



AALBORG UNIVERSITET

Det forretningsmæssige skøns betydning for bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar ved fortsat drift af et kapitalselskab i økonomisk krise

Christina Gadegaard Lind
Kandidatafhandling, Juridisk Institut, Aalborg Universitet

Titelblad

Uddannelse:	Cand.jur., Aalborg Universitet
Vejleder:	Anders Ørgaard, professor, ph.d.
Titel (Dansk):	Det forretningsmæssige skøns betydning for bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar ved fortsat drift af et kapitalselskab i økonomisk krise
Titel (Engelsk):	The Business Judgment Rule's impact on the Board of Directors' liability for ongoing operation of a limited liability company in financial crisis.
Retsområde:	Selskabsret og erhvervserstatning
Omfang:	116.776 anslag (48,7 normalsider)
Afleveringsdato:	10. maj 2017

Indholdsfortegnelse

1.1 Emne.....	5
1.2 Afgrænsning	5
1.3 Metode.....	5
1.4 Kilde	6
1.5 Fremstilling.....	7
2. Kapitalselskabet	9
2.1 Selskabsloven.....	9
2.2 Kapitalselskabet	11
3. Ansvarsgrundlaget.....	13
3.1 Erstatningsretlige ansvarsgrundlag	13
3.1.1 Culpa	13
3.1.2 Professionsansvar.....	14
3.2 Selskabsretlige ansvarsgrundlag	15
3.2.1 Corporate Governance	16
4. Bestyrelsesansvaret	18
4.1 Generelle anskuelser	19
4.2 Forsvarligt kapitalberedskab.....	24
4.3 Håbløshedstidpunktet.....	26
4.4. Det forretningsmæssige skøn	28
5. Det forretningsmæssige skøns betydning for bestyrelsesansvaret ved fortsat drift af et selskab i økonomisk krise	31
5.1 Fortsat drift	31
5.2 Selskabets risikoprofil.....	36
5.3 Ledelsens loyale forretningshensyn.....	41
5.4 Uforsvarlig drift	43
5.5 Sammenfatning.....	46
6. Konklusion	49
7. Abstract.....	51
8. Indholdsfortegnelse.....	52

1. Indledning

I gennem det seneste halve århundrede har bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar været genstand for tilbagevendende diskussion i medierne såvel som på lovgivende niveau. Nordisk Fjer, Hafnia, efterdønningerne af den finansielle krise i 2008 og senest den overraskende konkurs af OW Bunker i efteråret 2014 har dannet rammen om nogle af de største danske erhvervsskandaler i nyere tid. Tilbage står konkursboet, kreditorer, aktionærer samt medarbejdere med et ønske om at få erstattet deres tab som følge heraf. Talionsprincippet med "øje for øje, tand for tand.." er for længst erstattet af et bodssystem, hvor culpa danner udgangspunktet for erstatningsretten i dag. Spørgsmålet der ofte bliver stillet i kølvandet af sådanne erhvervsskandaler er, hvorvidt denne regel er fyldestgørende og om, hvorvidt ansvaret bør skærpes.

På baggrund af Bet. 1498 af 2008 blev lov nr. 470 af 12. juni 2009 aktie- og anpartsselskabsloven vedtaget.¹ Selskabsloven udgør den mest omfattende reform af det selskabsretlige område siden 1973, hvor hensigten har været at forenkle reglerne samt modernisere lovgivningen, således at administrative byrder for virksomheder fjernes så længe, dette ikke ville gå ud over beskyttelsen af kreditorer samt aktionærer. En forenkling af de selskabsretlige regler har medført større handlefrihed for ledelsen af det pågældende selskab og dermed også en øget mulighed for at ifalde ansvar, hvilket har nødvendiggjort, at ledelsens handlingspligt præciseres².

Dr. Jur. Werlauff antager, at der i fremtiden vil forekomme en specialisering af bestyrelsesansvaret set i lyset af den seneste selskabsreform, hvilket kan få betydning for ansvarsbedømmelsen af bestyrelsen i fremtiden.³ Dette skal særligt tages i betragtning, hvor det efter den nye reform er gjort muligt at anvende en tostrengt ledelsesform med et tilsynsråd, som bl.a. er særligt udbredt i Tyskland.

Men er det nuværende princip i selskabsretten om "frihed under ansvar" fyldestgørende, og hvad kan der forventes af en bestyrelse anno 2017, når et selskab er i økonomisk krise?

¹ Herefter omtalt som "Selskabsloven".

² Bet. 1498 af 2008, s. 41.

³ Werlauff; "Bestyrelsens arbejde og ansvar", s. 13.

1.1 Emne

Afhandlingen tilsigter at belyse bestyrelsens forretningsmæssige skøn for fortsat drift af et kapital-selskab i økonomiske vanskeligheder, og hvilken betydningen dette skøn har for ansvarsnormen.

1.2 Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i bestyrelsens beslutning om at fortsætte et nødlidende selskab ud fra et forretningsmæssigt skøn.

På baggrund heraf vil erstatningsansvarsgrundlaget naturligt indgå i vurderingen. Dog tilsigter af-handlingen ikke at belyse selve bestyrelsesansvaret i sin helhed

Problemformuleringen tager udgangspunkt i det forretningsmæssige skøns betydning i en konkret situation omhandlende standsningstidspunktet, hvorfor bestyrelsens andre dispositionsmuligheder i relation til det forretningsmæssige skøn undlades.

Grundsætningen stammer fra amerikansk ret, hvor begrebet er yderst anvendt i retspraksis. På trods heraf tager afhandlingen sit afsæt i dansk ret, hvor dansk retspraksis alene vil danne grundlag for en analyse.

1.3 Metode

Afhandlingens formål er at beskrive retstilstanden for erstatningsansvaret for bestyrelsesmedlemmer, hvorfor den retsdogmatiske metode vil blive anvendt. Den retsdogmatiske metode går i sin enkelthed ud på at beskrive eller analysere *de lege lata* på et givent område.⁴ Som udgangspunkt udgør retsdogmatikken en objektiv fremstilling af gældende ret, modsat *de lege ferenda*, hvor man ud fra retspolitisk metode vil tilvejebringe subjektive synspunkter i sin analyse. Retsdogmatisk metode er stærkt repræsenteret i den juridiske litteratur, dog kan denne også byde på udfordringer, idet metoden tager udgangspunkt i retskilder, der tidligere er underlagt subjektiv behandling af de tidli-

⁴ Munk-Hansen; Retsvidenskabsteori, s. 202.

gere forfatter(e), hvor disse har måtte foretage (fra)valg af kildemateriale til at belyse et givent rets-område, hvorfor objektiviteten derfor ikke kan garanteres. På baggrund heraf kan man betegne den retsdogmatiske metode som værende en skabende proces til trods for, at denne ikke frembringer noget nyt.⁵

Objektiviteten er en målsætning i enhver videnskab, hvorfor Munk-Hansen også påpeger udfordringen hermed, idet forfatteren modsat fx i naturvidenskaben ikke kan synliggøre sin objektivitet.⁶

For at synliggøre objektiviteten mest muligt, er det nødvendigt at angive samt præcisere de kilder, der er lagt til grund for fremstillingen.⁷

1.4 Kilde

Til brug for den juridiske argumentation fastlægges de retskilder, der lægges til grund. Det er i den forbindelse nødvendigt at iagttage den retlige trinfølge samt forholde sig til retskildeværdien heraf. En retskildes karakteristika er, at denne indeholder en information, der er af normativ karakter. Som det fremgår af ordet, vedrører en retskilde noget, der er retligt reguleret, der kan anvendes til at tage stilling til et retligt problem. Dette udgør et redskab for juristen i forbindelse med at definere *de lege lata* på et givent retsområde. Oftest udgør en enkelt retskilde ikke tilstrækkelig grundlag herfor, hvorfor der ofte kumuleret benyttes flere retskilder for at danne en helhed som argumentation. Retskilderne udgør et fundament for, at et givent retligt området bliver underlagt en ensartet behandling.⁸

Retskilder kan inddeles i typer såsom:

- retsforskrifter
- forarbejder
- retspraksis
- juridisk litteratur
- *soft law*

⁵ Blume; Retssystemet og juridisk metode, s. 66.

⁶ Munk-Hansen; Retsvidenskabsteori, s. 209-210.

⁷ Munk-Hansen; Retsvidenskabsteori, s. 210.

⁸ Bluhme; Retssystemet og metode, s. 155.

I forbindelse med brugen af retskilder, er det nødvendigt at forholde sig til retskildeværdien af disse. Uagtet den retlige trinfølge er det dog den konkrete juridiske problemstilling, der danner rammen for, hvilke retskilder der hensigtsmæssigt kan anvendes, hvorfor en konkret grundsætning for hierarki af retskilderne ikke kan fastsættes.

Til brug for nærværende afhandling vil den juridiske litteratur samt uskrevne retsgrundsætninger sammenholdt med retspraksis udgøre den primære retskilde, idet det forretningsmæssige skøn ikke er kodificeret i nuværende retsforskrifter.

Lov om aktie- og anpartsselskaber nr. 470 af 12. juni 2009 også omtalt som Selskabsloven vil som udgangspunkt udgøre den højeste retskildeværdi, dog har man fra lovgivers side ønsket at lade det forretningsmæssige skøn regulere af retspraksis, hvorfor domsafsigelse skal anses for havende større retskildeværdi i nærværende afhandling.⁹

Området er ydermere underlagt soft law, der ikke er retligt bindende. Disse regler kan dog have en normdannende indflydelse på ansvarsvurderingen, hvorfor de skal anses som havende en vis omend mindre retskildeværdi end egentlig hard law/retsforskrifter. Som juridisk argumentation vil retspraksis fra før såvel som efter selskabsreformen indgå i tilfælde, hvor disse til stadighed vil anses som havende præjudikatværdi. Som udgangspunkt træffer domstolene afgørelse i konkrete sager, hvorfor en domsafsigelse per automatik ikke har et præjudikat. Hvorvidt retspraksis har præjudikatværdi skal vurderes ud fra domstolenes præmisser. Ud fra formulering af disse kan der fastlægges mere principielle eller generelle grundsætninger, der kan anvendes til at belyse *de lege lata*.¹⁰ Retsspraksis samt juridisk litteratur, der angår direktionens samt tilsynsrådets ansvar vil ligeledes blive anvendt, hvor dette ud fra en analogisk fortolkning vil indgå til at belyse bestyrelsesansvaret.

1.5 Fremstilling

Kapitel 1 fremlægger afhandlingens emne, metodevalg såvel som kildefremstilling.

⁹ "Gældende ret om ledelsens ansvar for uforsvarlig drift må fastlægges ved at analysere. domstolenes praksis"; Bet. 1498 af 2008, s. 37.

¹⁰ Bluhme; Retssystemet og juridisk metode, s. 239.

Kapitel 2 indeholder en fremstilling af den seneste Selskabslov samt en kort definition af et kapital-selskab.

Kapitel 3 belyser ansvarsnormen, hvor culpaansvaret sammenholdes med professionsansvaret. Ydermere skelnes der mellem det erstatningsretlige grundlag og selskabsretlige ansvar hjemlet i Selskabslovens § 361 set i lyset af corporate governance reglerne.

Kapitel 4 fremlægger en nærmere fremstilling af selve bestyrelsesansvaret, hvor elementer til vurderingen af et bestyrelsesmedlem inddrages. I forbindelse hermed belyses kravet om forsvarligt kapitalberedskab. Håbløshedstidspunktet såvel som The Business Judgment Rule/det forretningsmæssige skøn bliver ligeledes defineret.

Kapitel 5 indeholder en nærmere analyse af det forretningsmæssige skøns betydning for bestyrelsesansvaret ved fortsat drift af et selskab i økonomisk krise. I analysen bliver den *fortsatte drift, selskabets risikoprofil, ledelsens loyale forretningshensyn samt uforsvarlig drift* sammenholdt med retspraksis, forarbejder såvel som juridisk litteratur samt juridisk teori. Slutteligt indeholder dette kapitel en sammenfatning.

Kapitel 6 fremlægger konklusionen.

Kapitel 7 indeholder et engelsk resumé af afhandlingens hovedpunkter.

Kapitel 8 indeholder litteraturliste.

2. Kapitalselskabet

2.1 Selskabsloven

Lov om aktie- og anpartsselskaber (herefter omtalt som Selskabsloven) danner rammen for bestyrelsesmedlemmers handlepligter samt ansvar. Som tidligere beskrevet blev det selskabsretlige område underlagt en større reform i 2009, der til stadighed udgør den største modernisering af selskabsretten siden 1973. Selskabsloven blev til på baggrund af Bet. 1498 af 2008 udført af Udvalget til Modernisering af Selskabsloven (fremadrettet betegnet som "Moderniseringsudvalget"), der blev nedsat i 2006 af økonomi- og erhvervsministeren.¹¹

Reformen blev en realitet på baggrund af L 170 af 25. marts 2009. Ganske kort beskrevet har reformen medført en sammenlægning af aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven. Samtidig er der sket en forenkling af selskabernes rammevilkår, der har til hensigt at gøre selskaberne internationalt konkurrencedygtige. Dette ses bl.a. ved en liberalisering af kapitalkravet til kapitalselskabet samt forbuddet mod selvfinansiering. Ligeledes er anvendelse af fremmedsprog på generalforsamling samt bestyrelsesniveau også blevet muligt. Ydermere er det efter inspiration fra især Tyskland blevet en mulighed med en to-strengt ledelse, hvor der nu kan anvendes en direktion og der til hørende tilsynsråd.¹²

I Bet. 1498 af 2008 har Moderniseringsudvalget forholdt sig til ledelsens erstatningsansvar herunder bestyrelsesansvaret. Eftersom Moderniseringsudvalgets betragtninger mere eller mindre videreføres som helhed i reformen, må disse anses som havende retskildemæssig værdi, når bestyrelsesansvaret efter den nyere reform skal analyseres.

Forud for ansvarsbetragtningerne angående reformen, fik udvalget defineret lege lata som værende den almindelige culpanorm på baggrund af omfangsrig domspraksis. Det anførtes i den forbindelse, at det for udvalget fremstod, at domstolene har udvist tilbageholdenhed med at vurdere hvorledes det forretningsmæssige skøn har været hensigtsmæssigt eller ej fra ledelsens side så længe, dette var foretaget i selskabets interesse. Det blev derfor antaget, at bestyrelsen havde en betragtelig margin

¹¹ Bet. 1498 af 2008, s. 15.

¹² Werlauff; Selskabsret, s. 40-42.

for fejlskøn uden at ifalde ansvar, så længe bestyrelsen ikke havde udvist passivitet og ikke havde indhentet fornøden information til at foretage dette. Ligeledes var aktive tiltag, hvor ledelsen forsøgte at vende en negativ udvikling for et selskab ikke ansvarspådragende så længe, at *håbløshedstidspunktet* blev iagttaget.¹³

Det blev i betænkningen gjort klart, at udvalget havde en intention om at harmonere den øgede frihed med en præcisering af handlemuligheder samt pligter for ledelsen, således at tilliden til selskaberne bibeholdes trods liberaliseringen af lovgivningen. Det blev i den forbindelse overvejet, hvorvidt ansvaret samt bevisreglerne skulle skærpes.¹⁴ Ansvarsbetragtningerne blev således delt i tre delspørgsmål, hvor selve ansvarsstandard blev vurderet samt bevisreglerne og handlepligter blev defineret.

På baggrund af retspraksis blev gældende ret forud for reformen anset som værende hensigtsmæssig, hvorfor den almindelige culpanorm til stadighed bør gælde. Der var i den forbindelse blevet diskuteret, hvorvidt et professionsansvar bør anvendes, hvor der er tale om professionelle samt ikke-professionelle ledelsesmedlemmer. Dette afvises. Til gengæld skulle bestyrelsesmedlemmers handlepligter præciseres samt tydeliggøres i lovgivningen. Ligeledes bemærkede udvalget, at der indirekte var foretaget en skærpelse af ansvaret, da man i kølvandet på liberalisering af reglerne også øgede handlemulighederne for bestyrelsen, der i den forbindelse muliggjorde at foretage flere skøn, hvorfor muligheden for at ifalde ansvar derved blev øget. Udgangspunktet i culpanormen er ensartet standard for samtlige bestyrelsesmedlemmer. Udvalget henviste i den forbindelse til domstolens anvendelse af lempelsesreglerne i den daværende aktieselskabslov § 143 stk. 1 samt anpartsselskabsloven § 80d stk. 1 ud fra et rimelighedssynspunkt som ville blive videreført i den nye selskabsloven.¹⁵

Moderniseringsudvalget vurderede i sin betænkning, at de forhenværende regler med hensyn til den ligefremme bevisbyrde burde bibeholdes, selvom det blev diskuteret, hvorvidt *præsumptionsansvaret* også nævnt som den omvendte bevisbyrde burde indføres. Ud fra en rimelighedsgrundsætning kunne præsumptionsansvaret ifølge udvalget forsvares, dog ville denne øgede byrde muligvis afskrække ellers egnede personer til at bestride bestyrelsesposter fremadrettet, hvorfor dette tungve-

¹³ Bet. 1498 af 2008, s. 36-38.

¹⁴ Bet. 1498 af 2008, s. 39.

¹⁵ Bet. 1498 af 2008, s. 40-42.

jende argument blev taget til følge. På baggrund heraf blev der ej heller foretaget skærpelse af ansvaret i form af omvendt bevisbyrde for bestyrelsesmedlemmer.¹⁶

I forbindelse med den seneste selskabslov havde Moderniseringsudvalget til hensigt at øge handlemulighederne for bestyrelsen mest muligt, hvorfor handlepligterne samt de præceptive regler skulle defineres ud fra et minimum. Dette skulle foregå under devisen "frihed under ansvar", hvorfor kravet om kapitalberedskabet fremstod som det klart vigtigste, hvor det derefter skulle være op til det enkelte selskab at til- eller fravælge deklaratoriske regler.¹⁷

Som helhed kan det konstateres, at Moderniseringsudvalget i sin betænkning har valgt at videreføre den hidtidige ansvarsnorm uden yderligere præciseringer end rent sproglig opdatering i den nyere samlede selskabslov. Udvalget påpegede dog, at liberaliseringen af reglerne indirekte medfører en skærpelse af standarden, da muligheden for at ifalde ansvar med selskabsloven herved øges.

2.2 Kapitalselskabet

Afhandlingen tager sit afsæt i bestyrelsens arbejde og ansvar i og for et selskab, hvorfor selve selskabsbegrebet kort defineres i forbindelse hermed. Eftersom selskabsbegrebet i sig selv er et omfangsrigt studie, tager afhandlingen blot udgangspunkt i bestyrelsesansvaret for et *kapitalselskab*.

Et kapitalselskab er en juridisk person, der udgør et selvstændigt retssubjekt. Karakteristisk for et kapitalselskab hæfter kapitalejerne ikke personligt for selskabets forpligtelser jf. SL § 1 stk. 2, hvor selskabets formue til gengæld hæfter for de forpligtelser, der er indgået på dets vegne.¹⁸ På baggrund heraf omtales denne selskabsform ofte som et selskab med *begrænset hæftelse*.

Et kapitalselskab kan organiseres efter A/S- eller ApS-modellen¹⁹. A/S adskiller sig fra ApS ved, at det kan udbyde kapitalandele af selskabet til offentligheden jf. SL § 1 stk. 3. Dette hjemler mulighed for at fremskaffe yderligere kapital til selskabet qua investorer uden, at disse aktivt skal deltage

¹⁶ Bet. 1498 af 2008, s. 43.

¹⁷ Bet. 1498 af 2008, s. 39-40.

¹⁸ Friis Hansen, Krenchel, Dansk selskabsret 1, s. 137.

¹⁹ Siden 2013 er IVS (iværksætterselskabet) også blevet en mulighed som værende en variant af ApS.

i selskabets ledelse.²⁰ På baggrund heraf antages A/S-modellen som værende af en mere "professionel" karakter, der oftest bliver drevet af en professionel ledelse - heraf bestyrelse. A/S- selskabet skal som minimum have en selskabskapital på 500.000 kr. jf. SL § 4 stk. 2. En klassisk organisation af et A/S vil se således ud:

- Generalforsamlingen som værende den øverste myndighed
- Bestyrelsen der oppebærer den overordnede ledelse af selskabet
- Direktionen forestår den daglige ledelse

ApS derimod er ofte anvendt til mindre virksomheder, hvor erhvervsdrivende ønsker at beskytte sig mod personlig hæftelse. Modsat A/S kan denne selskabsform ikke lade sig notere på børsen, men kan ligesom A/S-modellen indgå som en organisationsform i koncernsammenhæng. Minimumskravet til selskabskapitalen for et ApS er 50.000 kr. jf. SL § 4 stk. 2.

²⁰ Gomard, Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber, s. 23-24.

3. Ansvarsgrundlaget

Forud for en analyse af bestyrelsesansvaret er det nødvendigt at definere de forskellige ansvarsnormer. Først og fremmest skal der skelnes mellem det *erstatningsretlige ansvarsgrundlag* og det *selskabsretlige ansvarsgrundlag*.

3.1 Erstatningsretlige ansvarsgrundlag

Det erstatningsansvarlige ansvarsgrundlag dækker over forskellige ansvarsbegreber såsom culpa, det objektive ansvar, professionsansvaret, arbejdsgiveransvaret mm. Eftersom ansvarsgrundlaget senere skal analyseres i afhandlingen, bliver der kort redegjort for culpareglen samt professionsansvaret, idet der i forbindelse med udarbejdelsen af den seneste selskabslov blev diskuteret, hvorvidt et professionsansvar ville være hensigtsmæssigt som ansvarsgrundlag²¹.

3.1.1 Culpa

Culpareglen er en uskreven erstatningsretlig grundregel ofte betegnet som værende den "almindelige" erstatningsregel. "Culpa" er den latinske betegnelse for ordet "skyld", og begrebet kan dateres tilbage til Romerriget.

Forudsætningen for at ifalde ansvar er tilregnelser i form af forsæt (*dolus*) eller uagtsomhed som henholdsvis grov uagtsomhed (*culpa lata*) eller simpel uagtsomhed (*culpa levis*).²² Culpareglen finder sin anvendelse på handling såvel som undladelse. Hvorvidt der er handlet uagtsomt eller ej skal afgøres ved sammenligning af *bonus pater familias*.²³ I forbindelse hermed skal tilregneligheden ligeledes opfyldes, hvorfor subjektive forhold såsom alder, fornuft mm. skal indgå.

Yderligere stiller culpareglen krav om årsagsforbindelse samt adækvans mellem den skadevoldende handling og skaden/tab. ²⁴

²¹ Bet. 1498 af 2008, s. 40.

²² A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, s. 9.

²³ Bo von Eyben samt Helle Isager kritiserer den klassiske opfattelse af *bonus pater familias* i Lærebog i erstatningsret, s. 64-66.

²⁴ A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, s. 29-30.

Vinding Kruse formulerer culpereglen således:

"Man er erstatningsansvarlig for den adækvate skade, man har forvoldt ved en retsstridig handling, der kan tilregnes én som forsætlig eller uagtsom, forudsat at skaden har ramt en interesse, der er værnet ved erstatningsreglerne, og at der ikke foreligger særlige subjektive undskyldningsgrunde, såsom ung alder eller manglende fornuft." ²⁵

3.1.2 Professionsansvar

Professionsansvaret er et begreb, der dækker over en graduering/differentiering af det klassiske culpaansvar, hvor handlingen ikke skal sammenholdes med den såkaldte *bonus pater familias* men derimod den branchestandard, der er gældende på et givent livsområde. Professionsnormen tager sit afsæt i de klassiske liberale erhverv såsom advokater, revisorer, ejendomsmæglere, pengeinstitutter mm. Ydermere anvendes standarden også hos erhverv med en mere håndværksmæssig karakter såsom ingeniører, tandlæger og sygeplejersker. ²⁶ Dette vil i praksis betyde, at man som advokat ikke sammenlignes med *bonus pater* men derimod den *almindelige/gennemsnitlige*²⁷ advokats udførelse af arbejde/ rådgivning på et givent område. Der gælder et princip i forskellige brancher såvel som i lovgivningen om iagttagelse af de såkaldte *god skik*-regler. Reglerne er med til at fastlægge normen for, hvad der må anses som værende forsvarlig udøvelse indenfor en specifik profession. ²⁸ Hvis disse *god skik*-regler ikke overholdes vil dette som regel i sig selv være ensbetydende med, at der er handlet culpøst, eller som minimum stærkt indikerer, at vejen til at statuere culpa er blevet "kortere".²⁹

Vibe Ulfbeck agiterer i sin "Erstatningsretlige grænseområder" for, at professionsansvaret udgør et skærpet ansvar. ³⁰ Ifølge Ulfbeck er der tale om en objektivisering af culpastandarden ved anvendelse af *god skik*-reglerne samt andre brancheregler modsat kravet om subjektiv skyld ved den klassiske culpastandard. ³¹ I den forbindelse pointerer Ulfbeck, at aktører der markedsfører sig som værende specialister indenfor en given branche skal sammenholdes med en specialismålestok eller en såkaldt *optimus vir*-standard, hvilket ydermere udgør en skærpelse af ansvaret. Dette er der dog ikke belæg for i hverken retspraksis såvel som i den juridiske litteratur. Bo von Eyben og Helle Isager

²⁵ A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, s. 30.

²⁶ Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 23-24.

²⁷ Modsat bliver *optimus vir*-standarden anvendt for læger.

²⁸ Bo von Eyben samt Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 88.

²⁹ Dog skal *god skik*-reglernes såkaldte "Schutzzweck" iagttages.

³⁰ Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 36-37.

³¹ Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 32.

modsiges denne antagelse i "Lærebog i erstatningsret" med den begrundelse, at professionsansvaret *ikke* udgør en skærpelse men derimod viser culpanormens relativitet, hvilket her vil sige, at kravene "blot" gradueres alt efter omstændighederne (kutyme, god skik-regler m.m.) inden for en branche.³² Dét faktum, at en advokat vurderes anderledes end en lægmand, er i sig selv ikke en skærpelse men derimod åbenbart i en situation, hvor advokaten fremstår som fagperson, hvor denne netop tager sig betalt for sin ekspertise.

3.2 Selskabsretlige ansvarsgrundlag

Ledelsens erstatningsgrundlag er hjemlet i SL § 361 stk. 1:

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

Selskabsloven § 361 stk. 1 kodificerer culpareglen, hvad angår stifters såvel som medlemmer af ledelsens ansvar. Der skelnes mellem ansvar for tab tilkommet selskabet (1. pkt.) og tab tilkommet kapitalejere samt tredjemænd (2. pkt.). På trods af denne præcisering i bestemmelsen har dette ikke betydning for anvendelsen af culpareglen.

SL § 361 skal sammenholdes med SL § 115 omhandlende bestyrelsens pligter samt § 111, der omhandler valg af ledelsesstruktur. Ved valget af to-strengt ledelse finder § 361 anvendelse på tilsynsrådets medlemmer, hvis opgaver er hjemlet i SL § 116.

Formuleringen af § 361 lægger op til en konkret vurdering, der skal sammenholdes med de retsgrundsætninger, der gennem mangfoldig retspraksis er opbygget. Derfor har man fra lovgivers side ikke ønsket at formulere en mere konkret bestemmelse, der kan virke indskrænkende for disse og derved ændre den ansvarsstandard, som er udviklet på området. På baggrund heraf har tidligere retspraksis på området til stadighed retskildeværdi, hvorfor tidligere domsafsigelser der i dag ligger 30 år tilbage stadig kan tillægges en vis præjudikatværdi. Den "brede" formulering af § 361 medfører dog også den svaghed, at det kan forekomme svært at definere retstilstanden på området baseret på denne ene bestemmelse. Ordet "skade" er fx. ikke nærmere defineret, og det kan derfor være

³² Bo von Eyben samt Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, s.89.

svært uden nærmere kendskab til juraen på området at vide, hvad der menes hermed. Retspraksis udgør derfor den vigtigste retskilde, hvilket et almindeligt bestyrelsesmedlem som udgangspunkt ikke vil have adgang til. På baggrund heraf kan der derfor også agiteres for, at Selskabsloven med dens nuværende udformning kan bidrage til en vis usikkerhed vedrørende de lege lata.

I sin bog "Selskabsloven med kommentarer" fremhæver Jan Schans Christensen, at § 361 ikke adskiller sig fra det almindelige culpaansvar, hvilket tydeliggøres ved, at forfatteren i forbindelse med bestemmelsen har valgt at uddybe culpadeinitionen i lyset af retspraksis på området.³³

3.2.1 Corporate Governance

Anbefalingerne for god selskabsledelse - også kaldet corporate governance reglerne supplerer den selskabsretlige regulering.

Disse anbefalinger har til formål at "understøtte værdiskabende og ansvarlig ledelse"³⁴, der skal medføre gennemsigtighed og "værdiskabelse", som vil tiltrække investeringer udefra. Corporate Governance finder sin anvendelse på selskaber, der er optaget til handel på et reguleret marked - herunder NASDAQ OMX Copenhagen A/S, hvor der foreligger det såkaldte "følg eller forklar"-princip. Dette vil i praksis betyde, at selskaberne skal forholde sig til hver enkelt anbefaling, som komitéen for god selskabsledelse har fremlagt.³⁵ Der foreligger ikke krav om, at samtlige anbefalinger skal finde anvendelse i ethvert selskab. Derimod skal selskabet begrunde, hvorfor det evt. ikke benytter sig af en specifik anbefaling og i stedet frembringe et alternativ hertil. Hensigten bag dette princip er at fremme gennemsigtigheden for eventuelle investorer, der derigennem kan få et bedre indblik i selskabets struktur samt ledelse.

Da der er tale om *soft law*, foreligger der ikke et lovbestemt krav om implementering af anbefalingerne. På trods heraf kan disse tilnærmelsesvis opnå samme retskildemæssig styrke som *hard law* jf. fondsbørsens "følg eller forklar"-princip. For unoterede selskaber finder corporate governance reglerne ligeledes anvendelse og er derfor stærkt udbredt i erhvervslivet. Udbredelsen skyldes, at disse anbefalinger ikke udgør et *minimumskrav* ligesom lovgivningen men derimod sigter efter *best*

³³ Schans Christensen, Selskabsloven med kommentarer, s. 797-808.

³⁴ Anbefalinger for god selskabsledelse, s. 3.

³⁵ Ibid.

practice, der samtidig er langt mere fleksibelt og dynamisk, da dette i langt højere grad kan tilpasse sig udviklingen indenfor selskabsretten.³⁶

De danske corporate governance regler udspringer af OECDs Principles of Corporate Governance, der første gang blev publiceret i 1999, hvilket var stærkt inspireret af ALI Principles fra 1978.

Corporate governance er normdannende for bestyrelsesarbejdet i dag, hvor flere af grundsætningerne er blevet inkorporeret som en selvfølgelighed i forbindelse med god selskabsledelse. Et eksempel herpå kan bl.a. være kravet om "The duty of care":

*" A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be the best interest of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances."*³⁷

Grundsætningen finder også sin anvendelse i dansk ret i forbindelse med bestyrelsesansvaret, hvor elementet vedrørende *god tro* også vil indgå som et moment i ansvarsvurderingen.

Derfor kan det også argumenteres for, at netop disse regler udgør en vigtig retskilde, hvis betydning er af mere indirekte karakter, idet en henvisning til disse regler i sig selv ikke vil have nogen selvstændig juridisk retlig binding. Reglerne skal derimod anses som udfyldende indikationer til, hvad der forventes af god selskabsledelse set i lyset af Selskabslovens noget bredere/ukonkrete formuleringer med hensyn til kravene vedrørende selskabsledelse.

³⁶ Anbefalinger for god selskabsledelse, s. 5.

³⁷ <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, s. 11.

4. Bestyrelsesansvaret

Tilbage i 1992 var bestyrelsesansvaret allerede inddraget i en retspolitisk diskussion om, hvorvidt bestyrelsen bør underlægges et skærpet ansvar såsom et professionsansvar. Dette kan bl.a. ses i Bet. 1229 af 1992:

"En væsentlig skærpelse af erstatningsansvaret ville formentlig føre til, at de fleste selskaber måtte tegne og bekoste en bestyrelsesansvarsforsikring, og eksistensen af ansvarsforsikring ville meget muligt, som det er sket på andre områder, motivere domstolene til at skærpe deres bedømmelser. En sådan udvikling anser panelet ikke for ønskelig.

Det er panelets opfattelse, at de fællesnordiske bestemmelser i aktieselskabsloven er en rimelig og hensigtsmæssig regulering af ledelsens beføjelser, pligter og ansvar, og panelet har derfor ikke fundet grund til at fremkomme med udkast til ændringer af disse regler."^{38 39}

Ved "fællesnordiske bestemmelser" skal culpereglen forstås. Reglen blev for første gang kodificeret i 1973 i forbindelse med udarbejdelse af Selskabsloven. Kodificeringen ændrede ikke ansvarsnormen men tjente udelukkende som "hjælp" af mere pædagogisk karakter.

Bestyrelsesansvaret blev atter behandlet i U1994B.183B udfærdiget af Claus Berg samt Lars Bo Langsted:

*"Efter vores opfattelse har der imidlertid endnu ikke været sager, der kunne illustrere et behov for en generel ansvars-skærpelse hverken for bestyrelsesmedlemmer eller andre aktører."*⁴⁰

I forlængelse heraf blev det begrundet, at lovgivningen i sig selv ikke udgjorde et problem men derimod domstolene, der viste tilbageholdenhed med at dømme bestyrelsesmedlemmerne.

Bestyrelsesmedlemmernes ansvarsgrundlag blev på ny diskuteret i betænkning 1498 af 2008:

*"Udvalgets medlemmer er opmærksomme på, at det i teorien har været diskuteret, om ledelsesansvaret bør sidestilles med et professionsansvar, hvilket i praksis vil være et udtryk for en skærpet culpanorm. Hittidig domspraksis giver ikke holdepunkter for en sådan skærpet bedømmelse af ledelsesansvaret, men medlemmer af ledelsen, som besidder særlig sagkundskab, som f.eks. advokater, vil dog typisk blive bedømt strengere på områder, hvor deres særlige viden er relevant(..). Det er udvalgets vurdering, at den gældende culpanorm og domstolenes fastlæggelse af det nærmere indhold heraf er udtryk for en hensigtsmæssig standard for ansvarsbedømmelsen."*⁴¹

³⁸ Bet. 1229 af 1992, s. 100-101.

³⁹ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 214.

⁴⁰ Berg & Langsted; U1994B.183, s. 185.

⁴¹ Bet. 1498 af 2008, s. 41.

På baggrund heraf må det derfor konkluderes, at culpanormen til stadighed udgør de lege lata, hvilket der er bred enighed om i den juridiske teori.⁴²

Bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar er som tidligere nævnt hjemlet i selskabsloven § 361 stk. 1. Bestemmelsens formulering er af en generel og ganske overordnet karakter, der igennem oparbejdet retspraksis er blevet præciseret. Culpabedømmelsen svaghed såvel som styrke består i, at de er yderst fleksibel og "tidsløs", hvilket har medført, at den har kunnet tilpasse sig samfundets udvikling, der i dag fremstår mere kompleks og krævende end 50 år tidligere. Dette kan tilskrives culpans normens relativitet. Det må generelt antages, at selve culpabedømmelsen og derved ledelsesansvaret er underlagt en mere objektiveret bedømmelse end tidligere. Dette er ikke ensbetydende med en egentlig skærpelse af ledelsesansvaret men derimod en tendens, der kan tilskrives udviklingen af et samfund, der i dag er så specialiseret, at selve bonus pater familias ej længere kan bruges som udgangspunkt.⁴³ I stedet vurderes handlinger/undladelser ud fra en objektiveret bedømmelse, der tager afsæt i, hvorvidt den udviste adfærd afviger fra det anerkendte adfærdsmønster indenfor bestyrelsesansvaret.⁴⁴

I kølvandet herpå er det derfor nærliggende at spørge sig selv, hvad der i så fald kan antages at være en korrekt/anerkendt ageren som fungerende bestyrelsesmedlem? Svaret må som udgangspunkt findes i selskabslovens § 115. Bestemmelsen oplister en række opgaver, der først og fremmest tager afsæt i "*at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation...*". På trods af en række hjemlede opgaver i bestemmelsens ordlyd, er denne stadig så overordnet formuleret, at det på baggrund heraf kan være svært at udlede, hvad der specifikt kræves af et bestyrelsesmedlem.

4.1 Generelle anskuelser

Ud fra retspraksis og den juridiske teori er der gennem tiden udledt visse grundlæggende forudsætninger, der kan tjene til formål at fastlægge, hvad der generelt kan fastlægges af krav eller forventninger til et bestyrelsesmedlem.

⁴² Schans Christensen; Selskabsloven med kommentarer, s. 797. Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 24. Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar. Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 201.

⁴³ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 201. Bo von Eyben og Helle Isager; Lærebog i erstatningsret, s. 65.

⁴⁴ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 201.

Som før nævnt i ovenstående kapitel 4, er der sket en objektiverende tendens af ledelsesansvaret. Dette kommer bl.a. til udtryk i grundsætningen, at manglende individuel formåen på et givent område ikke kan undskyldes. Dette vil i praksis betyde, at et bestyrelsesmedlem ikke kan undskylde sig med fx. manglende økonomisk forståelse i håbet om at undgå erstatningsansvar jf. U 1962.151 H⁴⁵: Her blev et andelsmejeris formand/kasserer fundet erstatningsansvarlig for en mejeribestyrers underslæb. Flertallet af landsretsdommerne udtalte: "*Han findes herefter, uanset den tillid, han måtte nære til den ældre og ansete mejeribestyrer og uanset, at han ikke kunne forudsættes at være i besiddelse af særlig regnskabskyndighed, at have gjort sig skyldig i sådanne forsømmelser, at han må være ansvarlig for det underskud, der er opstået ved mejeribestyrerens besvigelser i hele sagsøgtets funktionstid som formand og kasserer...*" Dette blev af Højesteret stadfæstet.

Det kan af dommen udledes, at et bestyrelsesmedlem må reflektere over, hvorvidt vedkommende besidder den fornødne viden til at bestride den pågældende bestyrelsespost forud for indtrædelse. I relation hertil må det derfor også antages, at et bestyrelsesmedlem bør holde sig løbende opdateret, hvis en særlig kundskab er en nødvendighed indenfor det specifikke forretningsområde. Ligeledes kan andre bestyrelsesmedlemmer ikke undskylde sig med manglende viden med henvisning til et andet medlem, der på det givne område er specialist.⁴⁶ Det må til stadighed her forventes, at de øvrige medlemmer stræber efter en form for relevant viden - eller et minimumskrav til viden, idet det kan være yderst risikabelt at forlade sig på én enkelt persons kundskaber. Sofsrud henviser til "det almindelige minimumskrav", hvorved menes, at bestyrelsesmedlemmet bør besidde et vist minimum af viden, der i en konkret situation kan vise sig at være kompleks og specifik, hvis dette er en nødvendighed forud for en bestyrelsesbeslutning.⁴⁷ Dette modsiges af Gomard samt Schaumburg-Müller: "*Medlemmer af bestyrelsen bør have common sense og overblik over væsentlige almene faktorer af betydning for virksomheden. De skal ikke have specialviden om branchen eller virksomheden eller være i stand til at løse specialopgaver.*"⁴⁸ Dette synspunkt synes dog at indeholde visse divergerende hensyn, idet "almene faktorer" samt "specialviden" netop kan fordres i et selskab, hvor specifikke kundskaber eller viden såsom virksomhedens økonomiske situation eller særlige retlige spørgsmål er en nødvendighed for at udøve forsvarlig ledelse, hvilket Sofsrud også tilslutter.⁴⁹

⁴⁵ Samuelsson & Søgaard; Betsyrelsesansvaret, s. 25.

⁴⁶ Samuelsson & Søgaard; Betsyrelsesansvaret, s. 27.

⁴⁷ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 473.

⁴⁸ Gomard & Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 571.

⁴⁹ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 473.

I kølvandet på et minimumskrav om individuel formåen for hvert bestyrelsesmedlem opstår en ny problematik, som Sofsrud ydermere påpeger: Hvis et minimumskrav fastsættes ud fra selskabets forretningsmæssige behov, kan det blive særdeles svært at finde bestyrelsesmedlemmer, hvor samtlige kan opfylde disse.⁵⁰ Det er ikke sjældent, at bestyrelsesmedlemmer bliver valgt til bestyrelser ud fra deres særlige faglige formåen indenfor ét specifikt område, hvor hensigten med dennes tiltræden udelukkende består i at bidrage hermed. Hvis det forudsættes, at dette medlem yderligere bør lade sig informere på alle andre forretningsområder, der gør sig gældende for det pågældende selskab, kan dette blive for uoverskueligt - omend ikke umuligt, hvorfor dette vil medføre, at klart egnede bestyrelsesmedlemmer vil lade sig afskrække heraf.

Det kan heraf konkluderes, at minimumskravet er relativt ud fra en helhedsvurdering af selskabets behov, bestyrelsens sammensætning samt muligheden for, at fornøden information kan tilvejebringes på anden behørig vis såsom evt. ekstern rådgivning. Der kan derfor ikke opstilles en facitliste for, hvilken subjektive formåen hvert enkelt bestyrelsesmedlem bør besidde. I relation hertil er det værd at erindre, at hvert bestyrelsesmedlem kan bidrage på forskellige områder såsom det økonomiske, juridiske, faglige eller politiske, der tilsammen skaber det fornødne beslutningsdygtige grundlag til en kompetent bestyrelse.

Modsætningsvis kan en særlig individuel viden have en objektiverende tendens for det enkelte bestyrelsesmedlem ansvarsbedømmelse. Dette ses bl.a. i relation til advokater, der bestrider bestyrelsesposter. Alt efter dennes funktion kan medlemmet bedømmes efter et advokatansvar - altså et professionsansvar eller ledelsesansvaret, der er baseret på det almindelige culpaansvar.⁵¹ Dette vil betyde, at advokater der optræder som menigt bestyrelsesmedlem og ikke i kraft af sin juridiske baggrund, vil blive bedømt ud fra ledelsenormen.⁵²

Manglende tid kan ej heller undskyldes. Dette vil i sagens natur ikke have nogen indflydelse på culpabedømmelsen, da det er op til det enkelte medlem at sørge for at indrette sig således, at bestyrelsesarbejdet kan bestrides med den omhu, der er behov for. Ligeledes er det jf. Selskabsloven § 123 nødvendig at afholde bestyrelsesmøde, når dette er "nødvendigt".

⁵⁰ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 477-478.

⁵¹ Samuelsson & Søgaard; Betsyrelsesansvaret, s. 304-305, s. 309.

⁵² Gomard og Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 567.

Hyppigheden af mødeafholdelse skal konkret vurderes ud fra selskabets forhold. Manglende mødeafholdelse vil i domsafsigelser ofte indgå i vurderingen af, hvorvidt bestyrelsens har ført tilsyn med selskabet. Netop dette element vil indgå som et vigtigt element af vurderingen af det forretningsmæssige hensyn, hvilket vil blive behandlet under afhandlingens kapitel 5.

Ydermere kan man let forestille sig en situation, hvor et medlem bevidst udebliver fra et bestyrelsesmøde for at undgå at kunne drages til ansvar for de beslutninger, der blev vedtaget på mødet. Uanset grunden til medlemmets fravær har det pligt til at holde sig løbende informeret samt forholde sig til de beslutninger, der blev truffet i personens fravær. Det fraværende medlem skal derfor i revisionsprotokollen forholde sig til de beslutninger, der er foretaget i medlemmets fravær. Hvis medlemmet er uenig heri, er det en nødvendighed at føre dette til protokol⁵³. Hvis medlemmet vælger at udtræde af bestyrelsesarbejdet på grund af mistanke om uregelmæssigheder i selskabets økonomi og i håb herom prøve at undgå ansvar, er en udtræden i sig selv ikke ansvarsfritagende jf. U 1997.283 H. Hvis bestyrelsesmedlemmet har en bestyrket mistanke, er det en pligt for medlemmet at gøre omverdenen opmærksom herpå, hvor anmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er nok⁵⁴.

Bedømmelsen af et bestyrelsesmedlem afhænger ligeledes af, hvorvidt selskabet er af en erhvervs-mæssig eller ikke-erhvervs-mæssig karakter. Som udgangspunkt må det antages, at ansvarsgrundlaget er "strengere" ved bestyrelsesarbejde med erhvervs-mæssig karakter, da der ofte er tale om betydelige værdier, der bliver forvaltet af ledelsen. Modsat må bedømmelsen være mildere i tilfælde, hvor bestyrelsesarbejdet tiltrædes af personer, der ud fra interesse eller ideelle grunde påtager sig et sådan ansvar.⁵⁵

Det er i den forbindelse vigtigt at påpege, at visse interesseorganisationer eller foreninger kan forvalte betydelige summer, der overgår langt de fleste selskaber. I tilfælde heraf vil en bestyrelse blive underlagt samme ansvarsgrundlag som den "professionelle" bestyrelse, hvilket også var tilfældet i U1998.1137, hvor sagsøgte bestyrelsesmedlemmer lagde til grund, "*...at ledelsen ikke var professionel, men ulønnet...*" Dette blev dog ikke taget til følge af hverken Landsretten eller Højesteret, hvor bl.a. landsretten udtaler, at manglende økonomisk indsigt *ikke* var diskulperende. Sagsøgte

⁵³ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 395-397.

⁵⁴ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 280-282.

⁵⁵ Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 28.

blev derfor underlagt samme ansvarsgrundlag som en erhvervmæssig eller "professionel" bestyrelse. På baggrund heraf bør sondringen mellem erhvervmæssig- eller ikke-erhvervmæssig bestyrelse ikke stå alene men i stedet indgå i en konkret vurdering ud fra en helhed.

I relation til ovenstående udspringer et nyt dilemma om, hvorvidt vederlaget for bestyrelsesarbejdet skal have en betydning for ansvarsvurderingen. Udgangspunktet i erstatningsretten er, at et vederlag ikke medfører en skærpelse af ansvaret. Samuelsson og Søgaard berører dette i bogen "Bestyrelsesansvaret". Der pointeres i forbindelse hermed, at domstolene yderst sjældent tager konkret stilling til vederlagets betydning, hvor der ud fra retspraksis er fåtal af domsafsigelser, der konkret lægger vederlagets størrelse til grund. Dog *kan* det i teorien have betydning, hvor der skelnes mellem en professionel bestyrelse eller ej⁵⁶. Hvis vederlaget i denne forbindelse vil overstige et symbolsk beløb, vil dette tale for, at der er tale om en erhvervmæssig eller professionel bestyrelse, der på baggrund heraf er underlagt et strengere ansvarsgrundlag end en ikke-erhvervmæssig bestyrelse. Sondringen af vederlagets størrelse finder sjældent sted, hvilket ud fra et erstatningsretligt og retspolitisk synspunkt er hensigtsmæssigt, idet vederlagets størrelse i sig selv ikke bør være et undskyldende moment for dårligt udført arbejde. Det vil i praksis være uhørt, at en revisors arbejdsindsats i forbindelse med udarbejdelsen af et årsregnskab skal afhænge af lønnen. I værste fald vil dette betyde, at man som klient skulle acceptere et forkert og sjusket resultat, hvis vederlaget var mindre/særlig gunstigt i forhold til andre revisorer.

Bestyrelsen er som udgangspunkt bundet af loven, vedtægterne og sit skøn. Overtrædelse af selskabets vedtægter er som udgangspunkt ansvarspådragende, hvis disse er vedtaget indenfor lovgivningens rammer. Manglende overholdelse heraf kan derfor kun forsvares, hvis vedtægterne ikke viser sig at være lovlige. Dette er til trods for, at der på generalforsamlingen kan være konsensus om at tilsidesætte lovgivningen til fordel for selskabets vedtægter.

Alt efter hvilken branche, der er tale om, er det ydermere nødvendigt at iagttage *lex specialis*, der herigennem kan pålægge bestyrelsen yderligere opgaver såsom øget krav til miljømæssige aspekter m.m.

⁵⁶ Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 31-32.

4.2 Forsvarligt kapitalberedskab

Selskabsloven § 115 nr. 5 definerer bestyrelsens absolut vigtigste opgave:

"..kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapital-selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og kapital-selskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt".

Begrebet "*kapitalberedskab*" stammer fra 1993 i den tidligere Aktieselskabslov § 54 stk. 3 i kølvandet på erhvervsskandalen vedrørende Nordisk Fjer. Bestemmelsen blev i forbindelse med den seneste Selskabslov præciseret og lægger op til, at bestyrelsen løbende skal tage stilling til, hvorvidt selskabets likviditet er tilstrækkelig. I denne betragtning skal løbende forpligtelser inddrages såsom kapital-selskabets gældsforpligtelser. Selskabets egenkapital skal være af en sådan størrelse, at denne kan tåle midlertidige fald i indtjeningen. Det kan dog variere, hvad der anses som tilstrækkeligt fra selskab til selskab, da de i sagens natur kan være ganske forskellige. Et selskab kan have ganske stabile indtægter, hvorfor kravet om kapital må anses som mildere modsat et andet selskab, hvis forretningsområde er ganske risikofyldt. I sidstnævnte tilfælde bør kravet til selskabets egenkapital derfor være større, så bestyrelsen i forvejen har taget højde for gode såvel som dårlige indtjeningsperioder.⁵⁷ I forbindelse med udarbejdelsen af den nyere Selskabslov blev det af Moderniseringsudvalget overvejet, hvorvidt der skulle hjemles et egentlig kapitalkrav ud fra de aktiviteter selskabet har, hvilket bl.a. ses i den finansielle sektor. Dette ville dog blive for byrdefuldt idet, proportionskravet/kontrol fordrer løbende vanskelige beregninger, der både økonomisk såvel som bureaukratisk ikke kan betale sig. I stedet henvises der til tidligere praksis, hvor det ud fra retspraksis har været domstolene, der har afgjort hvorvidt, det enkelte selskab har haft det fornødne kapitalberedskab.⁵⁸ Der kan på baggrund heraf ikke udledes et specifikt krav til kapitalberedskabet, men det skal i stedet løbende vurderes ud fra et skøn hvor udlån, risici og forretningsområde indgår. Bestyrelsens manglende tilsyn med kapitalberedskabet er derfor ansvarspådragende jf. U2007.497H, der yderligere vil blive behandlet i afhandlingen.

Med udgangspunkt i en mellemstor virksomhed vil en bestyrelse afholde bestyrelsesmøde løbende, hvilket ofte vil være sig kvartalsmæssig eller på månedlig basis. Alt efter hvad der internt er aftalt i selskabet, vil direktionen som oftest bibringe de vigtigste informationer, der skal oplyse bestyrelsen

⁵⁷ Schans Christensen; Selskabsloven med kommentarer, s. 367.

⁵⁸ Bet. 1498 af 2008 s. 143.

om virksomhedens finansielle forhold. Her vil man med afsæt i virksomhedens drift vurdere, hvorvidt selskabets likviditet er tilstrækkeligt. Såfremt budgetafvigelser forekommer, er det op til bestyrelsen at forholde sig hertil. Der foreligger ikke en egentlig reaktionspligt på baggrund af mindre afvigelser så længe, kapitalberedskabet stadig må anses som "*forsvarligt*". Det bør af bestyrelsen overvejes, hvorvidt eksterne informationskilder bør tages i brug, da et selskab kan være yderst sårbar for misbrug af selskabets midler, hvis bestyrelsesbeslutninger alene baseres på en ikke valid kilde. En indførelse af en intern revisionsfunktion kan i den forbindelse tilrådes.

Informationsgrundlaget for bestyrelsens beslutninger er særdeles relevant at klargøre. Kriterierne herfor kan variere alt efter virksomhed. Visse selskaber lader bestyrelsen afgøre, hvilke kriterier, der bør danne grundlag for et tilfredsstillende informationsgrundlag modsat andre, hvor det er efter "rapportørens" skøn. Det er på baggrund heraf vanskeligt at definere konkrete holdepunkter for, hvilke informationer, der bør ligge til grund for bestyrelsens stillingtagen til selskabets økonomi. Dog kan visse universelle krav opstilles til den givne information:

- Den skal fremstå rigtig og fuldstændig
- Den skal være forståelig
- Den skal være troværdig - altså et krav om objektivitet
- Den skal have en betydning for den konkrete beslutning
- Den skal være rettidig⁵⁹

Ved konstatering af et kapitaltab, hvor selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital, er det ledelsens (læs: bestyrelsens) pligt at afholde en generalforsamling senest 6 mdr. herefter jf. SL § 119. På generalforsamlingen skal ledelsen redegøre for den økonomiske situation samt redegøre for de foranstaltninger, der skal træffes i forbindelse hermed. Bestemmelsen hjemler ingen reaktionspligt eller krav til ledelsen ud over afholdelse af generalforsamling efter konstateret kapitaltab. Alt efter den konkrete situation kan ledelsen vælge ikke at foretage sig yderligere, idet man forventer, at selskabets drift i sig selv vil kunne genetablere selskabets økonomi. Der foreligger derfor ingen krav til tvangsopløsning af selskabet, og vil som udgangspunkt ej medføre ansvar herfor. Dog kan manglende konstatering af kapitaltab, på baggrund af manglende opsyn

⁵⁹ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 398.

af kapitalberedskabet, samt efterfølgende manglende reaktion herpå forkorte vejen til at statuere culpa.⁶⁰

4.3 Håbløshedstidspunktet

Et kapitalselskabs konkurs er i sig selv ikke ansvarspådragende for selskabets ledelse. Dette er en risiko, man som kreditor må påregne som et almindeligt vilkår, hvilket Bergenser med henvisning til Samuelsson ganske korrekt påpeger i "Tilsynsrådets erstatningsansvar".⁶¹ På trods heraf foreligger der ganske omfangsrig retspraksis, hvor selskabers konkurs er omdrejningspunkt for senere erstatningssager. Dette skyldes, at man fra ledelsens side ikke har iagttaget det såkaldte *håbløshedstidspunkt*.

Det kan være yderst vanskeligt at definere, hvornår et sådant tidspunkt opstår. Ud fra retspraksis er det ikke muligt konkret at opstille konkrete krav hertil. Grundsætningen herfor kan dog defineres således: Håbløshedstidspunktet er det tidspunkt, hvor en *ansvarlig* bestyrelse burde have indset, at selskabets drift ikke bør fortsætte, idet yderligere optagelse af kredit vil være en umulighed at indfri overfor kreditorerne.

Der er tale om et såkaldt skæringstidspunkt, hvor bestyrelsen vil ifalde ansvar for den optagne kredit, der bliver optaget *efter* dette tidspunkt.⁶² Det betyder, at en konkurs i sig selv ikke er ansvarspådragende for ledelsens medlemmer, så længe disse indstiller selskabets drift i henhold til håbløshedstidspunktet, og dermed ikke påfører kreditorerne yderlige tab. Et illustrativt eksempel herpå er den tidligere omtalte U2007.497 H (Calypso):

I januar 1996 blev rejseselskabet Calypso Verdensrejser A/S stiftet med en egenkapital på 1 mio. kr., der blev finansieret via investeringer fra bestyrelsesmedlemmer bosat i Spanien. Driften blev foretaget af direktøren og den daglige leder, hvis hovedsæde var i Danmark. Finansieringen af driften var bygget op om forudbetalinger fra kunder, men allerede den 17. oktober samme år gik selskabet konkurs med en negativ egenkapital på 37 mio. kr. Rejseselskabet solgte i store dele af denne periode rejser til langt under kostprisen. Selskabets bestyrelse bestod af medlemmer, der ikke tidligere havde erfaring med bestyrelsesarbejde og agerede efter eget udsagn som passiv investor, der

⁶⁰ Schans Christensen; Selskabsloven med kommentarer, s. 372-374

⁶¹ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 349

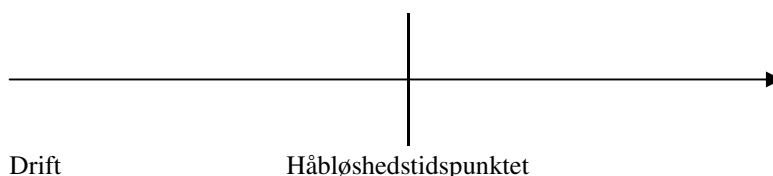
⁶² Samuelsson & Søgaaard; Bestyrelsesansvaret, s. 96.

havde påtaget sig bestyrelsesopgaven ud fra en betragtning om, at dette var af ren formalitet. I flere måneder blev bestyrelsen ikke orienteret vedrørende driften, hvorfor medlemmerne antog, at alt forløb planmæssigt. Der blev ikke afholdt egentlige bestyrelsesmøder, hvor hele bestyrelsen var samlet, og der var af den daglige ledelse ikke uddelt information vedrørende budgetter. Først den 28 september 1996 på et bestyrelsesmøde blev selskabets økonomi drøftet og trådte derefter i likvidation.

Konkursboet anlagde senere et erstatningskrav mod selskabets direktør, den daglige leder samt bestyrelsesmedlemmerne. Der var tale om et krav om delvis erstatnings for selskabets tab fra sommeren 1996 og indtil selskabets konkurs. Landsretten fandt selskabets ledelse - herunder bestyrelsen erstatningsansvarlig, idet disse fortsatte den underskudsgivende drift, hvor de burde have indset, at det ikke var muligt at vende den negative økonomiske udvikling. Landsretten frifandt dog sagsøgte på baggrund af følgende: *"Da størrelsen af dette tab for denne periode ikke af sagsøgeren er nærmere godtgjort eller sandsynliggjort, og da sagsøgeren ikke i øvrigt er fremkommet med oplysninger, der er egnet til at fastlægge størrelsen, finder landsretten imidlertid ikke at kunne tage sagsøgerens principale eller subsidiære påstand til følge."*

Sagen blev appelleret til Højesteret, hvor denne også fandt de sagsøgte erstatningsansvarlige. I begrundelsen herfor forholder Højesteret sig således også til håbløshedstidspunktet, der udgør skæringspunktet for opgørelsen af den erstatning, som solidarisk er blevet pålagt sagsøgte: *"Det må antages, at selskabets bestyrelse, hvis den i sædvanligt omfang havde ført tilsyn med selskabets forhold, i løbet af forholdsvis kort tid og i hvert fald i sommeren 1996 ville være blevet klar over, at selskabet havde lidt betydelige tab, således at driften måtte indstilles, medmindre der blev tilført yderligere kapital og foretaget en omlægning af driften. Højesteret finder det endvidere ubetænkeligt at lægge til grund, at et sådant indgreb fra bestyrelsens side senest i sommeren 1996 ville have formindsket selskabets underskud og dermed kreditorernes tab med mindst 5 mio. kr., som er konkursboets erstatningskrav for Højesteret. Det bemærkes herved, at det må lægges til grund, at også salget af rejser i sommeren og efteråret 1996 skete med betydeligt tab."*

Som det fremgår af dommen, foreligger der her ikke en konkret dato, der udgør skæringspunktet. I stedet blev der foretaget en konkret vurdering af, hvornår en ansvarlig bestyrelse *senest* burde have haft fornøden indsigt til at indse, at selskabets drift nu var umuligt at genoprette. Håbløshedstidspunktet kan således illustreres:



På pædagogisk vis kan det forklares ved, at håbløshedstidspunktet indtræder på det tidspunkt, hvor selskabets økonomi forekommer *håbløs*.

Håbløshedstidspunktet udgør et vigtigt element i ansvarsvurderingen om et bestyrelsesmedlems dispositioner var foretaget ud fra et forretningsmæssigt skøn samt et nyttigt "værktøj" til at klarlægge/redegøre for erstatningskravets størrelse, hvilket "Calypso"-dommen er et glimrende eksempel på.

4.4. Det forretningsmæssige skøn

The business judgment rule eller *det forretningsmæssige skøn* som det bliver kaldt på dansk, udspringer fra amerikansk ret. Grundsætningen forefindes i de fleste *common law* lande, men udformning kan variere alt efter nationalitet.

Det forretningsmæssige skøn udspringer fra de amerikanske corporate governance regler, også kaldet the ALI Principles fra 1978⁶³. De vigtigste grundsætninger, der kan udledes heraf er "The duty of care" samt "The duty of loyalty", hvoraf førstnævnte definerer den såkaldte business judgment rule.

Princippets forudsætning er at begrænse domstolsprøvelse af en bestyrelsesbeslutning, der er foretaget på baggrund af et forretningsmæssigt skøn.⁶⁴ Udgangspunktet er ansvarsfrihed, så længe skønnet er udøvet i henhold til de seneste ALI Principles fra 1994 § 4.01.⁶⁵ Det forudsættes, at bestyrelsesmedlemmerne agerer ud fra god tro samt:

- "*is not interested in the subject of the business judgment;*"
- "*is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances..*"
- "*rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation..*"⁶⁶

Ordvalget "rationally" bidrager med to betingelser til bestyrelsen:

⁶³ <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, s. 11-13.

⁶⁴ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 135.

⁶⁵ ALI = The American Law Institute.

⁶⁶ <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, s. 11-13.

- det forudsættes, at selve bestyrelsen skal være af den overbevisning, at den pågældende beslutning er egnet til at opfylde formålet, samt at der foreligger en rationel sammenhæng mellem selve beslutningen og målet.
- Ydermere indebærer ordvalget et krav til bestyrelsens subjektive kvalifikationer, idet denne skal være egnet til at tage rationel stilling til de foreliggende oplysninger, der bliver forelagt bestyrelsen forud for en beslutning.

The business judgment rule finder kun anvendelse på handling jf.: "*... it should be noted that the business judgment rule operates only in the context of director action, Technically speaking, it has no role where directors have either abdicated their functions, or absent a conscious decision, failed to act.*"⁶⁷

Eftersom den amerikanske business judgment rule udgør en del af et detaljeret corporate governance regelsæt, er denne langt mere detaljeret og omfangsrig end den danske grundsætning. Formuleringen heraf kan variere alt efter land og sågar delstat, hvorfor grundsætningen i den amerikanske juridiske litteratur også udsættes for kritik, idet den varierende formulering samt retspraksis danner grundlag for usikkerhed for retstilstanden vedrørende grundsætningens betingelser.⁶⁸ Dog foreligger der en generel konsensus om, at domstolene ikke afprøver forretningsmæssige skøn på trods af lidt tab heraf eftersom:

*"The director's room rather than the courtroom is the appropriate forum for trashing out purely business questions which will have an impact on profits, market prices, competitive situations, or tax advantages. ... More than imprudence or mistaken judgment must be shown. ... without alleging fraud, dishonesty or nonfeasance, is to state merely that a decision was taken which one disagrees."*⁶⁹

Dette har i praksis medført, at der foreligger en bred margin for bestyrelsens forretningsmæssige skøn og står samtidig i kontrast til kravene i corporate governance reglerne "The Duty of care", hvor der foreligger et krav om forsigtighed jf. formuleringen "prudent person"⁷⁰, hvilket *ikke* er et krav ved business judgment rule. Dette ville ej heller være et hensigtsmæssigt krav ud fra et retspolitisk hensyn, idet et krav om forsigtighed kan være begrænsende for de forretningsmæssige hensyn. I et kapitalistisk marked allokeres der med dristighed og risikoafvejning som værende en naturlig del af driften, hvor man til tider kan være heldig såvel som uheldig. Et krav om forsigtighed kan

⁶⁷ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984), jf. Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 136.

⁶⁸ <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, s. 12-13.

⁶⁹ Kamin v. American Express Co., 383 N.Y.S2d 807 (1976), s. 810 ff. jf. Sofsrud; "Bestyrelsens beslutning og ansvar", s. 134 samt Bergenser; "Tilsynsrådets erstatningsansvar", s. 362.

⁷⁰ Se afsnit 3.2.1.

have en begrænsende effekt i flere brancher, hvor chancer må tages i forsøget på at maksimere virksomhedens indtjening eller sågar overlevelse.

Det forretningsmæssige skøn finder også anvendelse i dansk ret, der i større eller mindre grad tilslutter sig de amerikanske principper. Modsat amerikansk ret forefindes principperne *ikke* i de danske corporate governance regler. Hjemlen til det forretningsmæssige skøn i dansk ret skal findes i retspraksis, hvor *god tro* samt *loyalitetshensynet* i særdeleshed udgør vigtige krav. Det forretningsmæssige skøn kan beskrives således:

Et bestyrelsesmedlem der på baggrund af et rationelt og oplyst grundlagt foretager et forretningsmæssigt skøn, der beror på loyalitet og god tro for selskabet og dets interesser, kan ikke ifalde ansvar for handling såvel som undladelse på trods af, at dette har medført et økonomisk tab.⁷¹

I dansk ret er det forretningsmæssige skøn yderst sjældent blevet selvstændigt behandlet. Dog er det forretningsmæssige skøn tæt forbundet med det tidligere definerede *håbløshedstidspunkt*, idet perioden forud for dette skæringspunkt, som regel vil være præget af økonomisk krisetilstand, der vil lægge pres på bestyrelsens dispositioner i håb om at "vende skuden". Håbløshedstidspunktet samt det forretningsmæssige skøn er derfor i retspraksis tæt forbundne, hvor det til tider kan være svært at skelne de to elementer fra hinanden. Ofte tager domstolene stilling til, hvorvidt der er handlet *loyalt* samt i *god tro* fra bestyrelsens side, hvilket skal ses som vurdering af, hvorvidt der er tale om det såkaldte business judgment rule/forretningsmæssig skøn.

⁷¹ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 363.

5. Det forretningsmæssige skøns betydning for bestyrelsesansvaret ved fortsat drift af et selskab i økonomisk krise

I de foregående kapitler er der skabt et overblik over, hvad der ligger til grund forud for en nærmere analyse af, hvilken betydning det forretningsmæssige skøn har for bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar ved fortsat drift af et selskab i økonomisk krise.

Det er tidligere i kapital 3 blevet konstateret, at bestyrelsesmedlemmer er underlagt et almindeligt culpaansvar. Dette vil sige, at et bestyrelsesmedlem skal have handlet culpøst for at ifalde et erstatningsansvar. Et selskabs konkurs eller dårlig økonomi er i sig selv ikke culpøst, hvorfor en bestyrelse som udgangspunkt ikke er ansvarlig herfor. Modsat kan dårlig økonomi eller konkurs også være et resultat af netop "dårlig" eller mangelfuld ledelse, hvilket ofte bliver genstand for domstolsprøvelse. Culpastandarden gælder både for den "skade" (læs: tab) som bestyrelsen har pådraget selskabet jf. SL § 361 1. pkt. såvel som kapitalejer eller tredjemænd jf. SL § 361 2. pkt.

Når ansvar på baggrund af det forretningsmæssige skøn skal vurderes, relaterer det sig oftest for bestyrelsens *passivitet* frem for dens aktive disponeringer. Passivitet skal i denne sammenhæng forstås således, at bestyrelsens manglende handlinger/reaktion har medført et økonomisk tab. Dette kunne være manglende reaktion på kapitaltab, manglende iagttagelse af den daglige ledelse eller standsning af selskabet i tilfælde, hvor håbløshedstidspunktet er indtruffet.

I henhold til grundsætningen omhandlende business judgment rule, relaterer ansvarsvurderinger sig sjældent til bestyrelsens aktive tiltag, idet udgangspunktet som tidligere beskrevet er, at forretningsmæssige skøn ikke skal underlægges en domstolsprøvelse, da bestyrelsen er det rette organ hertil.

5.1 Fortsat drift

En fortsat drift af et selskab i økonomisk krise er som tidligere nævnt ansvarspådragende, hvis ikke bestyrelsen iagttager det såkaldte håbløshedstidspunkt, som tidligere er blevet defineret. I disse sager er elementer af det forretningsmæssige skøn en del af ansvarsvurderingen, hvorfor de såkaldte standsningssager er vigtige retskilder for denne grundsætning.

I Højesteretsdommen U 1974.1005 H (Tjæreborg Huse) udgør håbløshedstidspunktet sagens kerne. Firmaet Tjæreborg Huse var i 1969 kommet i økonomisk krise, hvor selskabets kreditorer valgte at overtage driften af selskabet i håbet om redde deres tilgodehavender ved fortsætte driften af selskabet, hvor selskabet blev omdannet til et A/S ved at omdanne 20 % af deres fordringer til aktiekapital samt nedskrive 30 % af deres yderligere fordringer. Kort tid herefter kom selskabet hurtigt i likviditetsproblemer, hvorpå flere kreditorer nægtede at levere varer på kredit. En af disse var sagsøgeren, der var indehaver af et trælastvarehandel.

Efter konstatering af likviditetsproblemerne i efteråret 1970 blev der foretaget løbende revision, hvor det bl.a. bemærkedes, at det var overordentligt svært at foretage korrekt opgørelse på baggrund af mangelfuldt bogholderi. Der blev dog udarbejdet et regnskab i oktober, hvor bestyrelsen havde foranledning til at tro, at denne var retvisende for de tab, som selskabet havde lidt på tidligere leverancer. På en ekstraordinær generalforsamling i december 1970 blev aktiekapitalen udvidet med 4,5 mio. kr. Dette sammenholdt med det tidligere regnskab blev af bestyrelsen anset som værende en solid konsolidering af selskabets økonomi.

På baggrund heraf udsendte bestyrelsesformanden en skrivelse til selskabets kreditorer i starten af 1971, hvor det fremgik, at selskabets økonomisk situation var forbedret bl.a. på baggrund af den udvidede aktiekapital samt ordrefremgang, hvorefter der blev opfordret til, at kreditorer igen skulle levere på "almindelige betingelser", hvilket vil sige levering på kredit frem for tidligere afkrævning af kontant betaling. Foranlediget af denne skrivelse valgte sagsøgeren på ny at levere varer på kredit, der løb op i ca. 100.000 kr. Kort tid derefter blev det af revisionen konstateret, at den tidligere udarbejdede balance ikke var retvisende, og selskabets økonomi var i langt værre forfatning end først antaget. Den omstændighed at en anden kreditor ikke længere ville yde selskabet kredit medførte, at det på en ekstraordinær generalforsamling den 22. juni 1971 blev besluttet at lade selskabet gå i likvidation. Sagsøgeren valgte herefter at søge erstatning for det tab, som denne led ved den ydede kredit, der fandt sted på foranledning af den skrivelse, der var omdelt få måneder forinden. Såvel Landsretten som i Højesteret blev bestyrelsen frifundet.

Dommen er relevant fordi, den først og fremmest er en af de første domme, hvor elementer af det forretningsmæssige skøn indgår (omend dette er indirekte). Ydermere illustrerer denne også en rela-

tiv bred margin for, hvor meget der skal til for at ifalde et erstatningsansvar baseret på, at bestyrelsen uddelte en skrivelse, hvor den *opfordrede* kreditorerne til at yde kredit, der hurtigt viste sig at være baseret på et forkert økonomisk grundlag. Ud fra et retspolitisk synspunkt kan det undre, at en bestyrelse, der på baggrund af en meget usikker udarbejdet balance, vælger at opfordre sine leverandører til at yde kredit og desuagtet blive fritaget for et erstatningsansvar, hvilket dissensen også kunne tilslutte sig. Svaret hertil skal bl.a. ses i Landsrettens bemærkning: "... som på dette tidspunkt havde en rimeligt begrundet tro på, at Tjæreborg Huse A/S kunne føres videre..". Landsretten vurderede således, at bestyrelsen havde udvist *god tro*, da det blev vurderet, at det for bestyrelsen var forelagt således, at det var ("*rimeligt*") velbegrundet at tro, at selskabet kunne reddes. Bestyrelsen havde konciperet den beroligende skrivelse på baggrund af urigtige oplysninger, hvilket ledelsen på daværende tidspunkt var i vildfarelse omkring, hvorfor der ikke forelå ond tro fra dennes side. Ydermere udtalte Højesteret: "*Bestyrelsen repræsenterede herefter og i sin sammensætning udelukkende kreditorinteresser*". Efter som bestyrelsen var repræsenteret af flere af selskabets kreditorer, anses bestyrelsen derfor at have ageret ud fra et *loyalt* hensyn til selskabet samt kreditorerne. Højesteret lagde i den forbindelse vægt på, at bestyrelsens egne medlemmer *selv* valgte at yde selskabet yderligere kredit på baggrund af den omdelte skrivelse, hvorfor disse ligesom sagsøgeren havde lidt økonomisk tab heraf. Selv om det forretningsmæssige skøn på intet tidspunkt blev selvstændig behandlet i dommen, er det tydeligt, at domstolene lagde vægt på flere af de elementer, der netop udgør denne grundsætning. Dommen er ganske givet korrekt og kan til stadighed tilskrives en vis præjudikatværdi, dog kan det undre, at man fra sagsøgeren ikke bedre havde forsøgt at anfægte den informationsmæssige baggrund, som bestyrelsen agerede ud fra. Et forretningsmæssigt skøn skal netop baseres på et rationelt og oplyst grundlag, hvilket i nærværende sag kunne anfægtes, da kritiske bemærkninger op til flere gange fremgik af revisionen. Bestyrelsens ansvarsfritagelse skal ses i lyset af, at medlemmerne selv led et tab som følge af den ydede kredit. Domstolen konkluderede derfor, at medlemmerne dermed varetog kreditorinteresserne, som også omfattede sagsøgeren. Ydermere kan det af dommen udledes, at det påhviler selskabets kreditorer at foretage en vis form for kreditvurdering af et netop nødlidende selskab forud for aftaleindgåelse.⁷² Dette skal ydermere tilskrives ved, at sagsøgeren selv var aktionær i selskabet og derved havde en vis indsigt i selskabets økonomiske forhold.

Werlauff anfægter dommens præjudikatværdi, idet der i dag tilskrives langt højere krav til bestyrelsens beslutningsgrundlag set i lyset af digitaliseringen.⁷³ Synspunktet deles af Claus Berg samt Lars

⁷² Gomard, Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 576.

⁷³ Werlauff; Selskabsret, s. 553.

Bo Langsted.⁷⁴ Dette kan til dels tiltrædes, da kravene til ajourførte oplysninger ganske givet er skærpede efter indførelsen af IT. Modsat blev bestyrelsesmedlemmerne loyale forretningshensyn samt deres gode tro (omend indirekte) vurderet, hvorfor dette element af dommen til stadighed kan tilskrives en vis præjudikatværdi.

Fortsat drift af et selskab i økonomisk krise kan være et forretningsmæssigt skøn ud fra en ledelsesmæssig betragtning om, at det til stadighed vil være en mulighed at få vendt den negative udvikling i selskabet. U1977.274 H ("Havemann") er et glimrende eksempel herpå, hvor driften fortsatte trods ringe mulighed for redde selskabet. På trods af vareleveringen dagen forinden selskabet trådte i likvidation, fandtes dette forhold ikke at være ansvarspådragende for selskabets ledelse. Dette blev af Landsretten såvel som Højesteretten begrundet med, at bestyrelsen var i seriøse forhandlinger med det formål at redde selskabet lige indtil sidst øjeblik. Der var derfor ikke tale om et illoyalt forretningshensyn. Ydermere handlede ledelsen hurtigt på baggrund af det reviderede regnskab i et forsøg på at redde virksomheden, og bestyrelsen så derfor ikke passivt til. Ydermere kan det af dommen udledes, at hensynet til selskabets mulighed for at videreføre forhandlinger endnu en dag blev vægtet højere end selskabets kreditorer, hvilket i dette tilfælde var selskabets vareleverandør.

75

Dommen har til stadighed præjudikatværdi, idet den netop illustrerer, at et ihærdigt forsøg på at vende skuden, der dog ikke lykkes, i sig selv ikke er ansvarspådragende.⁷⁶⁷⁷ Som udgangspunkt ville en forøgelse af kreditoptagelse så tæt på et selskabs likvidation som udgangspunkt være et moment mod bedømmelse af erstatningsansvar. Selv om det forretningsmæssige skøn ikke direkte bliver behandlet, fremgår det dog, at dette *indirekte* er et element i ansvarsvurderingen: Det loyale forretningshensyn samt den gode tro om, at selskabet med en spinkel mulighed ville blive reddet var til stede, hvor ledelsen samtidig gjorde en ihærdig indsats for at redde selskabet. U2015.257 V (G Kartoffler) tiltræder denne linie, hvor selskabets ledelse ikke ifaldt ansvar, idet den på baggrund af vanskelig økonomi aktivt opsøgte muligheder for fusion. Yderligere var ledelsen løbende i dialog med dennes bank, der var positivt stemt over for selskabet og udviste tålmodighed med selskabet. Kreditoptagelse i januar 2010 fandtes derfor ikke at være ansvarspådragende, da det først d. 3. maj

⁷⁴ U1994B 183, s. 190.

⁷⁵ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 297.

⁷⁶ Werlauff; Selskabsret, s. 556.

⁷⁷ Borch & Vistisen; ET 2007, s. 237 ff.

2010 blev bestyrelsens bekendt, at pengeinstituttet ikke længere ville yde yderligere kredit jf. Vestre Landsret bemærkning: "...findes det efter en samlet vurdering betænkeligt at lægge til grund, at ledelsen og bestyrelsen forud for den 3. maj 2010 burde have indset, at en videreførelse af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab."

På baggrund af U2006.2637 H ("AOF") understøttes det, at en ihærdig arbejdsindsats fra bestyrelsen skal indgå i en konkret vurdering af, hvorvidt bestyrelsens beslutninger er truffet på baggrund af god tro til selskabets mulighed for overlevelse. I nærværende sag bestod bestyrelsen af mindre kompetente medlemmer, der på trods af talrige mislykkede forsøg på at danne sig et økonomisk overblik, formåede at øge virksomhedens gæld betragteligt over ganske få år. På trods af flere revisionsbemærkninger om betænkelighed ved at forsætte driften, blev dette ikke taget til følge af bestyrelsen. Ved en senere erstatningssag af AOFs konkursbo blev bestyrelsesmedlemmer her ej heller fundet erstatningsansvarlig med den begrundelse, at bestyrelsen.: "gjorde en betydelig indsats for at få overblik over og kontrol med situationen", hvor der yderligere blev lagt vægt på, at bestyrelsen havde søgt hjælp ved at ansætte medarbejdere med bedre økonomisk indsigt samt afholdelse af talrige bestyrelsesmøder for at holde sig orienteret.

Domsafsigelsen har medført en yderst bred margin for, hvor længe en bestyrelse kan fortsætte en drift, der år efter år viser sig at være tabsgivende. Der hersker ingen tvivl om, at bestyrelsesmedlemmerne ud fra deres subjektive kvalifikationer havde en klar forventning om, at selskabet ville overleve og havde derfor handlet loyalt med hensyn til yderst ihærdige forsøg på at vende en negativ udvikling. Dog kan man fristes til at stille sig det spørgsmål, om den gode tro i dette tilfælde er baseret på en rationel bevæggrund, eller der i stedet er foretaget forretningsmæssige beslutninger på baggrund af uvidenhed fra bestyrelsesmedlemmernes side. Dette skal yderligere ses i lyset af, at disse alene har bestridt posterne ud fra et ideologisk hensyn. Modsat Havemann-sagen hvor der indtil sidste øjeblik forelå en reel omend en lille mulighed for at redde selskabet via forhandlinger samt hurtig indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling med henblik på at lade selskabet likvidere, er dette ikke tilfældet i nærværende sag. Sagen kan for en udenforstående fremstå således, at bestyrelsen ud fra uvidenhed og manglende overblik ikke har standset driften tidligere og *ikke* ud fra et forretningsmæssigt skøn. På baggrund heraf fremstår AOF-dommen som klart "uheldig" set ud fra det forretningsmæssige skøns perspektiv, idet grundsætningen netop stiller betingelse for, at en satsning (som en fortsat drift må anses at være), bør baseres på et velinformeret samt rationelt grundlag.

Summarisk kan det af de tre domme udledes, at ihærdigt bestyrelsesarbejde foretaget på et tidspunkt, hvor håbløshedstidspunktet er indtrådt eller nært forestående, kan være et diskulperende element i ansvarsbedømmelsen jf. AOF-dommen. Dette synspunkt understøttes af Samuelsson og Søgaard, hvor disse netop pointerer, at en seriøs arbejdsindsats fra bestyrelsens side vil tjene som et værn mod en senere erstatningssag på trods af fortsat drift ud over det forsvarlige. Seriøs arbejdsindsats skal forstås således, at der er sket opfølgning efter konstatering af uregelmæssigheder, og der kan påvises en decideret arbejdsindsats.⁷⁸ Dette var netop tilfældet for bestyrelsen i AOF Århus, hvor man på trods af manglende subjektive kvalifikationer ydede en ihærdig indsats for at vende den negative udvikling, hvilket bl.a. gav sig udslag i de mange afholdte bestyrelsesmøder, hvilket retten også tillagde betydning.

Ydermere skal bestyrelsens *hensigt* tillægges betydning i de tre domme. Der er tale om loyale forretningshensyn, hvor bestyrelserne har haft en god tro om, at den negative udvikling vitterligt kunne vendes - omend mulighederne var beskedne.

5.2 Selskabets risikoprofil

Kapitalselskabets kapitalberedskab skal til enhver tid være forsvarligt og tilstrækkeligt til at opfylde selskabets nuværende samt fremtidige forpligtelser jf. SL § 115 stk. 5. Gennem tilsyn samt rapportering, er det pålagt bestyrelsen at påse dette.

Når en bestyrelses forretningsmæssige vurderinger senere skal indgå i en ansvarsvurdering, vil dette blive sammenholdt med selskabets såkaldte risikoprofil. Risikoprofil skal forstås således, at der medfølger visse risici alt efter, hvilken branche selskabet opererer i.⁷⁹ Dette vil i praksis betyde, at der stilles varierende krav til selskabets kapitalberedskab alt efter forretningsforhold. Som tidligere beskrevet i kapitel 4.2 foreligger der ikke præcise retningslinier til kapitalkravet. I stedet skal det ud fra en konkret vurdering hos bestyrelsen vurderes, hvorvidt selskabets likviditet kan opfylde selskabets løbende forpligtelser. I lovbemærkningerne til Selskabsloven refereres der til, "*at bestyrelsen skal*

⁷⁸ Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 98.

⁷⁹ Jf. SL § 115 nr. 2.

sikre, at kapitalgesellschaften til enhver tid råder over de fornødne likvide ressourcer".⁸⁰ Udsagnet er ganske givet ønskværdigt, men afstedkommer ikke nærmere angivelse af, hvad dette konkret vil indebære. Ud fra ordvalget "til enhver tid" opstår spørgsmålet om, hvorvidt bestyrelsen i så fald til hver en tid skal tage højde for "worst case" eller blot budgettere med, hvad der normalt bør forventes. Dette spørgsmål gør Werlauff ligeledes gældende, hvor denne påpeger, at en "fornuftig" budgettering er nødvendig. De lege lata på området fordrer *ikke*, at bestyrelsen skal tage højde for worst case jf. bl.a. U1984.908 SH.⁸¹ I denne sag udtalte SØ- og Handelsretten, at ledelsen ikke var ansvarlig for manglende publikum til teateropførelse:

"At projektet slog fejl med deraf følgende udekkede kreditorkrav, særligt lønkrav, skyldes først og fremmest, at den forventede publikumsinteresse udeblev med deraf følgende utilstrækkelig billetindtægt.

Dette, der selvsagt kan forekomme ved opførelse af et teaterstykke, kan have forskellige årsager, og der er intet grundlag for at anse det for udslag af forsømmelse eller udvist uagtsomt forhold fra de sagsøgte side."

Et krav om at bestyrelsen til hver en tid skal forudse worst case, ville være stærkt problematisk, hvis ikke umuligt medmindre, bestyrelsesmedlemmerne var synske. I en fiktiv case hvor et selskab fx drev et sommerland, hvor hovedattraktionen udgjorde et større vandland, ville et sådant krav være katastrofalt for en bestyrelse: Som de fleste ved, kan det danske vejr være ualmindelig ustadigt, hvorfor man kan risikere en sommer med dårligt vejr og lave temperaturer. Hvis dette skulle være tilfældet gennem hele sommerlandets højsæson, ville det uomtvisteligt have en negativ indvirkning på selskabets indtægter. Et krav til bestyrelsen, hvor denne budgetmæssigt skulle tage højde for usædvanlige situationer, ville muligvis medføre, at bestyrelsen kunne risikere at ifalde ansvar, hvis selskabet skulle gå konkurs på baggrund af manglende kapitalberedskab, som bestyrelsen ikke havde taget forbehold for. Ud fra en rimelighedsgrundsætning ville dette være højst uheldigt, og det kunne afskrække mulige fremtidige bestyrelsesmedlemmer fra at påtage sig et sådant opdrag. Med afsæt i denne fiktive case kan det dog ud fra selskabets risikoprofil *forventes*, at en bestyrelse ville budgettere med "svingende" indtægter, hvor bestyrelsen netop skal tage højde for selskabets følsomhed overfor vejret mv., der kan have betydning for besøgstallet. En sådan manglende budgettering kan i sidste ende være ansvarspådragende, hvis selskabet skulle gå konkurs på baggrund heraf,

⁸⁰ http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/1170/html_som_fremsat.htm, (§ 115)

⁸¹ Werlauff; Selskabsret, s. 552.

idet selskabets kapitalberedskab ikke har været passende i forhold til selskabets risikoprofil. Et kapitaltab er dog som udgangspunkt ikke ansvarspådragende.⁸²

Det er derfor en konkret vurdering, som bestyrelsen skal foretage ved budgettering samt planlægning af selskabets drift. Det kan derfor forventes, at denne skal sørge for, at selskabets likviditet skal være af en sådan kapacitet, at selskabet ville kunne tåle mindre/sædvanlige udsving i indtægterne. I brancher der er særligt følsomme for udsving, pålægges der derfor et skærpet krav til selskabets kapitalberedskab.

Selskabslovens § 119 hjemler alene en reaktionspligt ved kapitaltab men ikke en decideret *handlingspligt*. I lovbemærkningerne til Selskabsloven fremgår det, at selvom der ikke foreligger et objektivt krav om kapitaltilskud, ønskes det fra lovgivers side at tilskynde hertil med henblik på at opretholde en balance mellem selskabets likviditet og forpligtelser.⁸³ Modsætningsvis må manglende kapitaltilskud derfor indgå i en ansvarsvurdering af bestyrelsen, hvis en sådan balance ikke genoprettes. Ligeledes bemærkes det, at det påhviler en bestyrelse at fortsætte driften af et selskab i økonomisk krise med henblik på at vende den negative udvikling, så længe dette anses som værende en realistisk mulighed. I forsøget på at vende den negative udvikling må bestyrelsen dog ikke pådrage selskabet yderligere forpligtelser, som den ikke vil være i stand til at overholde.⁸⁴

Der er altså tale om en konkret afvejning, hvor selskabets risikoprofil udgør et vigtigt element. Et selskabs forretningsområde baseret på stor usikkerhed bør underlægges ekstra årvågenhed og i metaforisk betydning holdes i et "skarpere greb" end et selskab i økonomisk modvind med lavere risici og mere stabilitet. I sidstnævnte tilfælde bør et kapitaltilskud ikke nødvendigvis være et krav, idet selskabet af egen drift kan genoprette den tabte kapital.

Sofsrud henviser til det såkaldte "risikoniveau", hvor bestyrelsens vilje til at foretage risikable forretningsmæssige dispositioner afhænger af, hvorvidt de pågældende handlemuligheder kan opfylde formålet hermed. En bestyrelse vil derfor som udgangspunkt være villig til at tage større risici, hvis der foreligger en mulighed for større gevinst i sidste ende. Navnlig er en bestyrelse tilbøjelig til at

⁸² Friis Hansen & Krenchel; Dansk selskabsret, s. 427.

⁸³ http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/1170/html_som_fremsat.htm, (§ 115)

⁸⁴ Ibid.

tage risikofyldte beslutninger i et kriseramte selskab i forsøget på at redde det. I disse situationer er vejen til selskabets sammenbrud kortere, hvis planen skulle mislykkes.⁸⁵

I situationer som disse opstår der (omend en teoretisk) juridisk interessekonflikt: Det er som tidligere angivet en bestyrelses pligt at forsøge at redde et selskab i økonomiske vanskeligheder. Der skal ofte foretages ekstraordinære forretningsbeslutninger herom i håbet om at maksimere en eventuel profit. Disse beslutninger er som udgangspunktet ansvarsfritaget så længe, disse er foretaget i henhold til grundsætningen om det forretningsmæssige skøn. Modsat kan aktionærer samt kreditorer have en modsatrettet interesse. Forud har kreditorerne måske kun lidt et begrænset tab, hvorfor disse ikke er beredvillige til at påtage sig yderligere risici. Derfor ville en standsning af selskabet være ønskeligt for denne gruppe, hvilket også er i overensstemmelse med *tabsbegrænsningspligten*. Domstolens bedømmelse af bestyrelsens valg om fortsættelse af driften af et risikopræget selskab skal derfor indgå i en konkret interesseafvejning, hvor større risici bør falde til kreditorernes fordel ved domsafsigelse. Modsat påhviler det kreditor selv at tilvejebringe oplysninger vedrørende debitors kreditværdighed, hvilket yderligere bør inddrages i denne sontring.⁸⁶

Den tidligere beskrevne dom U 2007.497 H (Calypso) udgør et glimrende eksempel på, hvilken betydning selskabets risikoprofil har for kravet til kapitalberedskabet, hvor bestyrelsens overordentlige mangelfulde ledelse ligeledes blev behandlet. Der var her tale om grundlæggelsen af et rejse-selskab med en startkapital på 1 mio. kr. Rejsebranchen er især præget af stor konkurrence, større udsving og er generelt forbundet med større risici. Da der var tale om et nystartet selskab, der i sagens natur ikke har nået at opbygge et større kundegrundlag eller selskabsorganisation, var selskabet derfor ekstra følsomt overfor svigtende salg. På baggrund heraf var selskabets kapitalberedskab langt fra passende, der i sig selv måtte anses som værende yderst uforsvarligt.

Ydermere blev driften finansieret af forudbetalinger på bestilte rejser, der langt fra dækkede selskabets kostpris for rejsen. Dette var i sig selv ikke ualmindeligt i rejsebranchen i håbet om at indtage visse markedsandele, som Landsretten bemærkede. Dog blev disse ekstraordinære rejser solgt *efter*, det burde stå ledelsen klart, at selskabet ikke kunne reddes, hvorfor dette tiltag i stedet blev anset som værende culpøst ved at have påført kreditorerne yderligere tab.

⁸⁵ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 489.

⁸⁶ Gomard & Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 576.

Afhængigheden af forudbetalingerne fra kunderne lagde Højesteret yderligere til grund for, at det netop i dette selskab var nødvendigt at foretage effektive kontroller, hvilket ikke fandt sted.⁸⁷ Dette sammenholdt med en egenkapital på blot 1 mio. kr. anså Højesteret som klart uforsvarligt. Det fremgår tydeligt af dommen, at der netop var foretaget en risikovurdering af selskabets forhold sammenholdt med ledelsens (manglende) ageren.

Vurdering af bestyrelsens ansvar set ud fra selskabets risikoprofil kan illustreres således: *Jo større risiko der er forbundet med selskabets brancheområde, organisation eller likviditet, desto større krav stilles der til ledelsens kontrol af selskabet.*

På samme tid pålægges der et krav om kreditvurdering for et selskabs kreditorer, hvorfor disse ikke ville kunne påberåbe sig et tab, hvis de forud for kontrahering med et selskab ikke selvstændigt har været inde at kreditvurdere selskabet.⁸⁸ Der foreligger ej objektive krav til denne kreditvurdering. Dog fremgår det i sagen U1974.1005 H, at der fra domstolenes side også blev lagt vægt på, at sagsøgeren, der var aktionær i sagsøgte selskab, selv havde indsigt i selskabets økonomiske forhold, hvorfor det stod denne frit selv at vurdere, hvorvidt det opfordrende cirkulære var grundlag nok for at give yderligere kredit.

Tilsvarende blev erstatningen også nedbragt med halvdelen i U 1982. 595 H, idet Højesteret udtalte: *"Det må nu vel lægges til grund, at appellanten var rede til at løbe en ikke ringe risiko ved at yde varekredit til selskabet, hvis egenkapital efter regnskabet var beskeden, og hvis regnskabsresultater beroede på en bedømmelse af avancen på igangværende arbejder, der altid vil være behæftet med nogen usikkerhed".*⁸⁹

I forbindelse hermed skal det yderligere lægges til grund at den kreditor, der egenhændigt vælger at yde kredit til et nødlidende selskab påtager sig en øget risiko, som denne har accepteret i form af evt. pålæggelse af højere renter. Hvis selskabet efterfølgende går konkurs, kan kreditor ikke gøre et erstatningsansvar gældende ud fra *accept af risikoen*, som denne har påtaget sig.⁹⁰

Hvis et selskabs kapitaltilskud er afhængig af fremmedfinansiering kan vedtagelsen heraf på bestyrelsesniveau i sig selv være ansvarspådragende for ledelsen.⁹¹ Grunden hertil skal atter ses i lyset af

⁸⁷ Friis Hansen & Krenchel; Dansk Selskabsret 2, s. 677.

⁸⁸ Bet. 1498 af 2008, s. 38.

⁸⁹ Dommen indeholdt dissens, der stemte for fritagelse af ansvar, da kreditor: *"...var klar over, at kreditgivning i den givne situation var særdeles risikabel".*

⁹⁰ Friis Hansen & Krenchel; Selskabsret 2, s. 679.

⁹¹ http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/1170/html_som_fremsat.htm, (§ 115)

den risikovurdering som bestyrelsen skal foretage af selskabet. Hvis selskabets drift er afhængig af fremmedfinansiering er dette en klar indikation på, at der foreligger så klare likviditetsproblemer, der ud fra et forretningsmæssig skøn bør få ledelsen til at overveje, hvorvidt selskabets drift bør stoppe. Låneoptagelse skal dog i sig selv ikke anses som værende en culpøs handling, idet fremmedfinansiering af betydelige lån er ganske udbredt i erhvervslivet. Det skal derimod forstås således, at en bestyrelse ej skal forlade selskabets drift ene og alene på fremmedfinansiering. Bestyrelsen må derimod gerne bruge fremmedfinansiering som en mulighed for at booste selskabets investeringsmuligheder mv. Hvis et selskabs opstart afhænger af fremmedfinansiering må selskabets egenkapital anses som værende utilstrækkelig, hvorfor der foreligger øgede krav til ledelsens agtpågenhed med selskabets drift. Hvis selskabet uheldigvis skulle gå i likvidation *kan* låneoptagelsen medføre et erstatningskrav, idet man fra domstolene ville anse dette som en indikator på, at selskabets kapitalberedskab var mangelfuldt, hvis låneoptagelse på så tidligt et tidspunkt var en nødvendighed.

5.3 Ledelsens loyale forretningshensyn

Domstolene er som udgangspunkt tilbageholdende med efterprøvelse af ledelsens forretningsmæssige skøn, så længe disse er disponeret i selskabets interesse og i god tro.⁹²⁹³⁹⁴ Bestyrelsen er således pålagt et loyalitetskrav. I tilfælde af en interessekonflikt hvor ledelsens beslutninger er præget af andre interesser end blot selskabets, synes marginen for fejlskøn at være betydeligt skærpet.⁹⁵ Bestyrelsens loyale forretningshensyn udgør derfor et grundelement for det forretningsmæssige skøn ved en efterprøvelse af bestyrelsesbeslutninger. U1981.973 H (Røde Vejmølle) udgør et af de bedst illustrerende eksempler herpå i dansk retspraksis:

Selskabets direktør og storaktionær havde i en periode solgt rasp til et selskab til langt under listepriiserne, der ellers var forhandlet hjem i en eneforhandlerkontrakt. Aftageren af den pågældende rasp var et selskab, der var ejet af Røde Vejmølles direktør Mogens Poulsen og dennes kone. Mogens Poulsen valgte at sælge det pågældende rasp til betydeligt nedsat pris, hvilket foregik uden bestyrelsens konkrete viden herom. Dette var på trods af en klar aftale mellem bestyrelsen og direktøren, hvor salgets dækningsbidrag skulle øges fra 6,31% ved direktørens tiltrædelse til forventeligt

⁹² Friis Hansen & Krenchel; Dansk selskabsret 2, s. 670-671.

⁹³ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 362.

⁹⁴ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 466.

⁹⁵ Werlauff; Selskabsret, s. 547.

8 %. På grund af prisnedsættelsen udgjorde det faktiske dækningsbidraget under 1 %. Brødfabrikanten Røde Vejmølle trådte kort tid derefter i likvidation på baggrund af øget konkurrence samt ældre og nedslidt produktionsmateriale.

Selskabet sagsøgte derefter direktøren med et krav på ca. 500.000 kr., idet sagsøgerne lagde til grund, at direktøren havde handlet illoyalt overfor Røde Vejmølle ved at sælge raspen til langt under den pris, der var blevet forhandlet hjem i kontakten. Yderligere blev der lagt til grund, at raspen var det eneste produkt, som gav overskud på daværende tidspunkt, hvorfor "korrekte" salgspriser var yderst vigtig for selskabets overlevelse.

Den sagsøgte direktør Mogens Poulsen havde i forbindelse med sin tiltræden som direktør for Røde Vejmølle overladt den daglige drift af det tidligere selskab til sin kone. Dette var sket ud fra et forretningsmæssigt hensyn, hvor divergerende interesser ikke skulle forveksles. Sagsøgte lagde til grund, at denne op til flere gange havde nævnt for bestyrelsen, at der var opstået øget konkurrence fra udenlandske forhandlere, hvorfor de fastsatte listepreiser ej længere kunne overholdes. Dette blev dog på intet tidspunkt officielt gennemgået på bestyrelsesniveau.

Landsretten lagde vægt på direktørens dobbeltstilling, hvor denne forsøgte at varetage to hensyn. Retten fandt ikke, at direktøren havde udvist en så væsentlig tilsidesættelse af Røde Vejmølles hensyn, at dette var ham ansvarspådragende. Ligeledes blev der lagt vægt på, at prisnedsættelsen var en nødvendighed for at få afsat varerne, idet man ej heller ville kunne afsætte raspen til anden side, medmindre prisen blev reduceret. Det var derfor foretaget ud fra et loyalitetshensyn til Røde Vejmølle for at bevare en indtægt, omend denne var ganske beskeden. Der var derfor ikke blevet påført selskabet noget *tab* ved nedsættelse af prisen på rasp. Højesteret stadfæstede dette samt henviste til, at beslutningen var foretaget ud fra et forretningsmæssigt skøn jf.: "*... og at han har foretaget nedsættelserne ud fra et loyal forretningsmæssigt skøn*".

Selvom sagen omhandler en direktørs ansvar for forretningsmæssige dispositioner, er denne dom dog til stadighed ledende indenfor ledelsens forretningsmæssige hensyn, der analogt kan finde anvendelse på bestyrelsesmedlemmer. Dommen har til stadighed præjudikatværdi, hvor den illustrerer, at det er op til den disponerende at sandsynliggøre, at det forretningsmæssige skøn blev varetaget ud fra selskabets interesse.⁹⁶ Det særlige ved netop denne sag udgør den dobbeltrolle, som di-

⁹⁶ Werlauff; Selskabsret, s. 547.

rektør Mogens Poulsen har påtaget sig, hvor dennes dispositioner netop kom sit eget selskab til gode, hvilket står i kontrast til kravet om ledelsens upartiskhed, hvor denne ikke må varetage særinteresser i forbindelse med ledelseshvervet.⁹⁷ Sagen illustrerer ganske glimrende, at begunstiggelse af særinteresser *ikke* er ansvarspådragende, så længe dette er resultat af et loyalt forretningsmæssigt hensyn, der er foretaget ud fra selskabets interesse og ikke særinteresser. Det kan på baggrund heraf konkluderes, at de dispositioner, der er foretaget ud fra et loyalt forretningsmæssigt hensyn vægter højere end ledelsens eventuelle inhabilitet.

Højesteret bemærkede dog også i sin domsafsigelse, at det var kritisabelt, at direktøren ikke løbende havde underrettet bestyrelsen mht. prisnedsættelserne. Bemærkningen skal ses i lyset af, at netop raspindtægterne var af så vigtig betydning for selskabets drift, at dette var en nødvendig information for bestyrelsen, hvis denne skulle have mulighed for at foretage bestyrelsesbeslutninger på baggrund af korrekt informationsgrundlag. Kravet om gennemsigtighed for ledelsesbeslutninger er på linie med generel opfattelse af, at jo mere åben ledelsen er over for omverdenen vedrørende sine dispositioner, desto større margin har den for fejlskøn.⁹⁸⁹⁹ Dette kan yderligere tilsluttes ud fra sagen vedrørende Tjæreborg Huse, hvor ledelsen netop forsøgte at fremlægge selskabets økonomiske forhold i et omdelt cirkulære til sine kreditorer. Selv om der som tidligere beskrevet var tale om forkerte oplysninger, synes domstolene at lægge vægt på, at bestyrelsen i pågældende selskab netop forsøgte at være transparente vedrørende selskabets økonomi, hvorfor ledelsen netop ikke ifaldt erstatningsansvar for den fortsatte drift samt øget kreditoptagelse. Holdningen tilsluttes yderligere af Werlauff, der i sin "Bestyrelsens arbejde og ansvar" der også pointerer, at jo mere åben bestyrelsen er i relation i deres forretningsmæssige dispositioner, desto mindre bliver risikoen for at ifalde et erstatningsansvar.¹⁰⁰

5.4 Uforsvarlig drift

Ved et selskabs økonomiske vanskeligheder står bestyrelsen overfor en skillevej: Skal driften fortsætte ud fra en konkret vurdering af selskabets forhold, herunder fremtidig indtjeningsmulighed, konkrete tilpasningsmuligheder ved evt. frasalg af aktiver, omorganisering mv., eller skal driften indstilles? Et aktivt tilvalg om at lade driften fortsætte skal derfor baseres på et oplyst grundlag,

⁹⁷ Werlauff; Selskabsret, s. 548.

⁹⁸ Werlauff; Selskabsret, s. 556.

⁹⁹ Werlauff, Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 38.

¹⁰⁰ Ibid.

hvor bestyrelsen er forpligtet til at foretage sine dispositioner ud fra et loyalt hensyn til selskabet, hvor driften skal anses som værende baseret på et "forsvarligt" grundlag. Trængt økonomi udgør i sig selv ikke en uansvarlighed, hvorfor kapitaltab i sig selv ikke er ansvarspådragende.¹⁰¹ En fortsættelse af et selskabs drift baseret på manglende *evne* eller *vilje* til at indse, at en fortsat drift ikke vil være mulig uden at pådrage selskabet samt dets kreditorer yderligere tab, kan ud fra et forretningsmæssigt hensyn tilnærmelsesvis betegnes som "illoyalt" samt uforsvarligt. U1998.1137 H (Fodboldklubben OKStimist) illustrerede dette sammenholdt med manglende overholdelse af håbløshedstidspunktet. En professionel fodboldklub blev i 1987 stiftet, hvor driften allerede på et tidligt tidspunkt var underskudgivende. På et bestyrelsesmøde i marts 1988 blev årsregnskabet for 1987 gennemgået, hvor det bl.a. fremgik, at egenkapitalen var tabt. Bestyrelsen valgte at fortsætte driften ud fra en forhåbning om fremtidige sponsorater, der dog ikke blev en realitet. Selskabet gik konkurs i januar 1990, hvorefter selskabets konkursbo anlagde erstatningssag mod bestyrelsesmedlemmerne for deres fortsatte drift af selskabet efter konstatering af tabet af selskabets egenkapitalen. Landsretten bemærkede, at driften fra start havde været underskudgivende, og driften derfor var baseret på et spinkelt grundlag. Ydermere blev det bemærket at: "*Ved på trods af denne usikre økonomiske situation at fastholde selskabet i nogle ud fra selskabets økonomiske forhold alt for betydelige forpligtelser, enten ud fra manglende økonomisk overblik eller ud fra nogle ikke nærmere definerede forventninger om at kunne redde selskabet, findes den samlede sagsøgte ledelse at burde have indset, at fortsat drift ville være yderligere underskudsgivende.*" Det kan ud fra landsrettens bemærkninger indirekte læses, at manglende standsning af driften *kunne* skyldes en manglende vilje fra bestyrelsens side jf. ".. eller ud fra nogle ikke nærmere definere forventninger...". Landsretten fandt derfor selskabets bestyrelses beslutning om at fortsætte driften som værende ansvarspådragende¹⁰², hvilket blev stadfæstet af Højesteret: "*Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltrædes det endvidere, at bestyrelsen pr. 4. april 1989 burde have indset, at videreførsel af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab, og at bestyrelsen har handlet uforsvarligt ved at fortsætte driften.*" Domsafsigelsen står i kontrast til den senere AOF-dom fra 2006 der også omhandlede ulønnede bestyrelsesmedlemmer, der ud fra ideelle hensigter havde påtaget sig et bestyrelsesopdrag. Dog synes bestyrelsesmedlemmernes manglende økonomiske indsigt at indgå som et lempeligt element i netop AOF-dommen. At bestyrelsesmedlemmernes manglende økonomiske indsigt indgik i en helhedsvurdering i AOF-dommen skal yderligere tilskrives, at medlemmerne *ihærdigt* forsøgte at vende den negative udvik-

¹⁰¹ Friis Hansen & Krenchel; Selskabsret 2, s. 427.

¹⁰² Disse blev dog på baggrund af manglende bevisførelse for konkret tabsopgørelse ikke fundet erstatningspligtige, da tabet ikke kunne opgøres. Tabet blev senere af Højesteret skønsmæssigt sat til 1 mio. kr.

ling ved løbende afholdelse af bestyrelsesmøder med opfølgning, hvilket ikke fandt sted i "Fodbolddommen".

Dommen U 1998.1137 H kan til stadighed tillægges præjudikatværdi, hvor det yderligere kan udledes, at ulønnet opdrag ikke er en lempelse. Dette skal ses i lyset af, at sagsøgte bestyrelsesformand Jørgen Milo forklarede, at bestyrelsen bestod af ulønnede medlemmer, der ikke var professionelle. Domstolene foretog hverken i Landsretten eller i Højesteret en vurdering heraf, hvorfor domstolenes (manglende) iagttagelse heraf i sig selv illustrerer, at dette ikke skal tillægges betydning i ansvarsvurderingen af et ledelsesansvar. Dette understøttes af Samuelsson og Søgaard i "Bestyrelsesansvaret", hvor det anføres, at vederlagets størrelse principielt ikke bør tillægges betydning.¹⁰³ Nærværende sag viser også, at domstolene implicit foretager et skøn om, hvorvidt den fortsatte drift er forsvarlig over for selskabet. Denne vurdering skal netop ses ud fra et loyalt skøn over for selskabet. Forsvarlighedsbedømmelsen fandt også sted i U2006.243 H (Mindshift), der analogt kan anvendes på ledelsesområdet til trods for, at der var tale om drift af en fond, idet der i fonden "*skulle tjenes penge*"¹⁰⁴. Fonden blev stiftet i 1995 med henblik på at fremme kulturelle tiltag. Året efter i sommeren 1996 blev der, i strid mod bestyrelsens beslutning, åbnet en restaurant, der hurtigt viste sig at være underskudsgivende. Kort tid herefter i september 1996, blev bestyrelsen bekendt med, at selskabets egenkapital var tabt, samt at budgettet for etableringen af restauranten var betydeligt overskredet. Ligeledes var restaurantens drift tilrettelagt på en sådan måde, at det indebar fundamentale svigt i økonomi- samt kassefunktionen. En fortsat drift skulle herefter kun have fundet sted, hvis ikke der blev stiftet yderligere gæld, hvor tidligere gæld skulle nedsættes samt varekøb kun burde foretages ved kontant betaling. Dette fandt ikke sted, og fonden blev erklæret konkurs kort tid derefter i november 1996. Højesteret fandt et bestyrelsesmedlem erstatningsansvarlig, idet denne som advokat burde have sikret, at de resterende bestyrelsesmedlemmer blev gjort klart, at en fortsættelse af selskabet ville være uforsvarligt. Dette underbygges blandt andet af, at fonden på daværende tidspunkt var stærkt illikvid, hvilket yderligere understøtter uforsvarlighedselementet i den fortsatte drift. Bestyrelsesmedlemmet blev på baggrund heraf erstatningsansvarlig for 3,6 mio. kr., som udgjorde tabet efter det af domstolene konstaterede håbløshedstidspunkt.

Mindshift-dommen er et godt eksempel på, hvorledes subjektive kvalifikationer i form af profession kan komme et bestyrelsesmedlem til skade. Dette skal dog yderligere ses i en kontekst af, at dette

¹⁰³ Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 31.

¹⁰⁴ Werlauff; Selskabsret s. 120 og s. 559.

medlem på baggrund af netop sin særlige kundskab burde have indset, at en fortsættelse var klart uforsvarligt, idet fondens passiver udgjorde hele 20 mio. kr. mod dens aktiver på blot 4 mio. kr. Den stærke illikviditet skal derfor anses som et skærpet element i ansvarsvurderingen.

5.5 Sammenfatning

Den anvendte retspraksis i nærværende afhandling er ingenlunde altomfattende. Domsafsigelser vedrørende selskabsledelsens fortsatte drift er mangfoldig, hvorfor den anvendte retspraksis i nærværende afhandling blot udgør et mindre udsnit heraf. Inddragelsen af disse har været med henblik på at belyse det forretningsmæssige skøns betydning for ledelsens ansvarsvurdering i forbindelse med den fortsatte drift af et kapitalsselskab i økonomisk krise. I dansk ret finder der ingen direkte henvisning til det forretningsmæssige skøn eller det såkaldte "business judgment rule" - dog med undtagelse af Capinordic-dommen, som ikke er inddraget i ovenstående analyse.¹⁰⁵ Landsretten anerkendte for første gang det forretningsmæssige skøn heri, hvor det udtaltes, at Landsretten er tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens forretningsmæssige skøn, hvad angik udlån.¹⁰⁶

På trods af tidligere manglende direkte anerkendelse af grundsætningen, har denne stor betydning for ansvarsvurderingen, idet domstolene som tidligere konkluderet er tilbageholdende med at efterprøve ledelsens forretningsmæssige skøn, hvilket der i den juridiske litteratur er bred enighed om.¹⁰⁷ Når der til trods herfor findes mangfoldig retspraksis herpå, skal dette ses i lyset af, at *informationsgrundlaget* samt bestyrelsens kvalifikationer forud for et forretningsmæssigt skøn kan efterprøves.¹⁰⁸

Det kan af retspraksis konstateres, at informationsgrundlaget for det forretningsmæssige skøn skal bedømmes ud fra den viden, der var tilgængelig på dispositionens tidspunkt jf. U1974.1005 H (Tjæreborg Huse), hvilket yderligere understøttes i den juridiske litteratur.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11.

¹⁰⁶ Ibid, s. 1261.

¹⁰⁷ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 362.

Friis Hansen & Krenchel; Selskabsret 2, s. 670-671.

Werlauff; Selskabsret, s. 546.

Gomard & Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 573.

Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 134 ff.

¹⁰⁸ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 137.

¹⁰⁹ Friis Hansen & Krenchel; Dansk Selskabsret s, s. 671.

Gomard & Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 574.

Et erstatningsansvar kan tidligst statuere i tilfælde, hvor tab for kreditor må anses som værende *uundgåeligt*.¹¹⁰ Dette understøttes af U1998.1137 (Fodboldklubben OKStimist) samt U2007.497 H (Calypso), hvor det af domstolene blev vurderet at håbløshedstidspunktet var indtruffet, hvilket understøttes af Bergenser, hvor denne tilslutter, at det af retspraksis kan konkluderes, at der statueres ansvar, hvis udsigten til den fortsatte drift må anses som værende håbløs.¹¹¹ Modsat U1977.274 H (Havemann) samt U2015.257 V (G Kartoffler), hvor der helt indtil selskabernes likvidation forelå forhandlinger om mulighed for salg/fusion, hvorfor håbløshedstidspunktet ikke var indtrådt omend muligheden for at redde de pågældende selskaber var ganske minimale.

Ydermere kan det af retspraksis samt den juridiske litteratur konkluderes, at en kreditvurdering samt risiko pålægges kreditor, hvorfor tab som følge af et selskabs konkurs kan få virkning som *accept af risiko* eller *egen skyld*, hvis denne ikke har udvist omhu med sin kreditvurdering af debitor forud for kreditafgivelse.¹¹² Dissensen i U1974.1005 H (Tjæreborg Huse) ville blot tilkende en halv erstatning, idet kreditors genoptagelse af leverance på kredit måtte få en virkning af accept af risiko, da denne forud herfor var vidende om, at selskabet havde været i økonomiske vanskeligheder, hvorfor et tab ville være nærliggende.¹¹³

Overordnet kan det ud fra retspraksis udledes, at der foreligger en betragtelig bred margin for ansvars pådragelse ved fejlskøn. Hvis bestyrelsens dispositioner er foretaget ud fra et loyalt forretningsmæssigt hensyn, idømmes der som udgangspunkt ikke erstatningsansvar med begrundelse om udvisning af *loyale hensyn* eller *god tro*. Retspraksis tegner et billede af et særdeles lempeligt erstatningsansvar, hvilket skyldes, at en domstolsprøvelse tager udgangspunkt i en såkaldt "bakspejlsvurdering", hvor man sidenhen har haft mulighed for at vurdere samfundsudviklingen, ændrede markedsvilkår mv., hvilket ikke var muligt, da bestyrelsen foretog sit skøn.¹¹⁴ Ud fra bagklogskabens klare lys, kan en skønsmæssig disposition derfor lettere anses som culpøs ved en efterprøvelse. Ydermere skal det i denne betragtning medtages, at ledelsesmedlemmer subjektivt vil være underlagt et betydeligt pres forud for håbløshedstidspunktet fra bl.a. pengeinstitutter, kreditorer, aktionærer, direktionen mv., hvorfor det i den konkrete situation kan være ganske vanskeligt for et bestyrel-

¹¹⁰ Sofsrud; Bestyrelsens beslutning og ansvar, s. 297.

¹¹¹ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 351.

¹¹² Gomard & Schaumburg-Müller; Kapitalselskaber, s. 582.

¹¹³ Samuelsson & Søgaard; Bestyrelsesansvaret, s. 243.

¹¹⁴ Bergenser; Tilsynsrådets erstatningsansvar, s. 351.

sesmedlem egenhændigt at komme til en erkendelse af, at en fortsat drift vil være håbløs og samtidig ikke være i selskabets interesse.¹¹⁵

Ydermere skal afhandlingens problemformulering ses i en større kontekst, hvor det forretningsmæssige skøn kan indgå i andre ansvarspådragende situationer end blot fortsættelse af et selskab i økonomisk krise, der i nærværende afhandling danner udgangspunkt. Det forretningsmæssige skøn skal derfor indgå i en vurdering, hvor bestyrelsesmedlemmers pligter jf. SL § 115 efterprøves. Retspraksis statuerer ganske spinkel fejlmargen ved forretningsmæssige skøn, der vil medføre fordele for tredjemænd eller bestemte kapitalejere på bekostning af de øvrige.¹¹⁶ Dette illustreres bl.a. i U1925.244 H (Rederi Mercur), U1989.812 H (Schmidts Maskinfabrik) samt U2010.190 H (Russmarine).¹¹⁷ Dette tilsluttes af Landsretten i Capinordic-dommen: "*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.*"¹¹⁸

Den brede margin for fejlskøn i standsningssagerne skal derfor indgå i en helhedsvurdering, hvor der ud fra retspraksis er statueret visse uskrrevne normer for anvendelsen af det forretningsmæssige skøn.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Werlauff; Selskabsret, s. 547.

¹¹⁷ Berg & Langsted tilslutter sig dette i U1994B. 183, s. 191.

¹¹⁸ Østre Landsrets dom Ø.L 13 afd. Nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1261

6. Konklusion

I kølvandet af et selskabs konkurs fremkommer som regel spørgsmålet om, hvorvidt selskabets ledelse havde ageret ansvarspådragende. For en udenforstående lægmand kan dette synes indlysende, hvorfor denne vil tiltræde et krav om erstatningsansvar for selskabsledelsen. Bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar fremkommer derfor med jævne mellemrum som et retspolitisk emne i kølvandet på de seneste "erhvervsskandaler".

Ud fra et retspolitisk hensyn kan den brede margin for fejlskøn ved fortsættelse af et selskabs drift være uheldig, idet disse fejlskøn kan medføre betydelige tab for kreditorer, aktionærer samt tredjemænd, hvorfor ansvarsfritagelse kan synes "urimelig". Det er i den forbindelse ad flere omgange blevet diskuteret i forbindelse med udformningen af selskabsloven i 1973, 1992 og senest i 2009, hvorvidt et egentlig professionsansvar eller præsumptionsansvar bør indføres.¹¹⁹

Ydermere udspringer det forretningsmæssige skøn af *soft law*, hvor disse er et biprodukt af de såkaldte corporate governance regler. Der er derfor tale om grundsætninger, der ikke er kodificeret ved lov men derimod retspraksis. Dette kan i sig selv danne grundlag for usikkerhed om retstilstanden, idet det umuliggøres at finde direkte hjemmel i lovregler.

En egentlig skærpelse af ansvarsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmer kan dog have en negativ konsekvens i form af afskrækkelse af egnede personer til at varetage bestyrelsesopdraget.¹²⁰ Ydermere kan et præsumptionsansvar have en uheldig effekt, hvis bestyrelsen føler sig tvunget til at dokumentere samtlige beslutninger, der bliver truffet på bestyrelsesniveau. Dette ville blive et bureaukratisk mareridt. Særligt i økonomiske krisetider, fordres der hurtige samt dristige reaktioner fra ledelsen, hvilket kan afskrækkes ved et sådant krav om omvendt bevisbyrde.

Vurderingen af forsvarligheden af ledelsens aktive valg om at fortsætte en tabsgivende drift er kompliceret, da det fordrer en vis indlevelse i de faktiske forhold, som de *forelå for bestyrelsen* på daværende tidspunkt. Bagklogskabens klare lys kan let have en skærpende indflydelse på ansvars-

¹¹⁹ jf. kap. 4.

¹²⁰ Bet. 1498 af 2008, s. 43.

vurderingen, hvorfor bestyrelsesdispositioner ud fra en rimelighedsvurdering bør tillægges en vis bredde af margin for fejlagtige dispositioner.

Ud fra et kapitalistisk liberalt synspunkt er det forretningsmæssige skøn derfor hensigtsmæssigt, eftersom en bred indrømmelse af fejlmargen fra domstolene er en nødvendighed som en lempelse af det stærkt præciserede bestyrelsesansvar, der med sine lovregler kan virke indskrænkende ved etablering samt varetagelse af driften af et selskab. Det forretningsmæssige skøn kan derfor tilskrives culpanormens relativitet og danner grundlaget for den fleksibilitet, der er nødvendig for en balanceret ansvarsvurdering.

Det blev i Børsen fremhævet, at fremtidens bestyrelser er underlagt en klar professionaliserende tendens inspireret af amerikansk ret. Dette udspringer af et øget investorkrav til bestyrelsesmedlemmernes kvalifikationer samt tidsforbrug på deres bestyrelsesopdrag.¹²¹ Dette kan tænkes at få en objektiviserende tendens for bestyrelsesansvaret på sigt, hvorfor det forretningsmæssige skøns betydning netop i fremtiden vil få en større rolle i dansk ret, hvor grundsætningen kan agere modvægt mod et skærpet krav, som bestyrelsen vil blive underlagt.¹²²

¹²¹ Dette har medført øget vederlag for bestyrelsesarbejdet, der for en bestyrelsesformand er steget med 60 % siden 2010.

¹²² Børsen; 20. marts 2017, s. 6-7.

7. Abstract

The subject of the thesis is the Business Judgment Rule's impact on the Board of Directors liability for ongoing operation of a limited liability company in financial crisis.

The Business Judgment Rule has its origin from American case law and has not been codified in the Danish Legislation.

The Danish Court of Law shows caution by verifying the Business Judgment Rule as long as the Board of Directors' judgments are made out of loyal considerations towards the company.

The Business Judgment Rule has specific relevance towards the demand of sufficient capital acquired by The Danish Companies Act § 115 No. 5.

The analysis shows that the legal literature as well as case law have caused a considerable wide margin of error for ongoing operation of a loss-making company.

The lack of the Board of Directors' liability to damages is reasoned by the act of good faith and loyalty towards the interests of the company which is warrant by the Corporate Governance Rules. The loyal Code of Conduct is a necessity to avoid liability which is illustrated in the sentence U1981.973 H.

The High Court has for the first time directly acknowledged the Business Judgment Rule in the case regarding Carpinordic from 2015.

The Business Judgment Rule has to be included in an overall evaluation of The Board of Directors liability. Case law shows that judgments made out of disloyalty towards the interests of the company entails greater risk for the Board of Directors to become liable for the damages.

In the future the Board of Directors' liability will represent a further complex and demanding effort which is a result of an intensification of the liability, where the Business Judgment Rule will have an even greater significance in that respect.

8. Indholdsfortegnelse

Anvendt litteratur

Berg, Claus & Lars Bo Langsted, "Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?", U1994B.183

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

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

Borch, Ole & Torben Vistisen, "30 år efter Havemann", ET 2007

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

Gomard, Bernhard; Schaumburg-Müller, Peer (2013): "Kapitalelskaber – aktie- og anpartsselskaber", 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Munk-Hansen, Carsten (2014): "Retsvidenskabsteori", 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag

Samuelsson, Morten; Søgaard, Kjeld (1997): "Bestyrelsesansvaret", Forsikringshøjskolens Forlag

Schans Christensen, Jan (2012): "Selskabsloven med kommentarer", 1. udgave, Karnov Group

Sofsrud, Thorbjørn (1999): "Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar", 1. udgave, Greens§Jura, Akademisk Forlag

Ulfbeck, Vibe (2010): "Erstatningsretlige grænseområder - Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar", 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Vinding Kruse; Anders (1990): "Erstatningsretten", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

von Eyben, Bo; Isager, Helle (2007): "Lærebog i erstatningsret", 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Werlauff, Erik (2010): "Bestyrelsens arbejde og ansvar", 2. udgave, Gjellerup

Betænkninger

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: Modernisering af selskabsretten, Betænkning 1498 af november 2008, https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/Modernisering_af_selskabsretten_2008.pdf.

Fundet senest den 7. maj 2017.

Industriministeriets selskabsretpanel, Betænkning 1229 af 1992, https://www.foxylex.dk/media/betaenkninger/Forenkling_og_fremtidstilpasning_af_selskabslovene.pdf. Fundet senest 7. maj 2017.

Lovforslag

Forslag til Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/1170/html_som_fremsat.htm. Fundet senest 7. maj 2017.

Lov 170 (vedtaget): Forslaget til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/1170/html_som_vedtaget.htm. Fundet senest 7. maj 2017.

Artikler mm.

Børsen (2017): "Danske formænd vinder nordisk lønkamp", s. 6-7.

Komitéen for god selskabsledelse, senest opdateret november 2014; "Anbefaling for god selskabsledelse", <https://corporategovernance.dk/sites/default/files/anbefalinger-for-god-selskabsledelse-2013-senest-opdateret-november-2014.pdf>, senest fundet 7. maj 2017

Eisenberg, Melvin Aron (1993): "An Overview of the Principles of Corporate Governance", Berkeley Law, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, s. 11-13.

Anvendt retspraksis

U 1925.244 H

U 1962.151 H

U 1974.1005 H

U 1977.274 H

U 1981.973 H

U 1982.595 H

U 1984.908 SH

U 1989.812 H

U 1997.283 H

U 1998.1137 H

U 2006.243 H

U 2006.2637 H

U 2007.497 H

U 2010.190 H

U 2015.257 V

Østre Landsrets dom Ø.L. 13 afd. nr. B-876-11 og B-877-11