vælge: ”(...) *rubriceret efter stigende intensitet: 1) forsætte med kreditkøb i tillid til rekonstruktionsmuligheden, 2) etablere en ”stille” betalingsstandsning, (...) 3) etablere en anmeldt betalingsstandsning*”.¹³⁹ Werlauff gør gældende, at model 1 er den mest risikobetonede at vælge, og at selv model 2 er en så risikabel udvej at vælge, at en selskabsledelse efter en introduktion af kapitaltabsreglen ikke kan være sikker på et udfald magen til det i U1977.247H (Havemann). Werlauff bemærker imidlertid, at bestyrelsen handlede i selskabets interesse, hvilket må forøge marginen for fejlskøn.¹⁴⁰

En nyere dom, som ligger helt i slipstrømmen på U1977.247H (Havemann), er U2015.257V (Scanax International), der endda er dømt efter SL. I sagen var spørgsmålet, om direktionen og bestyrelsen i et A.m.b.A havde handlet ansvarspådragende ved at forsætte driften i selskabet fra midten af januar

¹³⁸ Werlauff (2013), s. 606 ff.

¹³⁹ Ibid., s. 607.

¹⁴⁰ Werlauff (2013), s. 607

2010 og frem til d. 12. maj 2010, hvor selskabet trådte i betalingsstandsning. Landsretten fandt i deres afgørelse, at "(...) [selskabet] var i en særdeles vanskelig økonomisk situation, og at mulighederne for selskabets videreførelse måtte anses for ringe".¹⁴¹ Denne vanskelige økonomiske situation skyldtes blandt andet, at "(...) kartoffelbranchen generelt var trængt på grund af meget lave priser, hvilket var almindelig kendt".¹⁴² Landsretten fandt dog, at "Der blev i selskabet i perioden bl.a. afholdt adskillige bestyrelsesmøder og afholdt løbende møder med sparekassen, hvor virksomhedens situation blev drøftet og forhandlet".¹⁴³ Bestyrelsen havde herved aktivt forholdt sig til den økonomiske krise, og bestyrelsen samt direktionen havde haft kontakt til en række forskellige virksomheder for at finde en løsning. Landsretten frifandt de sagsøgte, da der på grund af selskabets position på markedet ikke var grundlag for "(...) at fastslå, at en fusion eller anden samarbejdsaftale ikke i en eller anden form var en realistisk og reel mulighed".¹⁴⁴

U2015.257V (Scanax International) kan tages som udtryk for, at U1977.247H (Havemann) stadig har fuld præjudikatværdi, og at principperne fra Havemann fortsat må anses for at være gældende ret i dag. Hvis bestyrelsen træffer en beslutning om at rekonstruere virksomheden, vil bestyrelsen som udgangspunkt ikke ifalde et ansvar, hvis der har været konkrete holdepunkter for, at selskabet har kunnet overleve krisen. Det er, som anført i lovforarbejderne til SL § 115, stk. 1, nr. 5,¹⁴⁵ både bestyrelsens pligt og ret at forsætte driften i selskabet, og det skal bestyrelsen være i stand til uden at frygte et ansvar. Bestyrelsen bør kun ifalde et erstatningsansvar, hvis den havde indset eller burde have indset, at der ikke har været en realistisk mulighed for at videreføre driften i selskabet uden yderligere tab.

3.3.7 (6) Individuelle undskyldningsgrunde:

En afgørende forskel på culpanormen og professionsansvaret er, at der ikke tages hensyn til individuelle undskyldningsgrunde ved professionsansvaret.¹⁴⁶ Formålet med nedenstående er at undersøge, om domstolene i bedømmelsen af det enkelte bestyrelsesmedlem tager stilling til individuelle undskyldningsgrunde.¹⁴⁷

¹⁴¹ U2015.257V, s. 269

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ LFF 2009-03-25 nr. 170, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 115

¹⁴⁶ Werlauff (2013), s. 576

¹⁴⁷ Bøggild, RR 2015.12, s. 36

I U2002.2067H (Hafnia) havde både emissionsinstituttet, revisorer og ledelsen begået fejl i forhold til prospektet. Både emissionsinstituttet og revisorer blev fundet erstatningsansvarlige i Sø- og handelsretten, men ledelsen, herunder bestyrelsesformanden og direktøren, blev frifundet med henvisning til, at der forelå individuelle undskyldningsgrunde. Ledelsesmedlemmerne havde været travlt optaget af andre anliggender i koncernen, og deres viden om selskabets økonomiske forhold var præget af deres kortvarige tilknytning til Hafnia. Højesteret kom efter en samlet vurdering frem til, at emissionsinstituttet og revisorerne heller ikke skulle ifalde et erstatningsansvar, da prospektet ikke var så mangelfuldt, at det kunne begrunde et ansvar.

Denne praksis er fulgt af Højesteret i nyere domme, hvor medlemmer af ledelsen er blevet frifundet på trods af enkeltstående fejl, se eksempelvis U2014.345H (Inuit Service Company). I sagen var spørgsmålet, om direktøren i et selskab skulle pålægges et erstatningsansvar i forbindelse med ombygning af et skib, da han ikke rettidigt havde indhentet en nødvendig myndighedstilladelse og ikke havde orienteret bestyrelsen om, at der var opstået problemer. Selskabet gjorde gældende, at det på grund af direktørens ansvarspådragende adfærd havde lidt et tab. Selskabet anførte hertil, at det var nødt til at sælge skibet, og at det havde lidt et betydeligt tab herved. Selskabet gjorde endvidere gældende, at det havde mistet indtægter fra en indgået charteraftale. Selskabet kunne imidlertid have nået at indhente myndighedstilladelsen, selv efter direktørens fratreden. Højesteret fandt i deres afgørelse, at: ”Efter en samlet vurdering finder Højesteret, at de nævnte fejl ikke har været af en sådan grovhed og ikke har haft en sådan betydning for det påberåbte tab, at der er grundlag for at pålægge [direktøren] erstatningsansvar”.¹⁴⁸ I forhold til Højesterets udtalelse om, at det ikke havde haft en sådan betydning for det påberåbte tab, menes formentligt, at der ikke var kausalitet mellem direktørens undladelse og tabet, da selskabet kunne have nået at indhente myndighedstilladelsen på trods af direktørens adfærd. Selvom U2014.345H omhandler en direktør, må den samme betragtning gøre sig gældende i forhold til et bestyrelsesmedlem.

Interessant er imidlertid Højesterets formulering ”af en sådan grovhed”.¹⁴⁹ Udtalelsen leder op til det naturlige spørgsmål, hvornår en fejl har været af en sådan grovhed, at det ikke længere er ansvarsfritagende? Og hvad skal der i denne vurdering lægges vægt på? Det er svært at tegne et punkt

¹⁴⁸ U2014.345H, s. 377

¹⁴⁹ *ibid.*, s. 377

på en graf for, hvornår en fejl har været af en sådan karakter, at det ikke længere er muligt at undgå erstatningsansvaret.

I U2015.2075H (Memory Card T) blev der taget stilling til spørgsmålet om vurderingen af grovheden af en sådan fejl, og hvad der i den konkrete vurdering lægges vægt på. I U2015.2075H var spørgsmålet for Højesteret alene, om bestyrelsesformanden og revisionen havde handlet ansvarspådragende. Bestyrelsesformanden var i forbindelse med en tidligere økonomidirektørs opsigelse gjort opmærksom på, at den administrerende direktør i selskabet havde foretaget regnskabsmanipulation ved at foretage uretmæssige opskrivninger af varelageret. Bestyrelsesformanden bad direktøren om at redegøre for disse forhold, og direktøren kom kort tid efter med en velbegrundet redegørelse. Bestyrelsesformanden godtog redegørelsen fra den administrerende direktør, og han henvendte sig ikke til den øvrige bestyrelse eller revisionen med problemstillingen. Højesteret fandt i deres begrundelse, at bestyrelsesformanden ”(...) i varetagelsen af sit hverv har levet op til sine forpligtelser som bestyrelsesformand. Det var dog en fejlvurdering, at han på baggrund af bl.a. sit mangeårige tillidsfulde samarbejde med den administrerende direktør, D, godtog dennes svar af 3. marts 2000 på kritikken i brevet af 1. marts 2000 fra den fratrådte koncernøkonomidirektør (...) uden at orientere de andre bestyrelsesmedlemmer og revisorerne derom. Efter en samlet vurdering finder Højesteret imidlertid, at der ikke på grund af en enkeltstående fejl af denne karakter er grundlag for at pålægge [bestyrelsesformanden] erstatningsansvar”.¹⁵⁰

Det kan på baggrund af den undersøgte retspraksis fastslås, at der er en tendens for domstolene til at tage hensyn til enkelte fejl begået af ledelsen. Hvis et medlem af bestyrelsen har begået en enkelt fejl eller flere, kan disse ikke betragtes isoleret. Fejlene skal inddrages i en helhedsvurdering af bestyrelsesmedlemmet, hvor der også tages stilling til andre relevante omstændigheder, herunder om bestyrelsesmedlemmet har ageret aktivt og varetaget sit job tilfredsstillende. Dommene kan ikke tages som udtryk for, at enkelte fejl altid vil være diskulperende i ansvarsvurderingen, men det må afhænge af en konkret vurdering ud fra sagens omstændigheder, herunder en inddragelse af størrelsen på tabet og fejlen i sin helhed. U2015.2075H (Memory Card) viser, at der kan ske frifindelse på trods af en ikke uvæsentlig fejl.¹⁵¹

¹⁵⁰ U2015.2075H, s. 2170

¹⁵¹ Bøggild, RR 2015.12, s. 36 ff.

3.4 Sammenfatning og vurdering af analysen:

Den *første del* af analysen tog udgangspunkt i en undersøgelse af betydningen af den øgede regulering af bestyrelshvervet, herunder de lovgivningsmæssige tiltag i Lov nr. 470 af 12. juni 2009 og anbefalingerne for god selskabsledelse.

Det følger af betænkning 1498/2008 og lovforarbejderne til SL, at det ikke har været hensigten at ændre ansvarsnormen til en strengere ansvarsnorm, enten i form af et professionsansvar eller et objektivt ansvar. Kodificeringen og præciseringen af bestyrelsens opgaver og pligter har imidlertid medført en skærpelse inden for rammerne af culpanormen, eftersom der stilles større krav til bestyrelsesmedlemmernes agtpågivenhed og deres aktive varetagelse af bestyrelshvervet. Reguleringen af bestyrelsens pligter vil endvidere medvirke til, at domstolene har et mere solidt grundlag for deres ansvarsbedømmelse.

Anbefalingerne for god selskabsledelse er reguleret som soft law, og har ikke karakter af bindende retsregler. Børsnoterede selskaber skal imidlertid tage stilling til anbefalingerne gennem et ”følg eller forklar”-princip. Unoterede selskaber kan anvende anbefalingerne som inspiration, eftersom anbefalingerne definerer centrale opgaver for moderne bestyrelser. Hvis anbefalingerne bliver inddraget i en culpabetragtning, kan de være med til at skærpe ansvarsvurderingen. Anbefalingerne kan virke normudfyldende i en culpabetragtning, eftersom de i endnu højere grad konkretiserer bestyrelsens opgaver og pligter. De bidrager endvidere til, at domstolene har et mere solidt grundlag for deres bedømmelse.

For en nærmere gennemgang af den øgede regulering henvises til afsnit 3.2.

På baggrund af den *anden* del af analysen, som tog udgangspunkt i retspraksis, har det været muligt at udlede hensyn og principper i domstolenes bedømmelsen af bestyrelsesansvaret.

Hvad angår *ansvarsnormen*, skal bestyrelsesmedlemmerne i et kapitalselskab bedømmes individuelt efter den almindelige culparegel. Et bestyrelsesmedlem vil som udgangspunkt ikke blive pålagt et erstatningsansvar i det omfang medlemmet alene har overtrådt SL, vedtægterne eller

forretningsordenen alene, jf. Østre Landsrets udtalelse i Capinordic. De øvrige erstatningsretlige betingelser skal tillige være opfyldt for at ifalde et erstatningsansvar.

Bestyrelsen skal sikre *en forsvarlig organisation*, hvilket eksempelvis indebærer, at bestyrelsen skal sikre en klar opgave- og ansvarsfordeling, jf. U2015.2075H. Bestyrelsen har tilmed en *tilsynspligt*, og det er lettere for bestyrelsen at holde sig orienteret om og føre tilsyn med selskabets forhold, hvis selskabet er organiseret forsvarligt. Hvad der nærmere skal forstås ved en forsvarlig organisation, og i hvilket omfang bestyrelsen skal føre tilsyn, må imidlertid afhænge konkret af selskabets forretningsmodel og størrelse, jf. U2007.497H (Calypso), hvor den særlige forretningsmodel krævede en løbende og effektiv rapportering om selskabets økonomi. Det er en ganske relevant betragtning at have med ved udarbejdelsen af forretningsordenen, da en særlig forretningsmodel kan kræve flere ressourcer i bestyrelsen. Det kunne eksempelvis være tilfældet i pengeinstitutter. Det kan overvejes, om der i større grad stilles strengere krav til bestyrelsens organisering af selskabet i takt med samfundets udvikling. Det er imidlertid svært at udlede noget konkret herom, da praksis er sparsom, og dommene er meget forskellige.

På baggrund af hovedkategorien om *bestyrelsens beslutningsgrundlag* kan det fastslås, at bestyrelsen i et kapitalselskab skal sikre sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag før bestyrelsen træffer en beslutning, så det er muligt for bestyrelsen at vægte alle relevante interesser. Der stilles et strengt krav til, at bestyrelsen har sikret et forsvarligt beslutningsgrundlag ved dispositioner mellem nærtstående, jf. U2015.2219H (FC Nordsjælland). Der kan ud fra U2006.2637H (AOF), U2013.1312H (Grundejerforeningen) og Capinordic fastslås, at det indgår med betydelig vægt i ansvarsbedømmelsen, hvis bestyrelsen har indhentet ekstern rådgivning eller tredjemands vurdering af et konkret forhold. Det er imidlertid ikke nok, at bestyrelsen har indhentet et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag, men bestyrelsen skal aktivt forholde sig hertil, jf. U1979.777V (Padborg Koloniallager).

Det kan på grund af forskellen i ældre og nyere retspraksis overvejes, om der i nyere praksis stilles strengere krav til bestyrelsens beslutningsgrundlag. I U1974.1005H (Tjæreborg Huse) blev bestyrelsen frifundet, da den ikke havde udvist ”*et så graverende forhold*”,¹⁵² at der var grundlag for at pålægge bestyrelsen et erstatningsansvar. Det virker som om, at flertallet i Højesteret har accepteret

¹⁵² U1974.1005H, s. 1012

et *nogenlunde* beslutningsgrundlag, og ikke et *fyldestgørende* beslutningsgrundlag. Havde U1974.1005H (Tjæreborg Huse) været forelagt domstolene efter ændringerne i 1992/1993 eller SL, havde dommen højst sandsynligt fået et andet udfald. Dette særligt på grund af det øgede fokus på selskabets kapitalberedskab og forsvarlig kapitalforvaltning, samt dets bogføring og regnskabsaflæggelse.¹⁵³ Der er i nyere praksis en tendens til, at domstolene undersøger bestyrelsens beslutningsgrundlag mere dybdegående, jf. Capinordic og U2015.2219H (FC Nordsjælland), hvor revisors notat om overdragelsen ikke kunne anvendes på grund af dets ambiguitet. En forklaring på den strenge vurdering af bestyrelsens beslutningsgrundlag kan imidlertid være, at bestyrelsen havde foretaget en disposition til fordel for nærtstående. Det er svært at udlede, om der generelt stilles strengere krav til bestyrelsens beslutningsgrundlag, eftersom retspraksis om beslutningsgrundlaget er sparsomt og de konkrete omstændigheder i dommene er for forskellige.

Hvad angår *det forretningsmæssige skøn* har bestyrelsen en loyalitetspligt over for selskabet, og bestyrelsen skal i sin skønsudøvelse i første række varetage selskabets interesse. Det er imidlertid ikke en umulig opgave at løfte bevisbyrden for, at dispositionen har været i selskabets interesse, selvom nogle for selskabet uvedkommende interesser har spillet ind i beslutningen, jf. U1981.973H (Røde Vejmølle), hvor salget skete ud fra et loyalt skøn til selskabet. Bestyrelsens skønsmargin har vist sig i praksis at være ganske bred, hvis skønnet er i selskabets interesse, jf. U1977.247H (Havemann) og U2015.257V (Scanax International), hvor bestyrelsen indgik i reelle og realistiske forhandlinger til det sidste. I modsætning hertil har domstolene anlagt en ganske streng bedømmelse i de tilfælde, hvor der foretages en disposition til fordel for tredjemand, jf. Capinordic. Der må være formodning for, at det forretningsmæssige skøn finder anvendelse, medmindre der er tale om en disposition, som ikke er i selskabets interesse, jf. betragtningen i Capinordic. Retspraksis viser, at domstolene prøver det forretningsmæssige skøn, men at de som udgangspunkt er påpasselige med at tilsidesætte bestyrelsens beslutning, medmindre skønnet har været åbenlyst forkert, jf. U1995.45H (Bredtoft), U1998.1137H (Fodboldklubben), U2006.243H (Mindship) og U2007.497H (Calypso).

Det kan ikke fastslås, om domstolene i højere grad prøver og tilsidesætter det forretningsmæssige skøn end i tidligere praksis. Omstændighederne i dommene er for forskellige til at udlede noget konkret herom. Noget indikere dog, at domstolene hellere vil foretage en prøvelse af bestyrelsens beslutningsgrundlag, herunder ledelsens interessevaretagelse og informationsgrundlaget for skønnet,

¹⁵³ Stubkjær (2011), s. 92

end selve det forretningsmæssige skøn. Det illustreres blandt andet i Højesterets udtalelse i U2013.1312H (Grundejerforeningen): ”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer”.¹⁵⁴ Det ville få en kraftig negativ signalværdi, hvis et bestyrelsesmedlem blev pålagt et erstatningsansvar for en tabsgivende disposition, selvom skønnet blev truffet på et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i selskabets interesse.

Der ses at kunne spores en sammenhæng i ansvarssituationerne i forhold til de tre hovedkategorier: *En forsvarlig organisation og bestyrelsens tilsynspligt*, *Bestyrelsens beslutningsgrundlag* og *Det forretningsmæssige skøn*. Hvis bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisering af og ført tilsyn med selskabet, vil den ofte have indhentet et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag. En forsvarlig organisering af selskabet er således med til væsentligt at reducere risikoen for ikke at modtage den nødvendige information, hvorfor bestyrelsen i det tilfælde som udgangspunkt kun vil ifalde et erstatningsansvar, hvis bestyrelsen har skønnet åbenlyst forkert.

Det kan konkluderes ud fra analysen af *nødlidende selskaber*, at bestyrelsen i et selskab har en pligt til at sikre, at selskabet har et forsvarligt kapitalberedskab. Bestyrelsen skal indstille driften fra det tidspunkt, hvor kapitalberedskabet ikke længere er forsvarligt, og en videreførelse af driften ikke længere er mulig uden, at kreditorerne lider et yderligere tab, hvilket må bero på en konkret vurdering. Det er ikke nok, at der er en sandsynlighed for, at kreditorerne lider et tab, tabet skal være uundgåeligt, jf. se U1995.43H (Bredtoft) og U1998.1137H (Fodboldklubben). Disse domme illustrerer håbløshedstidspunktet, og passagen ud over håbløshedstidspunktet skal anvendes både til culpavurderingen og erstatningsudmålingen. Domstolene anvender i praksis formuleringen ”burde indse”, hvilket er med til at tilføje et erkendelsesmæssigt moment til vurderingen af det enkelte bestyrelsesmedlem. Det handler helt konkret om, at det skal undersøges i ansvarsvurderingen, om bestyrelsesmedlemmet burde have erkendt, at en fortsat drift af selskabet var håbløs. jf. U2003.317H (Krepcó), hvor bestyrelsesmedlemmet blev frifundet, da han ikke burde have indset, at en videreførelse af driften var umulig. I modsætning hertil findes U2006.243H (Mindship), hvor bestyrelsesmedlemmet havde betalt for gammel gæld og stiftet ny gæld efter, at medlemmet burde have indset, at en videreførelse af driften ikke var mulig.

¹⁵⁴ U2013.1312H, s. 1322

Det kan endvidere udledes, at domstolene har tillagt det afgørende betydning, om der har været konkrete holdepunkter for at videreføre driften af selskabet, og om bestyrelsen aktivt har forsøgt at finde en løsning, jf. U2006.2637H (AOF). Der kan stilles spørgsmålstegn ved, om det forhold, at U2015.257V (Scanax International) er en videreførelse af principperne i U1977.274H (Havemann), har den betydning, at der ikke er sket en skærpelse på området på trods af det øgede fokus i den nye SL på selskabets kapitalberedskab. Dette er ikke tilfældet. Det er både bestyrelsens ret og pligt at videreføre selskabet, hvis der er en reel mulighed for at rekonstruere selskabet. Det er kun på det tidspunkt, hvor bestyrelsen burde have vidst, eksempelvis fordi bestyrelsen blev gjort opmærksom på af revisionen, at en videreførelse ikke var mulig uden yderligere tab, at bestyrelsen skulle have indstillet driften. Hvis bestyrelsen alligevel vælger at forsætte driften, selvom den burde have indset, at en videreførelse ikke var mulig, vil medlemmerne blive fundet erstatningsansvarlige, såfremt passagen ud over håbløshedstidspunktet har resulteret i et adækvat og kausalt økonomisk tab.

Ud fra afsnittet om *individuelle undskyldningsgrunde* kan det udledes, at der er en tendens i retspraksis til, at domstolene har frifundet på trods af enkeltstående fejl, jf. U2002.2067H (Hafnia), U2014.345H (Inuit Service Company) og U2015.2075H (Memory Card). Et bestyrelsesmedlem er ikke fri for ansvar, fordi medlemmet kun har begået enkelte fejl. Der skal foretages en vurdering af alle relevante omstændigheder, herunder hvordan bestyrelsesmedlemmet i sin helhed har passet sit arbejde og fejlens størrelse. Det er dog muligt at blive frifundet på trods af af ikke uvæsentlige fejl, jf. U2015.2075H (Memory Card), hvis medlemmet i sin helhed har passet sit erhverv tilfredsstillende. Hensyntagen til de subjektive forhold, herunder de individuelle undskyldningsgrunde, er kendetegnet ved culpanormen i modsætning til professionsansvaret, hvor der ikke tages sådanne hensyn.

Det kan konkluderes ud fra *anden del* af analysen, at domstolene i deres bedømmelsen af bestyrelsesansvaret i enkelte af hovedkategorierne har været strenge, herunder eksempelvis ved kravene til bestyrelsens beslutningsgrundlag og prøvelsen af det forretningsmæssige skøn. En forklaring på en strengere bedømmelse inden for disse områder kan imidlertid begrundes med, at der er foretaget en disposition til fordel for nærtstående, eller at selskabets interesse er blevet tilsidesat. Det er svært på denne baggrund at udlede en generel tendens om, at ansvaret i praksis er blevet skærpet, da dommene er sparsomme og meget forskellige i faktum.

Det kan sammenfattende konkluderes, at der som følge af den øgede regulering er sket en skærpelse af bestyrelsesansvaret inden for rammerne af culpanormen. En sådan skærpelse af bestyrelsesansvaret har imidlertid ikke tydeligt vist sig i retspraksis endnu.

4 Bestyrelsesansvaret som et professionsansvar:

Ud fra ovenstående undersøgelse af bestyrelsesansvaret er der en del momenter, som peger i retning af en øget professionalisering af bestyrelshvervet. Bestyrelsesansvaret er på nuværende tidspunkt ikke et professionsansvar. Det er dog relevant at stille spørgsmålet, om bestyrelsesansvaret i fremtiden må forventes at udvikle sig til et professionsansvar. I den sammenhæng kan det overvejes, hvilke forhold, der kan tale for, at bestyrelsesansvaret i fremtiden kan udvikle sig til et professionsansvar. Det kan eksempelvis være udbredelsen af ledelsesansvarsforsikringer, ledelsesuddannelser og udvikling af anbefalingerne for god selskabsledelse m.v.,¹⁵⁵ jf. nærmere herom nedenfor.

4.1.1 Forskellen på culpaansvaret og professionsansvaret:

Indledningsvist vil forskellen på culpaansvaret og professionsansvaret blive forsøgt forklaret for at give et indblik i, hvilken betydning det vil have for bestyrelsesansvaret, hvis ansvaret i fremtiden skulle udvikle sig til et professionsansvar.

Culpanormen er bestående af to elementer, hvoraf det *første* er, at medlemmet af ledelsen rent objektivt skal have udvist en retsstridig adfærd, og det *andet* er en subjektiv vurdering af den skadevoldendes erkendelsesmæssige forudsætninger.¹⁵⁶ Professionsansvaret er derimod udtryk for en ansvarsmodel, som kan anses for at være en metodisk fremgangsmåde ved ansvarsvurderingen af professionelle erhvervsudøvere inden for en given profession. Professionsansvaret anvendes både inden for håndværksmæssige fag og liberale erhverv. Ansvar vurderes ud fra den almindelige culpanorm, men ved vurderingen inddrages forskrifter og sædvaner inden for den pågældende profession. Hvis ikke der findes forskrifter og sædvaner inden for professionen, vil sammenligningsgrundlaget være fagets dygtige, veluddannede udøvere. Objektiviseringen af professionsansvarsbedømmelsen viser sig ved, at subjektive forhold (individuelle undskyldningsgrunde) ikke inddrages i ansvarsvurderingen i modsætning til ved den almindelige culpabedømmelse af ikke faglige-udøvere.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Bergenser (2012), s. 306 ff.

¹⁵⁶ Sofsrud (1999), s. 117.

¹⁵⁷ Eyben (2015), s. 119 ff.

4.1.2 Bestyrelsesansvaret – Hvorfor professionsansvar og hvorfor ikke:

4.1.2.1 Kvalifikationer for at deltage i bestyrelsesarbejde:

Der findes ikke særlige krav om bestemte kvalifikationer for at varetage en bestyrelsespost i et kapitalsselskab, men medlemmerne af bestyrelsen skal opfylde generelle habilitetskrav, jf. SL 112. Bestyrelsen i et børsnoteret selskab skal have ”ledelsesmæssig kompetence”, men hvad der nærmere skal forstås herved er ikke uddybet. Generalforsamlingen kan imidlertid frit vælge at fastsætte krav om kvalifikation i vedtægterne. I modsætning hertil er der ved en række professioner, som er underlagt et professionsansvar, et krav om en bestemt uddannelse, som f.eks. advokater, der skal have en juridisk embedseksamen.¹⁵⁸ Det må kunne forventes, at det enkelte bestyrelsesmedlem i det mindste har en overordnet form for forståelse af bestyrelseshvervet, herunder kundskab til juridiske, forretnings- og regnskabsmæssige forhold for at kunne opfylde pligterne i SL § 115.¹⁵⁹ Det ville omvendt også skabe problemer i forhold til rekrutteringen af bestyrelsesmedlemmer, hvis der blev sat alt for høje krav til udførelsen af bestyrelseshvervet.¹⁶⁰

Der er i løbet af de seneste år kommet et stort udbud af ledelsesuddannelser. En ledelsesuddannelse kan medføre en skærpet ansvarsvurdering for det medlem af bestyrelsen, som har uddannelsen, da han må anses at besidde særlige kompetencer til at håndtere bestyrelsesrollen.¹⁶¹ Det kan overvejes, om en sådan uddannelse kan medvirke til, at bestyrelsen pålægges et professionsansvar. På den ene side er en sådan uddannelse ikke lovpligtig, og der er fortsat en meget stor diversitet i de forskellige uddannelsers formål og kompetenceudvikling, da uddannelserne enten er rettet mod en bestemt branche eller en bestemt lederposition. På den anden side er en ledelsesuddannelse med til at tilføje en form for professionalisme til det enkelte medlem.¹⁶² Der er generel enighed om, at særlige kvalifikationer kan være med til at skærpe ansvarsbedømmelsen.¹⁶³ Konsekvensen af at have særlige kvalifikationer vil være, at det bestyrelsesmedlem, som har sådanne kvalifikationer, vil eller burde have blevet bekendt med en problemstilling, som de andre bestyrelsesmedlemmer ikke ville have opdaget eller opdaget på samme tidspunkt. Ansvarsvurderingen vil her være skærpet, hvis ikke medlemmet reagerer på det forhold, som medlemmet har eller burde have været bekendt med.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Stubkjær (2011), s. 32

¹⁵⁹ Bergenser (2012), s. 317 ff.

¹⁶⁰ Ibid., s. 203-204

¹⁶¹ Ibid., s. 321

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Eksempelvis Sofsrud (1999), s. 485, Bergenser (2012), s. 203 ff. m.fl.

¹⁶⁴ Bergenser (2012), s. 203

Eksempelvis skal domstolene ved vurderingen af advokater i en bestyrelse tage stilling til, om advokaten har benyttet sine særlige fagkundskaber ved udførelsen af bestyrelsesarbejdet.¹⁶⁵

Professionsansvaret finder anvendelse ved givne professioner. Det er imidlertid terminologisk svært at afgrænse bestyrelsen i et kapitalselskab til en profession. Bestyrelsen i et kapitalselskab vil ofte bestå af personer med meget forskellige kompetencer, hvilket afhænger konkret af det enkelte selskabs størrelse og behov. Det har den konsekvens, at bestyrelsesmedlemmerne ikke kan underkastes de samme krav.¹⁶⁶ De forskellige kompetencer er nødvendige i en bestyrelse, da bestyrelsen både har til opgave at føre tilsyn med selskabet og varetæge væsentlige ledelsesmæssige opgaver, herunder udvikling af selskabets strategi. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at der i fremtiden vil kunne anlægges et professionsansvar på bestyrelsen i børsnoterede selskaber, da der er tale om en mere ensartet gruppe af mennesker, hvilket nemmere lader sig afgrænse. Der må endvidere kunne stilles større krav til at sidde i en bestyrelse i et børsnoteret selskab end i et unoteret selskab. Det kan overvejes, om det burde gøres til et krav i anbefalingerne, at samtlige medlemmer i bestyrelsen skal være professionelle for at være egnet til at varetage posten.

4.1.2.2 *Anbefalinger for god selskabsledelse – God skik eller ikke:*

Inden for en række professioner findes der god skik-regler, og inden for flere professioner har god skik-reglerne eksisteret i mange år og er i større grad blevet en del af ansvarsvurderingen. Udover god skik-regler findes der professioner, hvor der ud fra den professionelles kernekompetence har udviklet sig en sædvane for, hvordan en bestemt opgave skal løses, og disse sædvaner kan på samme måde som god skik-reglerne have en betydning for ansvarsvurderingen.¹⁶⁷ Det er anført af Bergenser, at anbefalingerne for god selskabsledelse ikke kan anses for at være god skik-regler, men at anbefalingerne må placeres i en kategori for sig. Der er på nuværende tidspunkt ikke et krav om, at anbefalingerne skal følges, da børsnoterede selskaber kan vælge at forklare, hvorfor de ikke har fulgt anbefalingen.¹⁶⁸ Det er ikke muligt at vælge, om man vil følge god skik eller ikke. Det er dog ikke en forudsætning for, at en ansvarsnorm på et bestemt område kan betegnes som et professionsansvar, at

¹⁶⁵ Gomard (2015), s. 616

¹⁶⁶ Bergenser (2012), s. 309

¹⁶⁷ Ibid., s. 328 ff.

¹⁶⁸ Ibid., s. 329

der findes god skik-regler, sædvaner eller branchekutymer, eksempelvis findes der ikke god skik-regler ved arkitekters erstatningsansvar.¹⁶⁹

Corporate governance er et område under stadig udvikling og i takt med de samfundsmæssige forventninger og krav til bestyrelsen i et selskab, vil det i fremtiden være en mulighed, at anbefalingerne vil udvikle sig yderligere.¹⁷⁰ Som det er anført af Stubkjær, kan det være problematisk, hvis anbefalingerne ikke følges, da det kan medføre negativ medieomtale, der kan føre til spørgsmål og eventuelt et erstatningskrav, hvis det, at ledelsen ikke har fulgt anbefalingen, har resulteret i et tab.¹⁷¹ Stubkjær påpeger endvidere, at eftersom erhvervslivet, brancheorganisationer og fondsbørser har accepteret anbefalingerne, er det med til danne en norm, hvorefter det gode bestyrelsesmedlem enten vil følge anbefalingerne eller i det mindste forholde sig til disse.¹⁷²

Der er inden for flere områder, som er underlagt et professionsansvar, nedsat et disciplinærnævn som eksempelvis Advokatnævnet, hvor det vurderes om god skik-reglerne er overholdt. Et sådant nævn findes ikke for bestyrelshvervet. Der findes heller ikke et responsumudvalg, der udtaler sig om, hvorvidt en bestemt adfærd har været i overensstemmelse med god skik.¹⁷³ Det er ikke utænkeligt, at der i fremtiden vil blive nedsat et disciplinærnævn eller responsumudvalg, særlig taget i betragtning af det store antal kommende ansvarssager. En nedsættelse af et sådant disciplinærnævn ville kunne have en præventiv effekt i forhold til udførelsen af bestyrelshvervet.

4.1.2.3 Ledelsesansvarsforsikring:

Inden for mange af de områder, hvor der gælder et professionsansvar, er der et krav om en lovpligtig ansvarsforsikring. Som et eksempel herpå er det et krav, at advokater, revisorer og ejendomsmæglere har en sådan forsikring.¹⁷⁴

Der findes også frivillige forsikringer, og alene muligheden for at tegne en ansvarsforsikring inden for et bestemt område har en ikke uvæsentlig betydning for udviklingen af erstatningsansvaret inden

¹⁶⁹ Ibid., s. 330

¹⁷⁰ Rose, RR 2010.12, s. 46 ff.

¹⁷¹ Stubkjær (2011), s. 121

¹⁷² Stubkjær, RR 2004.02, s. 6

¹⁷³ Bergenser (2012), s. 330-331

¹⁷⁴ Ibid., s. 333

for det pågældende område.¹⁷⁵ Tilstedeværelsen af en ansvarsforsikring kan være med til at gøre selve ansvarsvurderingen strengere, da det vil være lettere for domstolene at idømme et medlem af bestyrelsen et ansvar, hvis denne har en forsikring. En ansvarsforsikring kan også have en lempelig effekt på de øvrige erstatningsretlige betingelser, herunder kausalitet og adækvans.¹⁷⁶ Stubkjær har i overensstemmelse med Bergenser anført, at der er en tendens til en strengere ansvarsbedømmelse i de sager, hvor et bestyrelsesmedlem er dækket af en forsikring.¹⁷⁷

Det er ikke lovpligtigt at tegne en ansvarsforsikring for bestyrelsen, men Udvalget overvejede muligheden herfor. Udvalget fandt dog ikke, at der var et behov for at indføre en sådan lovpligtig ansvarsforsikring, eftersom det var Udvalgets opfattelse, at den nuværende praksis er rimelig og fornuftig.¹⁷⁸ Udvalget har i betænkning 1498/2008 anført, at mange selskaber i en stigende grad vælger at tegne en ansvarsforsikring for bestyrelsen, som dækker skader forvoldt af ledelsen ved simpel uagtsomhed, eftersom grov uagtsomhed normalt ikke er omfattet.¹⁷⁹ Stubkjær har bemærket, at sager anlagt mod bestyrelsen ofte er baseret på, at et medlem af bestyrelsen har handlet groft uagtsomt. Ledelsesansvarsforsikringerne er også under udvikling i det omfang, at de fleste ledelsesansvarsforsikringer nu også dækker krav, som er opstået på grund af grov uagtsomhed. Forsikringsselskaberne har været nødsaget til også at dække krav, som udspringer af grov uagtsomhed, eftersom en stor del af erstatningssagerne ligger i ansvarsområdet mellem grov uagtsomhed og forsæt.¹⁸⁰

4.1.2.4 Er en sådan retstilstand ønskelig:

Et andet relevant spørgsmål er, om det vil retspolitisk ønskeligt, at bestyrelsesansvaret i fremtiden skulle udvikle sig til et professionsansvar.

Hvis bestyrelsen i almindelige kapitalselskaber blev underlagt et professionsansvar, ville det skabe tryghed for selskabets aktionærer og kreditorer, da de ville være sikre på, at det enkelte bestyrelsesmedlem ville udvise større omhu i udførelsen af sit arbejde. Det vil formentlig have den

¹⁷⁵ Eyben (2015), s. 51

¹⁷⁶ Bergenser (2012), s. 333

¹⁷⁷ Stubkjær (2011), s. 189

¹⁷⁸ KBET 2008, nr. 1498, s. 46

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Stubkjær (2011), s. 130; Bergenser (2012), s. 333

konsekvens, at kun professionelle personer ville have en interesse i at påtage sig ansvaret. Det ville skabe det praktiske problem, at mange almindelige kapitalsselskaber, herunder mindre selskaber og familievirksomheder, ville få svært ved at rekruttere personer til bestyrelsen. Det vil endvidere stadig være svært at afgrænse kvalifikationerne til brug for en bedømmelse af bestyrelseshvervet som en profession, eftersom selskaber har forskellige behov for hvilke kompetencer, de skal bruge i bestyrelsen. Det er på denne baggrund formålstjenstligt med en fleksibel ansvarsnorm som culpa. Hvis et selskab har en interesse i, at kun personer med særlige kvalifikationer skal sidde i bestyrelsen, kan generalforsamlingen fastsætte krav herom i vedtægterne.

På denne baggrund synes det ikke at være ønskeligt eller hensigtsmæssigt, at bestyrelsen i et kapitalsselskab skulle blive underlagt et professionsansvar.

4.1.3 Sammenfatning:

I forhold til afhandlingens fokus, på om bestyrelsesansvaret er blevet skærpet, har det været relevant at overveje, om bestyrelsen i et kapitalsselskab i fremtiden vil kunne blive underkastet et professionsansvar på grund af den øgede regulering på området, voksende udbud af ledelsesuddannelser og det forhold, at der i større grad tegnes ansvarsforsikring for bestyrelsen.

Ledelsesuddannelser er meget forskellige i indhold, og de er ikke lovpligtige, som eksempelvis en juridisk embedseksamen er for advokater. Uddannelserne kan på grund af diversiteten ikke være med til at afgrænse ansvaret for bestyrelsen til et professionsansvar, men ansvarsbedømmelsen af et bestyrelsesmedlem med en sådan uddannelse kan efter omstændighederne være strengere.

Inden for mange områder, som er underlagt et professionsansvar, findes der god skik-regler, disciplinærnævn eller responsumudvalg. Sådanne findes ikke inden for bestyrelseshvervet, men god skik-regler er ikke en forudsætning for, at en ansvarsnorm karakteriseres som et professionsansvar. Der findes imidlertid anbefalingerne for god selskabsledelse, som er udtryk for *best practice*. Endvidere kan den stigende udvikling af corporate governance i fremtiden medvirke til en udvikling af bestyrelsesansvaret.

Det er ikke en lovpligt, at bestyrelsen i et kapitalsselskab har en ansvarsforsikring, men der bliver i større grad tegnet sådanne forsikringer. Selve indholdet af ansvarsforsikringerne er under udvikling,

og det er nu muligt for bestyrelsen at blive dækket for skader forvoldt ved grov uagtsomhed og ikke længere kun for simpel uagtsomhed. Alene tilstedeværelsen af en ansvarsforsikring inden for et område kan være med til at udvikle erstatningsansvaret.

Et væsentligt problem, ved at bestyrelsen i et kapitalselskab bliver underlagt et professionsansvar, er det forhold, at professionsansvaret finder anvendelse ved givne professioner. Det er terminologisk svært at afgrænse bestyrelseshvervet på denne måde. Bestyrelsen i et kapitalselskab vil ofte bestå af personer med forskellige kompetencer, hvilket afhænger konkret af det enkelte selskabs behov. Det har den konsekvens, at bestyrelsesmedlemmerne ikke kan underkastes de samme krav.

I retspolitisk henseende vil et professionsansvar skabe tryghed og tillid til, at det enkelte medlem af bestyrelsen vil udføre sit arbejde med omhu for ikke at ifalde et erstatningsansvar. Det vil formentlig kun være professionelle personer, som vil have en interesse i bestyrelsesarbejdet, da almindelige personer vil frygte et erstatningsansvar. Det forhold vil imidlertid være en forhindring for udviklingen af erhvervslivet, da det ville vanskeliggøre rekrutteringen af bestyrelsesmedlemmer.

Grundet diversiteten af kompetencer i bestyrelsen synes det ikke muligt at anvende en fast ansvarsnorm som et professionsansvar. Det synes nærmere at være formålstjenstligt med en fleksibel ansvarsnorm, hvormed der kan tages hensyn til den enkeltes respektive kvalifikationer.

5 Bestyrelsesansvaret i et fremtidsperspektiv:

5.1 Fremtiden for bestyrelsesansvaret:

Der har i de senere år været et stigende antal af sager om bestyrelsesansvar, herunder i kapitalselskaber, foreninger, fonde og i pengeinstitutter, og der er endnu flere på vej.¹⁸¹ Det kan overvejes, om årsagen til det stigende antal sager har været finanskrisen, at flere er blevet opmærksom på muligheden for at anlægge en ansvarssag mod bestyrelsen, eller om det er et helt tredje forhold. Det forhold, at der er flere ansvarssager på vej, kan have en betydning for en eventuel udvikling af selve ansvaret, da lovgivningsmagten har en interesse i at formindske antallet af ansvarssager.

I dette afsnit vil der blive givet en kort introduktion til nogle af de nært forestående ansvarssager. Efterfølgende vil der blive foretaget en undersøgelse af enkelte forhold i OW Bunker vedrørende bestyrelsesansvaret, herunder vil det blive forsøgt at illustrere betydningen af, hvilken betydning præciseringen af bestyrelsens pligter i SL har for en konkret ansvarsbedømmelse.

5.1.1 Fremtidige ansvarssager:

Erstatningsansvarssagen i IT Factory har været under behandling længe.¹⁸² Oprindeligt var planen, at der skulle anlægges en sag mod både den tidligere ledelse og revision i IT Factory. Revisionen har imidlertid indgået et forlig med konkursboet. Kammeradvokaten havde på vegne af konkursboet rejst et krav mod det gamle KPMG for 987 millioner kroner, men parterne blev enige om, at revisionen skulle betale 222 millioner kr. plus renter på 111 millioner kr., hvilket er en samlet sum på 333 millioner kr. Revisorerne skulle ikke selv betale beløbet, da de havde en ansvarsforsikring, som både har godkendt og betalt forligskravet.¹⁸³ Forliget omfatter både revisionen og bestyrelsen.

Endvidere forventes et opgør i 7 ud af de 12 krakkede banker. Den første af sagerne i retsopgøret mod de krakkede banker var Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11 (Capinordic).¹⁸⁴ Dommen fra Østre Landsret er blevet anket til Højesteret, og der forventes en afgørelse i løbet af 2017.¹⁸⁵

¹⁸¹ Werlauff, RR 2015.12, s. 44 ff.; Bøggild, RR 2015.12, s. 36 ff.

¹⁸² Bøggild, RR 2015.12, s. 36 ff.

¹⁸³ Berlingske Business 28.04.2016

¹⁸⁴ Werlauff, RR 2015.12, s. 44 ff.

¹⁸⁵ Bøggild, RR 2015.12, s. 36

I Amagerbanksagen startede hovedforhandlingen d. 6. april 2016. Amagerbanksagen er forventet at strække sig ud over 160 retsdage på grund af sagskompleksiteten. Kort fortalt handler sagen om, at Finansiell Stabilitet har sagsøgt 11 medlemmer af den tidligere ledelse med påstand om, at ledelsen igennem en længere periode har tilsidesat sine pligter, hvilket har resulteret i bankens konkurs. Finansiell Stabilitet gør i sagen gældende, at der ikke er udvist tilstrækkelig agtpågivenhed i bankens kreditgivning, hvilket har resulteret i bankens sammenbrud, da mange af bankens største kunder gik konkurs.¹⁸⁶

Der venter yderligere afgørelse i Roskilde bank-sagen, som startede i november 2015 for Østre Landsret, EBH Bank-sagen som er blevet berammet til at starte i september 2017, i Løkken Sparekasse-sagen, hvor hovedforhandlingen starter i oktober 2018. Der er endvidere sagen mod ledelsen og revisionen i EIK Banki (Færøerne), som starter i januar 2018, og sagen mod EIK Bank Danmark starter i august 2017.¹⁸⁷

5.1.2 OW Bunker – et muligt erstatningsansvar:

OW Bunker blev erklæret konkurs cirka 7 måneder efter børsnoteringen. Ledelsen måtte berette om et tab på 750 millioner kroner, og et datterselskab i Singapore Dynamic Oil Trading Pre. Ltd., herefter DOT, havde yderligere tabt cirka én milliard kroner på grund af fejlslagen spekulation. Bag ved børsnoteringen var en svensk kapitalfond Altor, som i et par år forinden havde forsøgt at sælge OW Bunker uden held. Der var flere ting ved konkursen, som ifølge en advokatrapport udarbejdet af en ad hoc kurator kunne vække mistanke, herunder særligt forholdet til en af OW Bunkers største klienter Tankoil.¹⁸⁸

Det er anført i rapporten, at Tankoil ikke kunne betale af på sin gæld til OW Bunker, men at OW Bunker fortsatte med at sælge olie til Tankoil. I slutningen af 2013 havde Tankoil en forfalden gæld til OW bunker på 343 millioner kr., som blev ved med at vokse i 2014.¹⁸⁹ Det er forklaret i børsprospektet, at der har været betydelige risici ved OW Bunkers forretning, men at disse risici

¹⁸⁶Palsgaard, 26.04.2016

¹⁸⁷ Werlauff, RR 2015.12, s. 44 ff.; <https://www.finansiellstabilitet.dk/Default.aspx?ID=1855>

¹⁸⁸ Friis, Historien om et krak, 09.01.2016

¹⁸⁹ Ibid.

skulle kontrolleres igennem risikostyring, forsikring af tilgodehavender eller levering til kreditværdige kunder.¹⁹⁰

Uden at behandle spørgsmålet om prospektansvaret nærmere, da det ligger uden for rammerne af denne afhandling, vil jeg forsøge at knytte enkelte kommentarer til bestyrelsesansvaret i OW Bunker. Den undersøgelse, som skal foretages, minder en del om analysen i afsnittet 3.3.3, da der skal tages udgangspunkt i, om bestyrelsen har ført et tilstrækkelig tilsyn med selskabets forhold, og om bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisering af selskabet, herunder sikret den tilsagte politik for risikostyring.¹⁹¹

Ad hoc kurator har i advokatrappen anført, at enkelte af medlemmerne i bestyrelsen i forbindelse med gennemførte udlodninger, aflæggelse af årsrapport og koncernregnskab for 2013 og udfærdigelse af børsprospektet burde have været bekendt med de risici, som knyttede sig til de af selskabet foretagne spekulationer, og at medlemmerne burde have reageret på et tidligere tidspunkt, end de gjorde.¹⁹²

OW Bunker havde endvidere nedsat et revisionsudvalg d. 17. marts 2014, hvori den samlede bestyrelse skulle deltage.¹⁹³ Formålet med at nedsætte et revisionsudvalg var ifølge børsprospektet, at ”*revisionsudvalget vurderer den eksterne regnskabsaflæggelse, hensigtsmæssigheden af den valgte regnskabspraksis og de væsentligste regnskabsprincipper samt de interne kontrolsystemer og risikotypen*”.¹⁹⁴ Der blev imidlertid ikke afholdt møder mellem nedsættelsen af revisionsudvalget og indtil selskabets konkurs d. 7. november 2014.¹⁹⁵

Ifølge ad hoc kurator forelå der forhold, som revisionsudvalget burde have behandlet, men som ikke blev behandlet af udvalget eller bestyrelsen. Disse forhold var blandt andet selskabets interne kontroller og forretningsgange, den markante divergens mellem udviklingen i koncernens resultater i relation til salg af brændstof i almindelighed og væksten i de finansielle indtægter fra DOT m.v. Havde revisionsudvalget eller bestyrelsen gjort dette, ville konkrete forhold ifølge kurator have været

¹⁹⁰ Werlauff, 10.11.2014

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Advokatrappen for OW Bunker, s. 395

¹⁹³ Ibid., s. 395

¹⁹⁴ Børsprospekt (OWB), s. 134; Advokatrappen for OW Bunker, s. 358

¹⁹⁵ Advokatrappen for OW Bunker, s. 396

opdaget.¹⁹⁶ Som et eksempel havde bestyrelsen kunnet have reduceret tabet, hvis den forud for konkursen havde standset samhandlen mellem Tankoil og DOT.¹⁹⁷

Det kritisable forhold, at der ikke blev holdt ét møde i løbet af 8 måneder, kan imidlertid ikke i sig selv begrunde et erstatningsansvar. Det afgørende må være, om det forhold, at bestyrelsen ikke har behandlet materialet, har resulteret i et tab, jf. betragtningen i Capinordic. Der skal i denne kausalitetsvurdering kunne bevises, at bestyrelsen ud fra deres forudsætninger ville have opdaget forholdet ved at gennemgå materialet.

Det er endvidere bemærket, at bestyrelsen i det mindste burde have sikret forsvarlige forretningsgange og interne kontroller i forhold til OW Bunker koncernens spekulation med oliederivater.¹⁹⁸ Med hensyn til den manglende risikostyring kan det anføres, at bestyrelsen har en pligt til at holde sig til selskabets overordnede risikoprofil, herunder kreditpolitik, som en del af ”forretningsmodellen” og til at påse, at den daglige ledelse efterlever bestyrelsens politikker og beslutninger også i den henseende. Det gælder særdeles, hvor der er tale om virksomheder, der som finansielle virksomheder har kreditgivning som væsentlig del af deres forretning, og for virksomheder der som OW Bunker løbende har store tilgodehavender og store forpligtelser i volatile markeder, herunder for så vidt angår forskellige, fremmede valutaer, som en integreret eller uundgåelig del af deres forretning. Det er således tale om en forretningsmodel, der i særlig stor grad har krævet fastlæggelse af interne kontroller.

Ledelsesansvarssagen mod OW Bunker skal bedømmes ud fra SL. Det kan have den betydning, at SL § 115, stk. 1, nr. 2, vil blive anvendt, hvis det gøres gældende, at bestyrelsen ikke har sikret forsvarlige forretningsgange og interne kontroller som et led i deres risikostyring. Det er relevant i forhold til afhandlingens undersøgelse af præciseringen af bestyrelsens pligter, eftersom begrebet risikostyring og interne kontroller ikke er nævnt eksplicit i den tidligere bestemmelse i ASL § 54, stk. 3. Kodificeringen i SL § 115, stk. 1, nr. 2 har medført, at der nu findes en lovbestemmelse, hvilket rangere højere retskildemæssigt end retspraksis. Det har endvidere medført en præcisering af forpligtelsen, hvilket har resulteret i, at domstolene, ved vurderingen af om bestyrelsen har sikret de

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid., s. 397

¹⁹⁸ Ibid.

fornødne procedure for risikostyring og interne kontroller, har et mere solidt grundlag for ansvarsbedømmelsen.

Sammenfattende kan det om et erstatningsansvar i OW Bunker konkluderes, at der ved domsprøvelsen skal tages stilling til kausaliteten i mellem det forhold, at revisionsudvalget (som hele bestyrelsen var en del af) ikke har taget stilling til et antal konkrete forhold, da bestyrelsen ved en korrekt behandling af disse forhold, herunder risikostyringen, ville have haft mulighed for at begrænse tabet. I forhold til analysen af, om den øgede regulering på området har medført en skærpelse inden for rammerne af culpanormen, kan det overvejes, hvilken betydning det vil have for ansvarssagen i OW Bunker. Det er anført i advokatrappen, at bestyrelsen ikke har sikret forsvarlige forretningsgange og interne kontroller i forhold til koncernens spekulation med oliederivater. Det kan få en konkret betydning for ansvarsbedømmelsen, at bestyrelsen nu har en udtrykkelig pligt til at påse, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. SL § 115, stk. 1, nr. 2, i modsætning til den tidligere gældende bestemmelse i ASL § 54, stk. 3. Hvis retten finder, at bestyrelsen har forsømt sin pligt hertil, vil bestyrelsen blive fundet erstatningsansvarlig, jf. SL § 361.

6 Konklusion:

Det kan konkluderes ud fra afsnit 2.1, at SL § 115 er mere konkret og præcis end den tidligere gældende bestemmelse i ASL § 54, stk. 3. Der er med SL §§ 115, stk. 1, nr. 5, 119 og 179, stk. 2, kommet et øget fokus på selskabets kapitalforhold. SL § 130, stk. 2, indeholder, modsat den tidligere bestemmelse i aktieselskabslovens § 56, stk. 7, en række temaer, som bestyrelsen i alle former for kapitalselskaber bør overveje at medtage i sin forretningsorden, herunder bestemmelser som påmindelse medlemmerne i bestyrelsen om, at de har en aktiv handlepligt. SL § 361 er en materiel videreførelse af de tidligere gældende regler, og bestemmelsen er fortsat en henvisning til culpanormen.

Det kan ses ud fra afsnit 2.2, at der er sket en øget regulering af bestyrelshvervet som følge af udviklingen af corporate governance i form af anbefalingerne for god selskabsledelse, som de børsnoterede selskaber skal forholde sig til. Anbefalingerne kan anvendes som inspiration til bestyrelsesmedlemmerne i unoterede kapitalselskaber, da formålet med anbefalingerne er værdiskabelse og at lede selskabet på den bedst mulige måde.

På baggrund af afsnit 3.2.1 kan det konkluderes, at reguleringen af bestyrelsens opgaver og pligter i SL har resulteret i en skærpelse af bestyrelsesansvaret inden for rammerne af culpanormen. Præciseringen af bestyrelsens pligter kan virke normudfyldende, samtidig med at domstolene har et mere solidt grundlag for deres ansvarsbedømmelse.

Det kan konkluderes ud fra afsnit 3.2.2, at hvis anbefalingerne for god selskabsledelse bliver inddraget i culpabedømmelsen, kan de på samme måde som de lovgivningsmæssige tiltag, bidrage til en skærpelse af ansvaret. En manglende efterlevelse af anbefalingerne kan i et vist omfang indirekte sanktioneres ved at anvende den almindelige culpabetragtning, da der i ansvarsvurderingen af et bestyrelsesmedlem skal sammenlignes med det almindelig gode bestyrelsesmedlem.

Det har på baggrund af analysen af retspraksis i afsnit 3.3 været muligt at udlede styrende hensyn og principper i ansvarsbedømmelsen. Det kan udledes af afsnit 3.3.2 om ansvarsnormen, at det ikke er nok til at ifalde et erstatningsansvar, at bestyrelsesmedlemmet har overtrådt reglerne i selskabsloven, forretningsordenen eller vedtægterne. Det er endvidere et krav, at de øvrige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. Det kan udledes af afsnit 3.3.3, at bestyrelsen skal sikre en forsvarlig

organisering af og føre tilsyn med selskabet. Hvad der nærmere skal forstås ved en forsvarlig organisering, og i hvilken grad bestyrelsen skal føre tilsyn, afhænger imidlertid konkret af selskabets forretningsmodel og størrelse. Det kan konkluderes på baggrund af afsnit 3.3.4, at domstolene foretager en grundig prøvelse af bestyrelsens beslutningsgrundlag. Det kan imidlertid ikke udledes, om der objektivt set er sket en skærpelse af kravet til bestyrelsens beslutningsgrundlag. I forhold til afsnit 3.3.5 om det forretningsmæssige skøn viser praksis, at domstolene prøver det forretningsmæssige skøn. Domstolene er imidlertid påpasselige med at tilsidesætte skønnet, medmindre bestyrelsen har skønnet åbenlyst forkert. Domstolene vil formentlig hellere prøve bestyrelsens beslutningsgrundlag end at tilsidesætte beslutningen truffet af bestyrelsen. Ud fra afsnit 3.3.6 om nødlidende selskaber kan det konkluderes, at passagen ud over håbløshedstidspunktet skal anvendes som grundlag for culpabedømmelsen og erstatningsudmålingen. Bestyrelsen vil som udgangspunkt ikke ifalde et ansvar, hvis der har været konkrete holdepunkter for, at en fortsættelse af driften i selskabet har været mulig. I forhold til afsnit 3.3.7 om individuelle undskyldningsgrunde viser afsnittet, at der er en tendens i praksis til, at domstolene accepterer individuelle undskyldningsgrunde, herunder enkeltstående fejl. Den begåede overtrædelse skal vurderes i et helhedsperspektiv ud fra alle relevante omstændigheder, men domstolene har frikendt på trods af ikke uvæsentlige fejl.

På trods af at bestyrelsesansvaret er blevet skærpet inden for rammerne af culpanormen, som det er fastslået i afsnit 3.2, har dette endnu ikke tydeligt vist sig i retspraksis som gennemgået i afsnit 3.3. Det er svært entydigt at svare på, om der er sket en skærpelse af bestyrelsesansvaret i retspraksis, da dommene er meget få, og de konkrete omstændigheder i dommene er vidt forskellige.

Det kan på baggrund af afsnit 4 konkluderes, at der er flere tendenser, der taler for, at bestyrelsesansvaret kan udvikle sig til et professionsansvar. Eksempelvis kan nævnes objektiviseringen af kravene til udførelsen af bestyrelshvervet gennem den øgede regulering i lovgivningen og soft law. Der er endvidere en udvikling af ledelsesansvarsforsikringer på området, og der er et større tilbud af ledelsesuddannelser. Hvis bestyrelsesansvaret skulle udvikle sig til et professionsansvar, ville det formentlig have den konsekvens, at kun professionelle personer ville varetage bestyrelsesposter, eftersom almindelige personer ville være bange for ansvaret. Det synes problematisk med en sådan retstilstand, da det ville gøre det svært at rekruttere bestyrelsesmedlemmer til mindre selskaber. Det er endvidere vanskeligt at underkaste bestyrelsen i et kapitalselskab et

professionsansvar, da bestyrelsen ofte vil være bestående af personer med forskellige personlige og faglige kompetencer. Det synes derfor formålstjenstligt med en fleksibel ansvarsnorm, hvor der kan tages hensyn til de enkeltes individuelle kompetencer. Det synes således ikke ønskeligt eller sandsynligt, at bestyrelsen i et kapitalselskab i fremtiden vil blive underkastet et professionsansvar. Bestyrelsesansvaret vil formentlig fortsat blive bedømt efter den almindelige culpanorm i fremtiden.

I forhold til afsnit 5 om bestyrelsesansvaret i et fremtidsperspektiv kan det konkluderes, at der er et stigende antal ansvarssager, herunder særligt i pengeinstitutter som følge af finanskrisen. I forhold til OW Bunker kan det fastslås, at præciseringen af bestyrelsens opgaver og pligter i SL kan få betydning ved bedømmelsen af, om bestyrelsen har sikret de fornødne procedurer for interne kontroller og risikostyring, da der nu findes en bestemmelse, som konkret fastsætter indholdet af forpligtelsen.

7 Abstract:

The purpose of this thesis is to analyse whether the liability of the board of directors in limited liability companies has become stricter as a result of increased regulation on the area. Furthermore, it seeks to determine the expected development of board member liability.

First, the thesis accounts for legislative changes that have been made to the Danish Act on Public and Private Limited Companies. It finds that the changes have tightened and clarified the duties of board members. Additionally, the principles of corporate governance and the Danish Code of Corporate Governance have been accounted for. It finds that listed companies should adhere to regulation by using the “comply or explain”-rule, and that non-listed companies might use such regulations as guidelines.

Second, the thesis analyses how the legislative changes made to the Danish Act on Public and Private Limited Companies and the Danish Code of Corporate Governance affect the liability of the board members in limited liability companies. The thesis finds that liability has become stricter within the scope of the culpa rule, since the legislative changes in more detail express the duties of the board members, thus increasing the expectations of board members’ performance and providing the judges with a stronger foundation for the liability assessment. Furthermore, the thesis investigates a selection of relevant Danish case law on the liability of board members in limited liability companies. Contrary to the legislative changes, the thesis finds that it is not possible to see a stricter liability assessment in case law, since the facts of the cases differ very much.

Third, it addresses and discusses the expected development of board members’ liability. The reason to assume that the liability might develop further is due to an increase in regulation and soft law, liability insurance and management training. However, the thesis finds that the liability of board members in non-listed companies cannot be subject to liability assessment based on professional standards as most board members are too different to compare to one professional standard.

Finally, the thesis shortly introduces a few upcoming cases. It then concludes by analysing board member liability in OW Bunker and explains how the legislative changes presumably are going to affect the liability assessment in the case.

8 Litteraturliste:

8.1 Lovgivning:

Lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber (LBKG 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber ”*Selskabsloven*”)

LFF 2009-03-25 nr. 170 Aktie- og anpartsselskaber – Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven).

KBET 2008 nr. 1498, Betænkning om modernisering af selskabsretten

LBKG 2006-06-15 nr. 649, Lovbekendtgørelse om aktieselskaber

LBKG 1993-07-19 nr. 616, Lovbekendtgørelse om aktieselskaber

LFF 1992-10-28 nr. 61 – Forslag til lov om ændring af lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber og lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v. (Forenkling og fremtidstilpasning).

8.2 Domme:

U1974.1005H (Tjæreborg Huse)

U1977.274H (Havemann)

U1979.777V (Padborg Koloniallager)

U1981.973H (Røde vejmølle)

U1995.43H (Bredtoft)

U1998.1137H (Fodboldklubben)

U2002.2067H (Hafnia)

U2003.317H (Krepco)

U2006.243H (Mindship)

U2006.2637H (AOF)

U2007.497H (Calypso)

U2013.1312H (Grundejerforeningen)

U2014.345H (Inuit Service Company)

U2015.257V (Scanax International A/S)

U2015.2075H (Memory Card T)

U2015.2219H (FC-Nordsjælland)

Afgørelser uden UfR nummer:

Højesterets dom afsagt d. 11. februar 2016 ”Køhlendorf-sagen”

Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, ”Capinordic”

8.3 Anbefalinger og rapporter:

Anbefalinger for god selskabsledelse, Komitéen for god Selskabsledelse maj 2013, senest opdateret november 2014

Halling-Overgaard, Søren ”ad hoc kurator”: *Redegørelse til kreditorerne i OW Bunker koncernens konkursboer vedrørende undersøgelse af mulige ansvarsmæssige forhold*

8.4 Bøger:

Bergenser, Søren: *Tilsynsrådet erstatningsansvar*, 1. udgave, Karnov Group, 2012

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Eyben, Bo Von & Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

Gomard, Bernhard & Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde*, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

Krüger Andersen, Paul: *Aktie- og Anpartsselskabsret*, 12. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013

Munk-Hansen, Carsten: *Retstens grund*, 1. udgave, Aalborg Universitetsforlag, 2010

Sofsrud, Thorbjørn: *Bestyrelsens beslutning og ansvar, Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, 1. udgave, Greens Jura, 1999

Stubkjær Andersen, Klaus: *Ledelsesansvar og Ledelsesansvarsforsikring*, 1. udgave, Karnov Group, 2011

Werlauff, Erik: *Selskabsret*”, 9. udgave, Karnov Group, 2013

Werlauff, Erik & Peer Schaumburg-Müller: *”Selskabsloven med kommentarer*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

8.5 Artikler:

Borch, Ole & Torben Vistisen, *30 år efter Havemann*, ET 2007, s. 237 ff.

Bøggild, Frank & Kolja Staunstrup, *Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar*, RR 2015.12, s. 36 ff.

Friis, Lasse & Birgitte Erhardtsen: *Historien om et krak*, Berlingske Business, 09.01.2016

Gomard, Bernhard: *Bestyrelsesansvar*, U1993B, s. 145 ff.

Langsted, Lars bo & Claus Berg: *Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet*, U1994B, s. 183 ff.

Lynge Andersen, Lennart & Torben Vistisen: *U2006.2637H – bestyrelsesansvar for tab lidt ved en organisations fortsatte drift forud for konkurs (AOF-sagen)*, ET 2007, s. 47 ff.

Lynge Andersen, Lennart & Torben Vistisen: *U2006.243H - Direktions- og bestyrelsesansvar for tab lidt ved en fonds drift af restaurant ("mindshipsagen")*, ET 2006, s. 231 ff.

Palsgaard, Carsten: *Ledelsesansvar i selskaber III*, 26.04.2016

Phillip, Marianne: *Corporate Governance anno 2013 – Nye anbefalinger for god selskabsledelse*, RR 2013.07, s. 37 ff.

Rose, Casper: *Corporate governance i danske børsnoterede selskaber*, RR 2010.12, s. 46 ff.

Stubkjær Andersen, Claus: *Corporate governance og ledelsesansvar*, RR 2004.02, s. 6 ff.

Werlauff, Erik: *Capinordic-dommen – første dom om ledelsesansvar efter finanskrisen*, RR 2015.12, s. 44 ff.

Werlauff, Erik: *OW Bunker – hvad skal der til, for at der foreligger ansvar?* WERLAUFF Publishing, 10.11.2014

Werlauff, Erik: *Selskaberstatningsrettens "tilpasningspunkt"*, U2015B, s. 244 ff.

8.6 Andet:

OW Bunker A/S, Børsprospekt, 18 marts 2014

Finansiel Stabilitets hjemmeside, <https://www.finansielstabilitet.dk/Default.aspx?ID=1855>, d. 23. maj 2016. (Om berømmelse af banksagerne)