



AALBORG UNIVERSITET

JURIDISK KANDIDATSPECIALE 2018

Ansvarsvurderingen af det forretningsmæssige skøn

Business Judgement Rule

Andreas Munch Kruse
Daniel Elbo Andersen

Vejleder: Anders Bredgaard

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	1
1 Introduktion & formalia	3
1.1 Indledning.....	3
1.2 Problemformulering.....	4
1.3 Emneafgrænsning	5
1.3.1 Positiv emneafgrænsning.....	5
1.3.2 Negativ emneafgrænsning	5
1.3.3 Tidsafgrænsning	6
1.4 Kildeafsnit.....	7
1.5 Metode.....	8
1.6 Fremgangsmåde	9
2 Redegørelse – ledelsesansvarsprincipper og begreber	10
2.1 Kapitalselskabet	10
2.1.1 Kapitalselskabets kendetegn, struktur og formål	10
2.1.2 Kapitalselskabets ledelse.....	11
2.1.3 Den skandinaviske ledelsesmodel og ledelsens øgede involvering	11
2.2 Corporate Governance.....	16
2.2.1 anbefalinger til ledelsen.....	17
2.3 Tabsbegrænsningspligten	19
2.3.1 Kreditorhensyn og tabsminimering.....	19
2.4 Ledelsesansvar – ift. Selskabsloven §§ 361-364	21
2.5 Håbløshedstidspunktet	23
2.6 Business Judgement Rule	24
3 Retspraksisanalyse	26
3.1 Intro.....	26
3.2 Rettens vurdering af det forretningsmæssige skøn	27
3.3 Loyalitet overfor selskabet, dets kreditorer og kapitalejere.....	35
3.4 Virksomheds- og branchespecifikke omstændigheder	39
3.5 Delkonklusion af retspraksisudvikling.....	51
4 Diskussion.....	55
4.1 Hvordan introduceredes Business Judgement Rule, og med hvilken effekt?.....	55
4.2 Betydende faktorer for ansvarsvurderingen.....	58
4.2.1 Eksterne forhold.....	58
4.2.2 Interne forhold	61
4.2.3 Virksomhedens subjektive forhold vs. en objektiv ansvarsvurdering.....	62

4.3	Corporate Governance som culpaelement	65
5	Konklusion	67
6	Abstract	71
7	Bibliografi	73
8	Domsliste.....	76
9	Definitionsliste	77

1 Introduktion & formalia

1.1 Indledning

I dette speciale ønskes det at belyse, hvilke elementer domstolene vægter i forbindelse med ansvarsvurderingen af en ledelse, og dennes forretningsmæssige skøn. Formålet har været at belyse hvilke faktorer domstolene har vægtet, og formidle dem på en sådan måde, at der gives et forståeligt og retvisende billede af ansvarsvurderingen.

Da ledelser i Danmark ikke er underlagt kompetencekrav, vil specialet søge at formidle og forklare, hvad domstolene lægger vægt på, og hvilke ting der kan være medvirkende til, at en ledelse ifalder erstatningsansvar.

Specialet vil primært fokusere på selskabsledelser, men hvor der er præjudikatværdi, ansvarssammenfald, eller retlig sammenlignelighed, vil også sager om institutioner, organisationer, og andre juridiske enheder med ledelser blive inkluderet.

Et stort fokuspunkt for specialet vil være det almenkendte selskabsretlige princip; Business Judgement Rule. Dette princip omhandler domstolenes tilbageholdenhed i henhold til at skønne på ledelsens forretningsmæssige skøn. Derfor vil det blive undersøgt, hvad domstolene tager stilling til, når de ikke tager stilling til det forretningsmæssige skøn.

Hovedessensen af Business Judgement Rule er ledelsens dispositioners forsvarlighed og loyalitet. Specialet vil belyse, hvor grænsen for loyalitet og forsvarlighed ligger, og komme med eksempler fra retspraksis, både med ledelser der handler forsvarligt og/eller loyalt, og med ledelser der handler uforsvarligt og/eller illoyalt.

Den tidsmæssige udvikling af retstilstanden vil blive analyseret og gennemgået, for at vurdere, hvorvidt ansvarsvurderingen har ændret sig, eller der stadig kan støttes ret på ældre sager.

Af mere praksisorienterede regler, og regler der kan påvirke retstilstanden i fremtiden, vil specialet behandle anbefalingerne for god selskabsledelse; det såkaldte Corporate Governance. Da disse er soft-law, og formuleret efter et følg-eller-forklar-princip, er disses retlige værdi dog genstand for diskussion.

1.2 Problemformulering

Specialet ønsker at besvare:

På hvilket grundlag foretages ansvarsvurderingen af det forretningsmæssige skøn?

Dette vil blive undersøgt, ud fra følgende underspørgsmål:

- Hvordan, og hvornår, ses Business Judgement Rule implementeret i dansk ret?
- Hvilke elementer lægger domstolene til grund for ansvarsbedømmelsen?
- Kan virksomhedsforhold, såsom branchekutyme, ledelsessammensætning, bestyrelsesforhold, m.m. påvirke domstolenes ansvarsbedømmelse?
- Hvilken betydning kan Corporate Governance have på ansvarsbedømmelsen?

1.3 Emneafgrænsning

For på bedst mulig vis at belyse emnerne dette speciale omhandler, har det været nødvendigt at foretage visse til- og fravalg. Hvis alle relevante emner var medtaget, ville specialet i sin natur ikke kunne opnå en tilfredsstillende dybdegående behandling af emnet.

1.3.1 Positiv emneafgrænsning

Som hovedsageligt fokuspunkt vil dette speciale belyse ansvarsvurderingen af ledelser i dansk ret og Business Judgement Rule. For bedst at belyse dette, vil der blive fokuseret på ledelsers ansvar, sammensætninger, strukturer, og dispositioner. Corporate Governance vil ligeledes blive inkluderet.

Der vil blive fokuseret på domstolenes begrundelser for ansvarsvurderingen, og grundlaget for disse. Hoveddelen af den inkluderede retspraksis vil omhandle standsningssager, og dermed ledelsens dispositioner op til, omkring, og efter håbløshedspunktet.

I retspraksis inkluderes selskaber, institutioner, organisationer, og foreninger. Fælles for de udvalgte sager er, at de har stor præjudikatværdi, og der dannes et retsgrundlag, der er gældende for andre juridiske enheder end blot det omhandlede, grundet ligheder i ledelsesstrukturer og -opgaver. Der tages højde for, og diskuteres betydningen af, markedskonjunkturer og branchekutymer.

1.3.2 Negativ emneafgrænsning

I specialet inkluderes ikke retsområder, hvor der er markante særregler eller manglende præjudikatværdi for generelt ledelsesansvar. Derfor inkluderes ikke offentlige myndigheder, forvaltningsret, ansættelsesret, fonde, pengeinstitutter, og udenlandsk ret.

Ligeledes ekskluderes selskaber, der har valgt at have et tilsynsråd, da denne ledelsesform endnu ikke har haft indflydelse på klassisk dansk selskabsledelse. Tilsynsrådet som organ er ligeledes ekskluderet, men vil dog ganske kort blive nævnt i redegørelsen. Emner omhandlende enkeltpersoner vil ikke blive inkluderet, og derfor undtages personvirksomheder, enkelte investorers investering, og disses kompetence. Udmålingen af eventuel erstatning, det indbyrdes hæftelsesforhold, og lempelsesreglen medtages som udgangspunkt ikke, hvorfor Erstatningsansvarsloven ikke bliver nævnt.

Sager hvor en enkelt persons handlinger har været så skadende og culpøse, at sagens samlede vurdering omhandlende ledelsens ansvar er irrelevant grundet disse handlinger, medtages ikke. Dette er bl.a. sagen om IT-Factory, og Riskær-sagerne, og sager hvor ledelsen dømmes efter Straffeloven, og ikke Selskabsloven.

1.3.3 Tidsafgrænsning

I specialet anvendes udelukkende Selskabsloven efter reformen i 2010. Dette valg begrundes med, at de bestemmelser der anvendes, anvendes til at belyse den nutidige retsstilling.

Domstolene har i ansvarsvurderingen i mange år bedømt ledelsesansvaret ud fra en culpaporm, både før og efter Selskabslovens reform i 2010. Derfor har ældre sager ikke mistet præjudikatværdi, da der bedømmes ud fra den ansvarsnorm der stadig anvendes i dag.

I henhold til retspraksis er der derfor ikke foretaget en kraftig tidsmæssig afgrænsning, da det er tydeligt, at bedømmelserne er foregået på lignende grundlag, og med lignende begrundelser, i adskillige årtier. Den ældste inkluderede dom i specialet er dog fra 1956. Ældre domme er blevet læst, men da var retstilstanden så markant anderledes, at sagernes præjudikatværdi var væsentligt forringet.

Af juridisk litteratur er der hovedsageligt anvendt bøger udgivet efter år 2010. Dette er gjort, da disse så inkluderer den nye selskabslov, og den nyeste retspraksis. Har dette ikke været muligt, er der blevet anvendt ældre bøger, dog med disses naturlige mangler in mente.

I diskussionen er Corporate Governance blevet inkluderet. Disse anbefalinger stammer fra 2001, og blev obligatoriske for selskaber optaget til handel på Københavns Fondsbørs i år 2005.¹ I specialet anvendes den nye, reviderede, udgave fra 2017.

¹ (Københavns Fondsbørs, 2005)

1.4 Kildeafsnit

I specialet analyseres retskilderne ud fra det klassiske retskildehierarki, den retlige trinfølge. Med udgangspunkt i denne er grundlaget loven. Den grundlæggende lov for dette speciale er Selskabsloven, nærmere *lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)*, jf. *lovbekendtgørelse nr. 610 af 28. april 2015, med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 738 af 1. juni 2015 og § 1 i lov nr. 739 af 1. juni 2015.*

For yderligere analyse af denne lov er behandlingen af lovforslaget til den nye selskabslov af 2010 ligeledes blevet analyseret.

Ud over dette er over 50 retssager blevet læst og diskuteret, hvoraf de der bedst beskrev problemstillinger, rettens overvejelser, og generelt besad præjudikatværdi, er blevet udvalgt til brug i specialet.

Som understøttende materiale er der blevet læst adskillelige juridiske bøger og artikler, som alle omtaler og omhandler emner belyst i dette speciale.

Af soft law-kilder inddrages *Anbefalinger for god selskabsledelse* (også kaldet Corporate Governance), der bruges i specialets diskussion, og som reference for eventuelle fremtidige ændringer i retsstillingen.

Yderligere informationer om selskaber der har været involverede i retssagerne der er inkluderet i specialet, er blevet indhentet fra www.cvr.dk.

Under hele skriveprocessen er relevante nyhedsmedier flittigt blevet undersøgt, for at give en endnu bredere viden for emnet.

1.5 Metode

For at besvare den opstillede problemformulering, om hvilken effekt Business Judgement Rule har på ledelsesansvarsbedømmelsen, anvendes i specialet den retsdogmatiske metode.

Den retsdogmatiske metode har til formål at klarlægge, fortolke, analysere, og systematisere gældende ret.² Dette betyder, at der analyseres love, domsafsigelser, forarbejder, og juridiske artikler. Udover disse, er også soft law inkluderet, da *Anbefalinger for god selskabsledelse* behandles i dette speciale.

I projektet er der tilvalgt de valgfrie startkommaer, og tydeliggørelseskommaer, som beskrevet i Dansk Sprognævns Retskrivningsregler §§ 49-51.³ For yderligere tydeliggørelse er der ved opremninger tilvalgt brug af et serielt komma, det såkaldte Oxford-komma, for grammatisk at minimere potentielle tvetydigheder.

Ved at redegøre, analysere, og diskutere ud fra disse materialer, endes der ud i en konklusion, som vil belyse den gældende ret, og besvare problemformuleringen.

² (Munk-Hansen, 2014, s. 86)

³ (Dansk Sprognævn, 2012)

1.6 Fremgangsmåde

Dette speciale er inddelt i kapitler.

Kapitel 1 – Introduktion. Her forefindes formalia, metode-, og kildeafsnit. Ligeledes introduceres læseren til specialet, og bliver indforstået med de til- og fravalg der ligger til grund for specialet, og materialet brugt heri. Til sidst er der et afsnit om fremgangsmåden, hvor læseren bliver introduceret til resten af specialet, og dettes opbygning.

Kapitel 2 – Redegørelse. I dette afsnit redegøres der, vha. juridisk litteratur og retspraksis, for de områder specialet belyser. Kapitalselskabet og Corporate Governance bliver gennemgået, sammen med ledelsers tabsbegrænsningspligt og ansvar. Der redegøres også for de selskabs- og insolvensretlige principper om Håbløshedstidspunktet og Business Judgement Rule.

Kapitel 3 – Retspraksisanalyse. I dette afsnit gennemgås relevant dansk selskabsretspraksis. Der er udvalgt sager med stor præjudikatværdi, og som belyser problemstillinger på en relevant måde. Ud fra disse vurderes rettens vurdering af det forretningsmæssige skøn, ledelsens loyalitet overfor selskabet, og virksomheds- og branchespecifikke omstændigheder. I disse afsnit bruges sagerne overfor hinanden, for at belyse det retsmæssige synspunkt.

Kapitel 4 – Diskussion. Her bliver pointerne fremfundet i analyseafsnittet diskuteret, og set i forhold til bl.a. juridisk litteratur. Den af retten brugte ansvarsnorm bliver sat op imod en mere objektiv ansvarsnorm, og der bliver set på fordele og ulemper ved disse. Corporate Governance diskuteres, og der ses på hvorledes dette kan have en fremtidig betydning for retsstillingen.

Kapitel 5 – Konklusion. Her konkluderes og sammensættes de ting der er blevet belyst, analyseret, og diskuteret i specialet.

Kapitel 6 – Abstract. Her er det obligatoriske engelske resumé af specialet.

Kapitel 7 – Bibliografi. Her forefindes alle de kilder, der ikke er retspraksis, som er brugt i specialet, og som refereres løbende i fodnoterne.

Kapitel 8 – Domsliste. Her kan ses alle de domme specialet gennemgår. Disse står nævnt med UfR- eller FED-reference, den reference der er blevet brugt i specialet, og hvem sagen omhandlede.

Kapitel 9 – Definitionsliste. Her forefindes en liste over anvendte forkortelser og specielle begreber anvendt i specialet.

2 Redegørelse – ledelsesansvarsprincipper og begreber

2.1 Kapitalselskabet

For at forstå de eventuelle problematikker ved ledelsesansvar, er det essentielt at forstå kapitalselskabet, ud fra de lovmæssige regler og normer der følger denne selskabstype. Navnlig vil dette kapitel komme ind på Selskabslovens bestemmelser, som regulerer danske kapitalselskaber, ledelsesstrukturen i kapitalselskaber, og særtegnene ved den skandinaviske ledelsesmodel. Ligeledes vil der komme ind på ledelsens arbejds- og ansvarsfordeling, og opdelingen mellem bestyrelsens og direktionens opgaver.

Specialet vil derudover komme ind på de hensyn, der er taget angående kreditorer og investorer i disse selskaber, og hvordan den begrænsede hæftelse har betydning for de involverede parter sikkerhedsstillelse.

2.1.1 Kapitalselskabets kendetegn, struktur og formål

Kapitalselskabet er i Danmark den selskabstype, der oftest bruges af større erhvervsdrivende selskaber, involverer flest mennesker, og har størst omsætning.^{4,5}

Noget af det kendetegnende ved kapitalselskaber i dansk ret er, at de alle er underlagt Selskabsloven, jf. Selskabsloven § 1, stk. 1, alle har begrænset hæftelse, jf. Selskabsloven § 1, stk. 2, og alle er påkrævet en lovbestemt og registreret egenkapital, jf. Selskabsloven § 4.

Kapitalselskabet er en selvstændig juridisk person, hvis beslutningskompetence er opdelt i et hierarkisk forhold, hvor generalforsamlingen har den endelige beslutningskompetence, hvad angår selskabet, dog underlagt Selskabsloven. Ud over generalforsamlingen, består et kapital-selskab af et centralt og et øverste ledelsesorgan, som defineret i Selskabsloven § 5, stk. 1, nr. 4-5. Disse organer står for den daglige, og overordnede strategiske ledelse.

En person har som udgangspunkt frit valg mellem de forskellige selskabs- og ledelsesformer, når dennes selskabs juridiske ramme skal grundlægges.⁶

Netop denne fleksibilitet var også et af hovedargumenterne i behandlingen af den nye Selskabslov, tilbage i 2009, jf. denne lovs 2. behandling.⁷

⁴ (Gomard & Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber & Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 31)

⁵ (Christensen, 2017, s. 63)

⁶ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2014, s. 71)

⁷ (ft.dk, 2018)

Den begrænsede hæftelse har eksisteret i dansk ret siden slutningen af 1700-tallet, og blev stadfæstet ved en Højesteretsdom fra 1827, hvor det ifølge en artikel fra Juridisk Tidsskrift XVI (1829) anføres, at tredjemand, der har sluttet aftale med et I/S, kun kan gøre sit krav gældende mod selskabets formue, og ikke interessenternes personlige formue.⁸

Der er her gjort klart, at den begrænsede hæftelse er en beskyttelse af investorernes formue, og der gives derved øget frihed til at investere i selskaber, uden at kapitalejerne hæfter for mere end deres investering.

2.1.2 Kapitalselskabets ledelse

Et kapitalselskab kan i Danmark frit vælge mellem de ledelsesstrukturer opstillet i Selskabsloven § 111, jf. selvsamme.

I selskabsformerne IVS og ApS kan der opereres med en enstrengt ledelsesmodel, betydende at der blot er et ledelsesorgan i virksomheden, navnlig direktionen. Dette giver en centraliseret ledelse, som foretager både den strategiske og daglige ledelse. Denne ledelsesform er ikke mulig i et A/S, jf. Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 2, 2. pkt.

Fælles for alle kapitalselskaber er muligheden for at vælge den tostrengede ledelsesmodel, der består af en direktion, og enten en bestyrelse, eller et tilsynsråd, med tilsynspligt overfor direktionen.

Hvis der vælges et tilsynsråd, kan der ikke være personsammenfald mellem direktionen og tilsynsrådet, jf. Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 2, 3. pkt. I et A/S skal bestyrelsen, eller tilsynsrådet, desuden bestå af mindst 3 personer, jf. Selskabslovens § 111, stk. 2. Tilsynsrådets opgave er, at føre tilsyn med direktionens varetagelse af selskabets daglige og strategiske ledelse, samt de påsynskrav stadfæstet i Selskabsloven § 116.

2.1.3 Den skandinaviske ledelsesmodel og ledelsens øgede involvering

Specielt for danske kapitalselskabers ledelse er den skandinaviske ledelsesmodel, hvor en direktion og en bestyrelse er fælles ansvarlige for ledelsen af virksomheden, og hvor der gerne må ske personsammenfald mellem de to organer.

⁸ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 1, 2014, s. 167)

Bestyrelsen vil som udgangspunkt være ansvarlig for den langsigtede, strategiske, overordnede ledelse, samt have tilsynsopgaver, jf. Selskabsloven § 115. Direktionen er i denne model ansvarlig for den daglige ledelse, jf. Selskabsloven § 117, stk. 1.

Selv om der gerne må være personsammenfald mellem bestyrelsen og direktionen, må en direktør i et A/S dog ikke være bestyrelsesformand eller -næstformand, jf. Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 1, sidste pkt. Muligheden for personsammenfald gør, at den skandinaviske model ofte betegnes som en halvandenstregen model.⁹

Opdelingen af ledelsesansvaret, i henholdsvis ansvar for daglig ledelse hos direktionen, og ansvar for strategisk og overordnet ledelse hos bestyrelsen, er et kendetegn for den skandinaviske model. Personsammenfaldet, og den øgede involvering bestyrelsen har i selskabet, gør også, at bestyrelser i selskaber med denne ledelsesmodel har større indsigt i den daglige drift.

Det er i dansk ret muligt at vælge en bestyrelse, hvor kun formanden og næstformanden ikke er direktører, jf. Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 1, sidste pkt. Ud over disse to, må samtlige bestyrelsesmedlemmer gerne være direktører, jf. samme paragraf modsætningsvis. Det er dermed muligt at skabe en ledelsesmodel, hvor hele direktionen er i bestyrelsen. Ligeledes er det muligt at have en opsætning, hvor ingen direktører er i bestyrelsen.

Selskabsloven fastsætter nogle specifikke myndighedskrav til ledelsens medlemmer. Det fremgår i Selskabsloven § 112, stk. 1, at medlemmer af selskabets ledelse skal være myndige, og må ikke være omfattet af Værgemålsloven §§ 5 og 7.

Selskabsloven stiller heller ikke, lig mange andre landes selskabslovgivning, krav til ledelsens sammensætning, og heller ikke til ledelsens kompetenceevner. Det er derfor ikke et krav til bestyrelsesmedlemmer, at de skal have særlige forudsætninger, som vil tilgodesse deres hverv som ledelsesmedlemmer. Kendskab til branche, eller sågar til hvad det vil sige at drive virksomhed, er derfor ikke et krav, men det anses som en betydelig fordel.¹⁰

Muligheden for selv at vælge ledelsesmodel, og endda selv at vælge hvor stort personsammenfald der skal være mellem bestyrelsen og direktionen, er udtryk for den store fleksibilitet, og valgfrihed, der er til stede i dansk selskabsret, i henhold til ledelsesmodeller.

⁹ (Christensen, 2017, s. 460)

¹⁰ (Christensen, 2017, s. 476)

Tidligere var det i et A/S kun muligt at vælge ledelsesmodellen med en bestyrelse og en direktion.¹¹ Dette blev ændret i 2010, ved selskabslovsreformen, således der nu også var valgfrihed for et A/S. Denne fleksibilitet blev af politikerne, under behandlingen, anprist.¹²

Ved denne fleksibilitet, afviger Danmark fra bl.a. tysk ret, hvor den tostrengede ledelsesmodel er obligatorisk, men er dog mere restriktiv end klassisk angelsaksisk ret, hvor alle ledelsesmedlemmer er tilknyttet det samme organ.^{13,14}

Muligheden for at have flere selskabsstrukturer i Danmark, kan øge muligheden for at tiltrække udenlandske virksomheder og investorer, og giver adgang til fri ledelsesmæssig struktur.¹⁵

Herunder følger en gennemgang af bestyrelsens og direktionens ansvarsopgaver i den skandinaviske ledelsesmodel.

2.1.3.1 Bestyrelsens ansvarsopgaver

Det følger af ordlyden i Selskabsloven § 115, at en bestyrelses hovedopgave er at: *”varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalsekskabets virksomhed”*. Herunder følger en liste over arbejdsopgaver, der falder ind under dette ansvarsområde.

Fælles for de 5 opstillede punkter er, at de har stor relevans for ansvarsvurderingen af bestyrelsen i standsningssager, og sager hvor ledelsen kan ifalde ansvar, efter Business Judgement Rule.

Da der i dette speciale vil blive fokuseret på Business Judgement Rule, har disse punkter stor relevans for analysen af, og forståelsen for, bestyrelsens ansvarsvurdering.

Bestyrelsens ansvarsområder er, jf. Selskabsloven § 115, bl.a. at påse, at bog- og regnskabsførelse sker tilfredsstillende, at bestyrelsen modtager fornøden rapportering om selskabets finansielle forhold, etablere risikostyringsprocedurer og intern kontrol, samt at kontrollere, at direktionen *”udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer”*.

¹¹ (Gomard & Schaumburg-Müller, Kapitalsekskaber & Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 327)

¹² (ft.dk, 2018)

¹³ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 618)

¹⁴ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2014, s. 515)

¹⁵ (Christensen, 2017, s. 459)

Ikke ulig et tilsynsråd er det altså bestyrelsens ansvar at kontrollere direktionen, og dennes udøvelse af sit hverv. I modsætning til et tilsynsråd, er det dog Selskabsloven statueret, at bestyrelsen fremsætter retningslinjerne, direktionen bør følge. Dette er et praksiseksempel på, hvordan bestyrelsens varetagelse af den overordnede og strategiske ledelse skal ske. Udover at føre tilsyn med direktionen, har bestyrelsen også til opgave at ansætte denne, jf. Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt.

Selskabsloven § 130 stadfæster, at hvis der er flere medlemmer af bestyrelsen, så skal denne lave en forretningsorden, hvor der træffes nærmere bestemmelser om udførelsen af bestyrelseshvervet. Denne forretningsorden bør, bl.a., inkludere ting som: arbejdsdeling, tilsyn, protokoller, tavshedspligt, suppleanter, og regnskabs- og revisionskontrol. Det anføres i juridisk litteratur, at et brud med denne paragraf næppe i sig selv er nok til at ifalde ansvar, efter Selskabsloven § 361, men det vil uden tvivl være et element i den samlede vurdering.¹⁶

Dermed har bestyrelsen i den skandinaviske model store beføjelser, og meget stor involvering i selskabets daglige ledelse, i forhold til modeller med tilsynsråd, der ikke har person-sammenfald, eller fremsætter retningslinjer for direktionen.

2.1.3.2 Direktionens ansvarsopgaver

I alle kapitalselskaber er direktionens primære opgave at varetage den daglige ledelse, jf. Selskabsloven § 117, stk. 1. Den daglige ledelse består af alle dispositioner, der ikke er af usædvanlig art, eller stor betydning.

Disse dispositioner skal foretages af bestyrelsen, eller af direktionen med særlig bemyndigelse fra bestyrelsen. I de tilfælde, hvor direktionen stilles overfor situationer, som normalt er underlagt bestyrelsens ansvar, kan direktionen foretage dispositioner, hvis andet ville være til væsentlig ulempe for selskabet, de såkaldte negotiorum gestio-situationer. I sådanne situationer skal bestyrelsen dog snarest muligt underrettes om disse dispositioner, jf. Selskabsloven § 117, stk. 1, sidste pkt.

Det følger dog af nutidens samfund, at de fleste mennesker er til at komme i kontakt med så hurtigt, at bestyrelsen oftest bør kunne underrettes, inden direktionen foretager dispositioner som kræver bestyrelsens accept.

¹⁶ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 690-692)

2.1.3.3 Fælles ansvarsopgaver

Bestyrelsen og direktionen har visse ansvarsområder de deler. Dette er navnlig omhandlende bogføring og kapitalberedskab.

Bestyrelsen har som udgangspunkt ansvar for at påse, at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der er tilfredsstillende for selskabets forhold, jf. Selskabsloven § 115, stk. 1, nr. 1.

Det er derved bestyrelsen pligt, at føre kontrol med alt vedrørende bogføringen og regnskabsaflæggelse.¹⁷

Direktionen har det umiddelbare ansvar at tilse, at bogføringen sker i overensstemmelse med lovgivningen heromkring, og er derved ikke ansvarlig for, om de lovmæssige krav er de mest optimale for selskabet.

Et selskabs direktion og bestyrelse skal udarbejde, og opstille, et årsregnskab for hvert regnskabsår, på grundlag af bogholderiet og de interne regnskaber.¹⁸ Det er her direktionens opgave at sikre, at det sker i overensstemmelse med Årsregnskabsloven, og det er bestyrelsens ansvar at kontrollere regnskabet, samt tilsikre det er udført på en for selskabet tilfredsstillende måde.

Et selskabs egenkapital er det sted, et selskabs kreditorer kan rette deres krav mod.¹⁹ Et selskabs registrerede kapital vil være offentliggjort hos Erhvervsstyrelsen, og dermed er det der muligt for kreditorer og investorer at se, hvor stor en kapitalmængde man kan rette krav mod.

Et af de vigtigste principper i kapitalselskaber er den begrænsede hæftelse, og for at sikre kreditorer er der krav om registreret kapital. Denne kapital er både bestyrelsen og direktionen i kapitalselskaber ansvarlige for.

Begge ledelsesorganer har som ansvarsopgave at tilse kapitalselskabets kapitalberedskab, og sørge for denne til enhver tid er forsvarlig, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalselskabets forpligtelser, både nuværende og fremtidige, sådan som disse forfalder, jf. Selskabsloven §§ 115, stk. 1, nr. 5 & 118, stk. 2.

¹⁷ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 637)

¹⁸ (Gomard & Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber & Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 434)

¹⁹ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2014, s. 55)

2.2 Corporate Governance

Et A/S kan vælge at udbyde dets aktier til offentlig handel, via en børsnotering. De mest omsatte børsnoterede danske aktier samles på OMXC-indekset. I 2014 stod disse 20 selskaber for 28 % af omsætningen hos de samlet 29.232 aktieselskaber registreret i Danmark.^{20, 21}

Når et selskab optages til handel på Københavns Fondsbørs, underlægges det strengere krav end unoterede aktieselskaber. Disse er bl.a. skærpede krav til regnskab og revision, jf. bl.a. Årsregnskabsloven, og Værdipapirhandelsloven.

Essentielt for ledelsesansvar er også Corporate Governance. Komitéen for god Selskabsledelse har udarbejdet *Anbefalinger for God Selskabsledelse*, som Den Københavnske Fondsbørs kræver, at noterede selskaber hos dem enten følger, eller forklarer hvorfor de ikke følger.

Disse anbefalinger har til mål at sikre tillid til selskaberne, samt finde en såkaldt "best practice" for selskaberne, under hensyntagen til dansk såvel som EU-retlig lovgivning. Selskabernes langsigtede konkurrenceevne ønskes styrket gennem Corporate Governance, og anbefalingerne har til formål at understøtte værdiskabende og ansvarlig ledelse.²²

Corporate Governance er soft law.²³ Dog må det antages, at være et element i vurderingen af en ledelses ansvar, hvis ikke Corporate Governance er overholdt, efter det af selskabet er blevet tilvalgt, eller selskabet er børsnoteret. For børsnoterede selskaber vil det i værste tilfælde kunne betyde, at børsen kan beslutte, at slette selskabets instrumenter fra optagelse til handel, jf. Nasdaq Copenhagens regler for udstedere af aktier pkt. 5.

Dette betyder, at det for de selskaber med størst omsætning i Danmark er kutyme at efterfølge Corporate Governance, eller forklare hvorfor de ikke gør det. Dette har i sagens natur en påvirkning på den generelle norm for aktieselskabers ledelse, og er derved blevet et udtryk for aktieselskabers generelle sædvane. Derfor er det naturligt at antage, at markant afvigelse fra anbefalingerne for god selskabsledelse, vil kunne indgå som element i en ansvarsvurdering af en selskabsledelse.

²⁰ (PwC, 2015, s. 9)

²¹ (Christensen, 2017, s. 63)

²² (Komitéen for God Selskabsledelse, 2017, s. 3)

²³ (Christensen, 2017, s. 252)

Corporate Governance er opdelt i fem områder. Tre af disse områder omhandler konkret ledelsens sammensætning, opgaver, og økonomiske ansvar.²⁴ Disse områder har betydning for ledelsesvurderingen i danske kapital-selskaber. Det er også Komitéens hensigt at lade anbefalingerne være til inspiration for andre selskaber, end blot de børsnoterede.²⁵

2.2.1 Anbefalinger til ledelsen

Corporate Governances andet hovedområde omhandler bestyrelsens opgaver og ansvar.

Disse anbefalinger er på mange punkter lig med de i Selskabsloven opstillede ledelseskrav, men her anbefales yderligere tiltag, som efter komitéens vurdering vil fremme tilliden til ledelsen, og dennes kompetence til at kunne drive selskabet efter ”best practice”.

Denne ”best practice” er bl.a. bestående af hensyn til aktionærernes interesser, værdiskabelse, opnåelse af strategiske mål i selskabet, udvikling, og nødvendig tilrettelæggelse af direktionens opgaver og beføjelser.

Punkt 2.1.2 anbefaler, at ledelsen i selskabet mindst en gang årligt tager stilling til selskabets strategi, med henblik på værdiskabelse. Værdiskabelse er en anbefaling til ledelsen om at vurdere, hvorvidt selskabet har mulighed for at øge indtjeningen, og ikke blot søge at undgå tab. Dette er en mere kapitalejerorienteret tilgang til virksomhedsledelse end den fremstillet i Selskabsloven, hvis regler primært sikrer kapitalejere og kreditorer mod tab, hvor anbefalingerne direkte går ind med en hensigt om øget værdiskabelse i selskabet.

Dette synspunkt er gentaget i anbefalingernes næste punkt, 2.1.3, hvor det anbefales at påse, at selskabets kapital- og aktiestruktur understøtter værdiskabelse, samt aktionærernes og selskabets interesse. Herved skal ledelsen tilsikre, at selskabets kapitalberedskab stemmer overens med kapitalejernes forventninger om værdiskabelse.

I Selskabsloven § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. er det defineret, at det er en bestyrelses ansvar at ansætte en direktion, og i § 115, stk. 1, nr. 4 er det beskrevet, at bestyrelsen skal påse, at direktionen udøver sit hverv behørigt, og efter bestyrelsens retningslinjer. Det anbefales i Corporate Governances punkt 2.1.4, at bestyrelsen årligt gennemgår og godkender disse retningslinjer, og fastlægger krav til direktionens rapportering til bestyrelsen.

²⁴ (Christensen, 2017, s. 257)

²⁵ (Komitéen for God Selskabsledelse, 2017, s. 4)

Dette er en mere specificeret tilgang til forholdet mellem bestyrelsen og direktionen, end hvad Selskabsloven kræver. Ligeledes anbefales det bestyrelsen, mindst en gang årligt, at drøfte direktionens sammensætning, hvilket ikke er et krav ifølge Selskabsloven. Selskabsloven tager ikke stilling til, hvorvidt direktionens sammensætning er ansvarlig, blot hvorvidt den udfører sit hverv på en behørig måde. Ligeledes anbefales det bestyrelsen at have succesionsplaner for direktionens sammensætning, hvilket ikke nævnes i Selskabsloven. Sammenlagt giver dette indtryk af, at Corporate Governance er mere proaktiv, og fremtidssikrende, end Selskabslovens regler for ledelsens opgaver, men også samtidig mere skærpende i sin natur.

2.3 Tabsbegrænsningspligten

Et selskabs ledelse er valgt til at varetage ledelsen af selskabet, på vegne af kapitalejerne.

Ledelsen har derfor en loyalitetspligt overfor selskabets, og dets kapitalejeres, interesse.²⁶

Denne pligt inkluderer en varetagelse af alle kapitalejernes interesser, både majoriteten og minoriteten. Ledelsen kan i sit virke krænke en minoritetskapitalejers interesse, hvis dette er for at gavne selskabets generelle interesser. Det er dog essentielt, at denne handling ikke skaffer visse kapitalejere fordele, på andres bekostning, jf. Selskabsloven § 127.

Et af kerneområderne for denne loyalitetspligt, er kravet om ikke at skade selskabet, samt at minimere eventuelle tab, der kunne forekomme i løbet af varetagelsen af selskabet.

Ledelsens pligt overfor selskabets kapitalejere består både i at sikre selskabets interesser, samt at informere kapitalejerne om væsentlige ændringer i selskabets forhold. Dette gøres minimum årligt gennem ledelsesberetningen ved generalforsamlingen.

Denne pligt kan findes i hard law, hvor Selskabsloven § 119 statuerer en oplysningspligt, såvel som i soft law, hvor Corporate Governance, i afsnit 1, anbefaler løbende dialog mellem ledelsen og kapitalejerne.

2.3.1 Kreditorhensyn og tabsminimering

Det følger af Selskabsloven § 119, at ledelsen i et kapitalselskab har pligt til at afholde en generalforsamling, senest 6 måneder efter, at det konstateres, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. På denne generalforsamling skal kapitalejerne informeres omkring selskabets økonomiske stilling. Herved fastsættes oplysningspligten i Selskabsloven, hvad angår kapitaltab.

Oplysningspligten fastsat her er en pligt, der er til gavn for selskabets kapitalejere. Hensigten er at give disse bedre indsigt i selskabets økonomiske situation, samt grundlaget for denne.

Denne bestemmelses effektivitet skal dog også sammenholdes med, hvor stor en tegnet kapital, selskabet har. Dette varierer fra selskab til selskab, og i visse selskaber ville der skulle enorme tab til, før egenkapitalen udgjorde under halvdelen af den tegnede kapital, og der for ledelsen ville være oplysningspligt.

²⁶ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2014, s. 566)

Ledelsen har ved kapitaltab pligt til ikke blot at informere kapitalejerne, men også om fornødent at komme med forslag til foranstaltninger der bør træffes. Konstateres kapitaltab må det ligeledes antages, at kravet om forsvarlig ledelse skærpes.²⁷

Der er i Selskabsloven §§ 115 & 118 fastlagt en pligt, for bestyrelsen og direktionen henholdsvis, at påse, og sikre, at kapitalberedskabet er forsvarligt, og at forpligtelser, både nuværende og fremtidige, kan opfyldes, efterhånden som de forfalder. Derved er der krav om forsvarlig ledelse under den almene drift, og ikke blot hvis der konstateres kapitaltab.

Selskabslovens formulering ligger op til en differentiering mellem bestyrelsens og direktionens ansvar, vedrørende kapitalberedskab. Det skrives, at bestyrelsen blot har et påsynsansvar, hvorimod direktionen har et sikringsansvar. Dette er dog, jf. lovforslagets bemærkninger, ikke hensigten, da det heri står, at bestyrelsen og direktionen deler ansvaret.²⁸

Selskabsloven §§ 115 & 118 giver udtryk for et kreditorhensyn, og ikke et kapitalejerhensyn. Det bestemmes, at både direktionen og bestyrelsen er ansvarlige for, at selskabet kan opfylde de forpligtelser, det påtager sig. Her er kapitalberedskabet essentielt, og den registrerede kapital irrelevant, i modsætning til reglerne om kapitaltab.

Ledelsen er altså underlagt en meget specificeret, og udtømmende, regel om kapitaltab i § 119. Denne bestemmelse pålægger ledelsen meget objektive kriterier. Bestemmelserne om kapitalberedskab i §§ 115 & 118 lægger op til en mere subjektiv vurdering af ledelsens ansvar, og om hvorvidt kapitalberedskabet har været *"forsvarligt"*.

Der lægges ikke op til nogen specifik handlepligt, hvis det findes at kapitalberedskabet ikke er forsvarligt, og bestemmelsen har ikke til hensigt at føre til skærpet ansvar. Dog kan ledelsen ifalde et erstatningsansvar efter denne bestemmelse, hvis kapitalberedskabet efter en culpavurdering findes at have været uforsvarligt.²⁹

Der lægges hermed op til en subjektiv vurdering af ledelsen, da visse virksomhedstyper kan klare sig med et markant lavere kapitalberedskab end andre. Er virksomheden i en branche med store svingninger i indtjening, skal kapitalberedskabet være højt, hvorimod en virksomhed med veletableret og stabil indtjening, kan nøjes med et lavere. Løbende vurdering af behovet er ledelsens ansvar, jf. Selskabsloven §§ 115, stk. 1, nr. 5 & 118, stk. 2.

²⁷ (L 170 - 25-03-2009 (som fremsat), 2009)

²⁸ (L 170 - 25-03-2009 (som fremsat), 2009)

²⁹ (L 170 - 25-03-2009 (som fremsat), 2009)

2.4 Ledelsesansvar – Ift. Selskabsloven §§ 361-364

Kravet om den løbende vurdering af et selskabs kapitalberedskab, er medvirkende til at sikre, at ledelsen hele tiden er informeret om et selskabs økonomiske tilstand. Ud fra denne viden skal ledelsen træffe forsvarlige dispositioner, for at tabsminimere. Hvis dette ikke sker, kan ledelsen ifalde ansvar, jf. Selskabsloven § 361.

Selskabsloven § 361 henviser til en vurdering lig klassisk dansk erstatningsret.³⁰ Ansvaret bedømmes efter culpanormen, navnlig hvorvidt ledelsen ”under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade”, jf. § 361, stk. 1.

Dette almene culpaansvar gælder også ved en ledelse bestående af professionelle bestyrelsesmedlemmer. Der er ikke tale om et skærpet ledelses- eller professionsansvar. Der skal derimod foretages en vurdering af ledelsens handlinger, og dens medlemmers roller, når ansvaret skal bedømmes. En ledelses sammensætning har dermed også betydning i den forstand, at i en ledelse, hvori der findes en specialiseret funktion, vil der kunne stilles højere krav til udøveren af denne funktion, uden at der dog bliver tale om en vir optimus-standard.³¹

Et ledelsesmedlems deltagelse, eller mangel på samme, i driften af et selskab, kan have effekt på ansvarsvurderingen i tilfælde af skade. Dette statueres af Højesteret, i dommen U.2011.1290.H – herefter kaldet Erleben-sagen, hvor en bestyrelsesformand, der ikke deltog i virksomheden, skulle delvis friholdes for erstatningsansvar.

***U.2011.1290.H – Brdr. Erleben A/S** omhandlede et selskab, hvor to brødre blev fundet erstatningsansvarlige over for selskabets kreditorer, da det fandtes, at selskabet ikke havde tilstrækkelig kapital til at videreføre driften. En tredje bror, der var bestyrelsesformand, blev fundet delvis erstatningsansvarlig, på grund af dennes passive rolle.*

Ligeledes vil det ikke have betydning, hvorvidt bestyrelsesmedlemmer sidder i bestyrelse lønnet, ulønnet, af ideologiske årsager, eller lignende. Det er deres virke, og virksomhedens eller organisationens størrelse, aktivitet, og omsætning der skal ansvarsbedømmes efter, jf. Højesterets begrundelse i dommen U.2006.2637.H – herefter kaldet AOF-sagen.

³⁰ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 1497)

³¹ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 1498)

U.2006.2637.H – AOF Århus omhandlede organisationen AOF i Århus, der blev erklæret konkurs, efter i en årrække at have haft økonomiske vanskeligheder. Konkursboet anlagde sag om erstatning mod bestyrelsen, da bestyrelsen burde have indstillet selskabets drift, på det tidspunkt, hvor det stod, eller burde have stået, klart, at fortsat drift ville medføre yderligere tab. Bestyrelsen påstod, at eftersom disse ikke modtog vederlag og var i bestyrelsen af ideelle grunde, skulle de tillægges en lempet culpavurdering. Højesteret frifandt bestyrelsen, dog med en kommentar om, at da AOF var så stor en organisation, måtte bestyrelsen anses for at være ansvarsmæssigt på niveau med større selskabers bestyrelser.

Der kan ud fra Selskabslovens ordlyd og retspraksis udledes en tendens til, at der er meget subjektive rammer for ansvarsvurderingen, i forbindelse med ledelsesansvar. En ledelse kan ifalde ansvar for et for lavt kapitalberedskab, hvor en anden virksomheds ledelse ikke ville have gjort det, også selv om virksomhederne havde ens omsætning, men f.eks. grundet forskellig volatilitet, markedstendenser, og lignende i deres respektive brancher.

2.5 Håbløshedstidspunktet

Hvis en ledelse driver en virksomhed i længere tid end hvad der er økonomisk forsvarligt, og virksomheden derved ikke kan reddes, kan de ifalde ansvar for den skade virksomheden har lidt, ved denne fortsatte drift. Tidspunktet hvor det burde have stået klart for ledelsen, at virksomheden ikke længere ville kunne opfylde sine økonomiske forpligtelser, og fortsat drift ikke længere er forsvarligt, er i dansk retslitteratur omtalt som *håbløshedstidspunktet*.^{32,33}

Dette begreb er udtryk for det absolut sidste tidspunkt driften kan indstilles på, uden det er uforsvarligt af ledelsen. Al efterfølgende drift ifalder ledelsen ansvar for, da ledelsen på dette tidspunkt burde have indset, at driften var forgæves. Kreditorer kan derved søge erstatning hos ledelsen, for tab lidt grundet drift efter dette tidspunkt, jf. Højesteretsdommen U.1998.1137.H – herefter kaldet OKStimist-sagen.

U.1998.1137.H – OKStimist A/S omhandlede en professionel fodboldklub, hvis bestyrelse ifaldt ansvar for kreditorernes tab ved fortsat drift. Bestyrelsen modtog et katastrofalt årsregnskab, men fortsatte alligevel driften, i godt 8 måneder. Senere meddelte banken også, at denne ikke længere ville støtte selskabets drift, der dog fortsatte. Der var ingen ansvarslempelse efter daværende Aktieselskabslov § 143. I forbindelse med udregningen af regnskaberne, var visse specielle udregningsmetoder taget i brug, der dog ikke fik betydning for ansvarsbedømmelsen.

I OKStimist-sagen fastsætter Højesteret håbløshedstidspunktet, som værende den generalforsamling hvor et regnskab, der burde have fået ledelsen til at indse at yderligere drift ikke var mulig uden yderligere tab, blev godkendt. Bestyrelsen blev anset som havende handlet uforsvarligt, ved at fortsætte driften efter dette tidspunkt, og skulle derfor erstatte tabet lidt ved denne uforsvarligt fortsatte drift, jf. Højesterets bemærkninger i dommen.

En ledelse ifalder ikke erstatningsansvar ved fejlskøn foretaget før håbløshedstidspunktet, selv om dette skøn er medvirkende til tab for selskabet, hvis skønnet er udøvet som forretningsmæssigt loyal. Dette illustreres i OKStimist-sagen, hvor ledelsen ikke ifalder ansvar for at have fortsat driften efter modtagelse af et katastrofalt regnskab, men blot for fortsat drift, efter banken havde sagt, at de ikke længere ville støtte selskabets drift.³⁴

³² (Werlauff, U.2015B.244)

³³ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 1519)

³⁴ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 74)

2.6 Business Judgement Rule

Hvis en ledelse driver en virksomhed med dårlig økonomi, men ledelsen reagerer på dette, og justerer driften derefter, kan ledelsen frifindes for evt. erstatningsansvar ved en potentiel efterfølgende konkurs. Hvis det vurderes, at ledelsen handlede ud fra et loyalt og forsvarligt forretningsmæssigt skøn, og der var en mulighed, om end spinkel, for at selskabet kunne reddes, så vil ledelsen ikke ifalde noget ansvar. Dette er kendt som *Business Judgement Rule*.³⁵

Det er uden tvivl legitimt, at et selskabs ledelse kæmper for at undgå konkurs og rekonstruktion, og forsøger at kæmpe sig ud af økonomisk nedgang. En ledelse kan ligeledes træffe tabsgivende beslutninger, uden at dette nødvendigvis fører til erstatningsansvar. Dette kommer fra et princip om, at forretningsmæssige beslutninger og skøn, generelt ikke prøves af domstolene.^{36, 37}

Hvis en ledelse, efter dens bedste overbevisning, loyalt har søgt at varetage et selskabs interesser, vil den i almindelighed ikke ifalde ansvar, selvom beslutningerne beror på fejlskøn, eller generelt var uhensigtsmæssige. Selvom Selskabsloven ikke stiller minimumskrav til en ledelses kvalifikationer, anses en ledelse som egnet til at foretage forretningsmæssige dispositioner, og derfor vurderes dispositionerne foretaget på baggrund af et forretningsmæssigt forsvarligt skøn, oftest også som værende forsvarlige.^{38, 39}

Dette forretningsmæssige skøn skal dog tages ud fra et oplyst grundlag, for at ledelsen ikke ifalder ansvar. Som tidligere nævnt, skal ledelsen vurdere sine muligheder ud fra den konkrete situation, og herefter afveje, om en økonomisk redning af selskabet er realistisk, eller rettere sagt, ikke urealistisk.⁴⁰

Som navnet antyder, stammer begrebet Business Judgement Rule ikke fra dansk ret, men derimod fra amerikansk selskabsret. Argumentationen for Business Judgement Rule kan findes i en amerikansk dom, *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807 (1976)⁴¹, side 810 f.:

³⁵ (Christensen, 2017, s. 722)

³⁶ (Gomard & Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber & Erhvervsdrivende Fonde*, 2015, s. 624-625)

³⁷ (Christensen, 2017, s. 722-723)

³⁸ (Kölsch & Paludan, 2018, s. 2)

³⁹ (Christensen, 2017, s. 722)

⁴⁰ (Werlauff, *Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor*, 2016, s. 74)

⁴¹ (Sofsrud, 1999, s. 134)

“The directors’ room rather than the courtroom is the appropriate forum for thrashing out purely business questions which will have an impact on profits, market prices, competitive situations, or tax advantages”.

Princippet bag denne vurdering, der ligger op til en meget skønsbaseret ansvarsnorm af selskabsledelser, kan også findes i dansk retspraksis, hvor dette kan ses i ældre og nyere sager, der vil blive gennemgået i retspraksisanalysen.

Princippet om Business Judgement Rule kan, jf. førende danske juridiske forfattere, konstateres anvendt siden 1970’erne, hvor princippet vandt indpas i dansk ret, og stadig er gældende.⁴²

⁴² (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 73)

3 Retspraksisanalyse

3.1 Intro

I følgende afsnit ønskes det belyst, hvilke elementer retten har lagt vægt på, i bedømmelsen af ledelsesansvar, i forbindelse med udvalgte sager. I sagens natur kan ikke alle sager omhandlende ledelsesansvar, eller Business Judgement Rule, inkluderes. Derfor er der blevet udvalgt nogle bestemte domme, primært standsningssager, som giver et optimalt grundlag for at kunne nærstudere, hvilke elementer der har betydning for rettens vurdering af ledelsesansvar. De udvalgte domme inkluderer ikke kun selskaber, men også institutioner, organisationer, og foreninger, da disse danner retsgrundlag, der er gældende for bestyrelser, og ledelser generelt.

Ud fra det redegjorte, om Business Judgement Rule, vil ledelsers specifikke skøn analyseres, hvilke faktorer der lå bag disse, og hvilke elementer domstolene har lagt vægt på i forbindelse med ansvarsbedømmelsen af ledelsen.

Analysen er inddelt i forskellige underoverskrifter, omhandlende rettens vurdering af det forretningsmæssige skøn, ledelsens loyalitet, samt virksomheds- og branchespecifikke omstændigheder.

Analysen starter med en ældre dom, som grundlæggende fastslår bestemte skønsmæssige overvejelser, som danske domstole også har anvendt, og lagt til grund, efterfølgende. Sagen er Sø- og Handelsretsdommen U.1956.990.S – herefter kaldet Panama-sagen.

***U.1956.990.S – Dansk Panama Industri A/S** omhandlede et aktieselskab, der drev væveri med fremstilling af metervarer, der blev likvideret. Efterfølgende blev ledelsen sagsøgt af likvidator under påstand om, at selskabet havde fortsat en stærkt tabsvoldende drift efter et tidspunkt, hvor ledelsen burde have været klar over, at selskabet ikke kunne opfylde sine forpligtelser. Ledelsen blev frifundet, på trods af regnskabsmæssige fejl, der efter rettens skøn ikke ville have påvirket ledelsens forsvarlige skøn.*

I denne sag, hvor der bl.a. foretages et forretningsmæssigt skøn, har domstolen lagt vægt på flere områder med betydning for ansvarsbedømmelsen, hvilket gør sagen relevant som referencepunkt for domsanalysen.

3.2 Rettens vurdering af det forretningsmæssige skøn

Som nævnt i afsnit 2.6 – Business Judgement Rule, vil en ledelses reaktion på et selskabs dårlige økonomi kunne være frifindende. Dette kræver bl.a. et loyalt og forsvarligt forretningsmæssigt skøn.

Et forretningsmæssigt skøn vil, i sagens natur, kunne realiseres på forskellig vis, og med forskellige formål. Hvorvidt et skøn sigter efter at kunne gøre en vare nemmere at afsætte, et selskab fusioneret, eller for at undgå yderligere udgifter, er underordnet i forhold til den ansvarsmæssige bedømmelse.

En selskabsledelses skøn er som udgangspunkt ikke noget domstolene skønner på, jf. dette citat i Panama-sagen:

”der må efter rettens formening kræves et særligt grundlag i retning af letsindige forretningsdispositioner o. l. for at gå ud over aktieselskabshæftelsen og pålægge de sagsøgte et personligt ansvar”

Herved forstås, at kun særligt letsindig forretningsførelse vil kunne pålægge ledelsesmedlemmerne erstatningsansvar. Ellers må kreditorer søge deres krav fyldestgjorte i selskabets kapital, hvilket i citatet kaldes aktieselskabshæftelsen.

Domstolen respekterer her et princip om, at selskabet bør kunne foretage frie forretningsmæssige dispositioner, uagtet dets økonomiske situation, hvis der er en mulighed for, at økonomien kan reddes. Ligeledes behøver selskabets ledelse ikke at informere om selskabets økonomiske problemer, til selskabets kreditorer, jf. følgende udtalelse fra samme dom:

”ikke ved de sagsøgtes fortsættelse af driften [...] uden henvendelse til kreditorerne er udvist en sådan letsindig forretningsførelse, at det kan pådrage de sagsøgte personligt ansvar”

Domstolen anerkender herved, at selskabets ledelse har fri ret til at føre forretning under økonomisk krise, uden at kreditorer behøver blive informeret om, at sikkerheden for om deres krav kan opfyldes, er formindsket.

Dette hensyn fra SØ- og Handelsretten ses stadig anvendt i dansk ret, jf. bl.a. Højesteretsagen U.2013.1312.H – herefter Skodsborg-sagen.

U.2013.1312.H – Skodsborg Grundejerforening omhandlede en grundejerforening, der havde tabt en sag mod Rudersdal Kommune ved byretten, og efterfølgende ved landsretten, og ikke kunne betale for sagsomkostningerne til modparten. Kommunen anlagde sag om erstatning mod to af grundejerforeningens bestyrelsesmedlemmer, da disse burde have været vidende om, at foreningen ikke kunne betale for sagsomkostningerne, hvis dommen blev anket. Ved Højesteret blev bestyrelsesmedlemmerne frifundet.

I Skodsborg-sagen udtaler Højesteret sig generelt om bestyrelsesansvar:

”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer.”

Det kan herved udledes, at hvis bestyrelsens skøn beror på rimelige antagelser, så vil skøn såvel som fejlskøn ikke, som udgangspunkt, være ansvarspådragende for ledelser i danske selskaber. Denne principielle udtalelse er nu, i dansk juridisk litteratur, anerkendt som værende gældende for selskaber generelt, selv om Skodsborg-sagens bestyrelse blev vurderet efter en lempet ansvarsnorm.⁴³

Et selskab har, jf. retspraksis, frihed til selv at skønne over sine forretninger, og hvis der er mulighed for at skønne forsvarligt og loyalt, vil dette kunne være en frifindende omstændighed, jf. bl.a. Højesterets dom i AOF-sagen.

Højesteret nævner i AOF-sagen, som et positivt element i bestyrelsens ledelse af organisationen, at:

”Det var ikke muligt at vide, om de øvrige kurser i løbet af året ville blive til noget. Man kunne dog godt skønne herover”

I dommen gennemgås de konkrete tiltag, og der ses positivt på det faktum, at ledelsen ofte skønnede over organisationens udvikling, og de konkrete skøn anses som værende foretaget ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag.

Et selskab i økonomisk krise vil ofte, naturligt, forsøge at komme ud af denne økonomiske krise. Dette kan bl.a. søges gjort ved at fusionere sit selskab med et andet, og lade dette selskabs kapital afhjælpe situationen.

⁴³ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 75)

Ligeledes vil aftaler med kreditorer og kreditgivere søges indgået, således selskabet undgår konkurs. En klassisk sag omhandlende netop et selskabs redningsmuligheder, er Højesteretsdommen U.1977.274.H – herefter kaldet Havemann-sagen.

U.1977.274.H - Havemann A/S omhandlede et stormagasin, hvis ledelse blev påstået dømt til erstatning, for vareleverance foretaget på samme dag som stormagasinet konkurs, da bestyrelsen allerede dagen forinden burde have indset, at driften var formålsløs. Ledelsen blev frifundet, bl.a. grundet det faktum, at der stadig dagen forinden blev foretaget seriøse forhandlinger om overtagelse af selskabet, og selskabets advokater havde vurderet, at der var spinkle chancer for en rekonstruktion.

Ud fra Højesterets udtalelse i denne dom kan det konstateres, at igangværende forhandlinger om overtagelse af selskabet, kan virke ansvarsfritagende for selskabets ledelse.

Hvis der ses på selskabet, uden at tage højde for udefrakommende påvirkninger, burde selskabet have indstillet sin drift, grundet umulighed. Dette er ikke ansvarspådragende i sig selv, grundet de ikke umulige løsningsmuligheder.

Højesteret udtaler:

”imidlertid fremgår det af forklaringerne, at der endnu samme aften og den følgende dag førtes seriøse forhandlinger med bankerne og Storcentret for i sidste øjeblik at tilvejebringe en løsning, og der kan derfor ikke gives appellanten medhold i, at likvidationen den 17. februar var uundgåelig”

Likvidation var ikke uundgåelig, netop grundet muligheden for fremmedfinansiering. Derfor var en fortsættelse af den normale drift ikke ansvarspådragende, selv om selskabet isoleret set ikke var i stand til økonomisk at overleve, hvilket ledelsen også på daværende tidspunkt havde indset.

Dette synspunkt synes i retspraksis at være videreført uden ændringer, hvilket kan ses i den nutidige landsretsdom, U.2015.257.V – herefter kaldet G Kartoffler-sagen.

U.2015.257.V – Andelsselskabet G Kartoffler A.m.b.A. omhandlede et selskab, som stod for videresalg af kartoffelavlernes kartofler, der blev erklæret konkurs, efter at have kørt med underskudsgivende drift i en årrække. Underskuddet opstod på grund af volatile priser på kartofler, og det mentes at være uforvarsligt at drive virksomheden videre. Forsøg på fusion med anden virksomhed i branchen mislykkedes, og da G Kartofflers sparekasse ikke længere bevilgede kredit, kunne G Kartoffler ikke længere drives. Hele ledelsen blev frifundet.

Landsretten fastslår i denne sags begrundelse og resultat følgende som frifindelsesårsag:

”der er efter bevisførelsen [...] ikke grundlag for at fastslå, at en fusion eller anden samarbejdsaftale ikke i en eller anden form var en realistisk og reel mulighed.”

Det er i dette citat tilkendegjort, at så længe der er en reel overtagelsesmulighed, så er der ikke erstatningsansvar. Altså har retssynspunktet ikke ændret sig siden Havemann-sagen, og en realistisk fusionsaftale må gerne forhandles, selv efter selskabets håbløshedspunkt er indtruffet, så længe dette beror på et velbegrundet forretningsmæssigt skøn. Kendetegnene for Havemann-sagen og G Kartoffler-sagen er også, at ledelsen indstillede driften i det øjeblik fusions- og redningsplaner viste sig umulige.

Når en realistisk fusionsplan viser sig umulig, er der tale om bristede forventninger fra ledelsens side. Når disse forventninger brister, vil domstolene have tendens til at vurdere grundlaget for det skøn, hvorpå forventningerne beroede. Var der tale om velfunderede forventninger, må forventningernes eventuelle brist ikke ses som ansvarspådragende. Dette gør sig gældende vedrørende fusioner, som ovenfor, men også overfor forventninger omhandlende den daglige drift.

Dette ses bl.a. i Højesteretsdommen U.1961.515.H – herefter kaldet Backhaus-sagen.

U.1961.515.H – Backhaus A/S omhandlede en grossist-virksomhed. Selskabets direktør ifaldt ansvar for ikke på et tidligere tidspunkt at have indstillet virksomhedens drift, da han måtte have været klar over, at muligheden for at fortsætte virksomheden uden tab for kreditorerne, måtte betragtes som udelukket. Bestyrelsen blev frifundet, bl.a. grundet den korte tidsperiode der havde været siden dennes tiltrædelse. Direktøren blev erkendt skyldig, grundet forhold omkring et ejerpantebrev, og ikke på grund af dennes forretningsmæssige skøn.

Til trods for at direktøren i denne sag ifalder ansvar, så ifalder han ikke ansvar for sit forretningsmæssige skøn. Højesteret udtaler, at konkursboet, der anlagde sagen, ikke kunne gøre direktøren personligt ansvarlig for tab lidt ved bristede forventninger. Højesteret udtaler:

”Som nævnt i dommen lykkedes omfarvningen af stoffet til en mere salgbar farve mod forventning ikke, hvilket må antages at være årsagen til, at selskabet fik tab på denne handel.”

Netop formuleringen *”mod forventning”* er her essentiel, da denne indikerer at det forretningsmæssige skøn var velfunderet og ansvarligt. Direktøren bør som led i sit virke have frihed til at forsøge, ansvarligt, at forbedre salgsværdien af produkter. Han blev frikendt for denne eventuelt tabsvoldende disposition, netop grundet sit skøn, og ifaldt ansvar for andre dispositioner.

I det næste citat ses bristede forventninger, ikke blot omhandlende en enkeltstående disposition, men omhandlende hele selskabets drift. Hvis hele selskabets drift er bygget op om forventninger, såsom overbudgettering af selskabets fremtidige indtægter, som senere viser sig at briste, vil ansvarsbedømmelsen stadig bero på ledelsens skøn. Dette ses i Sø- og Handelsretsdommen U.1984.908.S – herefter kaldet Hus og Hus-dommen.

U.1984.908.S – Hus og Hus imellem omhandlede en selvejende institution, der havde til formål at drive teatervirksomhed, og var oprettet med henblik på opsætning af et bestemt stykke. Grundet manglende publikumsinteresse blev spilletiden forkortet, og nogen tid efter blev institutionen erklæret konkurs. Under sag anlagt af konkursboet mod stifterne var spørgsmålet, om stifterne kunne holdes personligt ansvarlige for, at driften gav et sådant underskud, at visse kreditorkrav, herunder lønkrav, ikke kunne dækkes. Stifterne frifandtes.

Det udtales af Sø- og Handelsretten:

”Efter de indtægter og udgifter, man da budgetterede med, herunder forventet billetindtægt, skønnede blandt andre de sagsøgte, at forestillingen kunne gennemføres, og der er intet grundlag for at anse de sagsøgtes skøn for urealistisk.”

Det ville være nærliggende at antage, at når et helt selskab er bygget op omkring én produktion, og denne ikke lever op til forventningerne, så vil ledelsen stå overfor en skærpet ansvarsbedømmelse. Dette er ikke tilfældet, og skønsbedømmelsen er den samme, underordnet om der er tale om en enkeltstående disposition, eller hele produktionen.

Skønsvurderingen af indtjeningspotentialer ses ligeledes i den meget omtalte, og tidligere nævnte, Højesteretsdom, OKStimist-sagen.

I denne sag, der er blevet et skoleeksempel på fortsat drift efter håbløshedspunktet, var adskillige omstændigheder problematiske. Blandt det mest relevante, omhandlende skønsvurderinger, er den meget optimistiske budgetlægning for selskabet. Dette ses omtalt, og kritiseret, af landsretten i følgende citater, omhandlende navnlig en potentiel storsponsor.

Landsretten skal udtale:

"[Potentiel storsponsor] indgik ikke en 2-årig sponsoraftale med OKStimist A/S som anført i årsberetning for regnskabsåret 1988."

"Landsretten finder, at selskabets økonomiske situation allerede på dette tidspunkt tilsagde, at bestyrelsen burde have gjort sig overvejelser vedrørende selskabets fortsatte drift, og i bekræftende fald måtte en forudsætning herfor være kapitaltilførsel af et betydeligt omfang, især på baggrund af det ganske utilfredsstillende resultat for 1988, som fremkom, uanset at indkomne sponsorindtægter svarede til det budgetterede."

"Når henses til, at den nævnte hovedsponsor måtte antages at have indbetalt den forventede støtte for året 1989, sammenholdt med selskabets daværende økonomiske situation, finder landsretten, at en fortsættelse af selskabets drift under disse forudsætninger hvilede på et så spinkelt grundlag, at dette budget realistisk vurderet ikke ville kunne overholdes."

Det anføres af landsretten, at den potentielle storsponsors bidrag blev anført i årsberetningen, til trods for, at aftalen ikke var indgået. Allerede på det tidspunkt burde ledelsen have overvejet, om driften skulle fortsætte, og burde have indset, at kapitaltilførsel var nødvendigt, også hvis storsponsoren indgik aftalen.

Selskabets økonomiske forudsætninger hvilede på et yderst spinkelt grundlag, og et regnskab udarbejdet med ikke generelt anerkendte regnskabsmæssige principper, der dog ikke af Højesteret blev fundet værende i strid med almindelige regnskabsprincipper. Ledelsen ifaldt erstatningsansvar for ikke tidligere at have indset, at den budgettering fastlagt for selskabet ikke kunne opnås.

Ledelsens skøn, hvad angik fremtidig indtjening, var så voldsomt overvurderet, og ikke foretaget ud fra et forsvarligt forretningsmæssigt synspunkt, at dette ikke var frifindende.

Det kan hermed ses, at et forsvarligt økonomisk skøn, omhandlende fremtidig drift, vil kunne virke ansvarsfrifindende, jf. Hus og Hus-sagen, mens et decideret uansvarligt økonomisk skøn og fortsat uændret drift vil være ansvarspådragende, jf. OKStimist-sagen.

Både i Hus og Hus-sagen og OKStimist-sagen, vælger ledelserne at fortsætte driften uændret, indtil den blev indstillet. Den afgørende forskel her er dog, at i Hus og Hus-sagen er selskabets budgettering foretaget på baggrund af forsvarlige skøn, omkring fremtidige indtjening og udgifter. I OKStimist-sagen gav regnskabet udtryk for, at selv om storsponsoren havde indgået i aftalen, ville hele selskabet hvile på *”et så spinkelt grundlag, at dette budget realistisk vurderet ikke ville kunne overholdes”*, udtalt af landsretten og tiltrådt af Højesteret.

Et selskab vil som led i sin drift ofte skulle foretage dispositioner, der kan virke skadende, men er foretaget for at undgå større skade.

Et sådant skøn vil også virke ansvarsfrifindende for ledelsen, selv om en sådan disposition ender med direkte at medvirke til, at selskabet går konkurs, jf. landsretsdommen FED.2003.2039 – herefter kaldet Sunny Tours-dommen.

FED.2003.2039 – Sunny Tours A/S omhandlede et rejseselskab, der delte bestyrelse med dets moderselskab. Moderselskabet valgte kort før datterselskabets eventuelle konkurs at overdrage telte og andet udstyr til datterselskabet ved salg, hvor datterselskabet tidligere havde lejet udstyret. Det fandtes ikke godtgjort, at den fælles bestyrelse havde handlet ansvarspådragende ved denne beslutning, hvorfor konkursboet ikke fik medhold i sin påstand om erstatningskrav overfor bestyrelsen.

Landsretten bemærker i denne dom:

”Efter de afgivne forklaringer lægges det til grund, at beslutningen om at købe telte og udstyr af moderselskabet, [...] var begrundet i, at bestyrelsen og revisor frygtede, at Told- og Skattemyndighederne ville anfægte lejebetalingerne, hvilket vurderedes at ville gøre den hidtidige ordning urentabel.”

Landsretten finder det ikke godtgjort, at bestyrelsen havde varetaget moderselskabets interesser på bekostning af datterselskabet, og fandt at bestyrelsen *”havde fornøden grund til positive forventninger til den fortsatte drift af Sunny Tours A/S”*, og derfor ikke ifaldt ansvar for at have pålagt selskabet en udgift i millionklassen, til trods for, at det havde negativ egenkapital på daværende tidspunkt.

Det forsvarlige forretningsmæssige skøn synes, jf. retspraksis, at have vidtrækkende ansvars-fritagende effekter. Så længe skønnet beror på et forsvarligt og realistisk synspunkt, og med selskabets interesser i sigte, vil ledelsen sjældent kunne ifalde ansvar grundet de dispositioner, der er foretaget på baggrund af skønnet. Et sådant eksempel ses i Højesteretsdommen U.1981.973.H – herefter kaldet Røde Vejrmølle-sagen.

U.1981.973.H – Brødfabrikken Røde Vejrmølle A/S omhandlede en brødfabrik, hvis direktør var ejer af det selskab der var hovedaftager af fabrikkens produktion. Udover sin direktørpost i fabrikken, ejede han også over 50 % af aktiekapitalen. Alle aktionærer i fabrikken havde blot én stemme. Direktøren ændrede grundet afsætningsvanskeligheder selv prisen på produktet solgt fra fabrikken, uden at spørge bestyrelsen. Dette fandtes ikke at være den rigtigste løsning, men dog ikke ansvarspådragende i sig selv. Direktøren blev frifundet.

Højesteret udtaler:

”han (direktøren, red.) har foretaget nedsættelserne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn. Selv om det havde været rigtigst, at han i højere grad, end det må antages sket, havde holdt bestyrelsen løbende underrettet om prisudviklingen, findes denne undladelse herefter ikke at have pådraget de indstævnte (direktøren og dennes selskab, red.) ansvar.”

Det kan hermed ses, at en direktørs dispositioner overfor bestyrelsen ikke nødvendigvis er ansvarspådragende, selvom de muligvis strider imod bestyrelsens retningslinjer, hvis direktørens dispositioner er foretaget ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn.

Det forretningsmæssige skøn er altså ansvarsfrifindende, selv hvis en direktør ikke har passende oplyst bestyrelsen, samt foretaget dispositioner denne ikke har godkendt, så længe skønnet er forretningsmæssigt forsvarligt og loyalt.

3.3 Loyalitet overfor selskabet, dets kreditorer og kapitalejere

I Røde Vejmølle-sagen lagde Højesteret stor vægt på, at direktørens skøn var loyalt.

Højesteret udtaler:

”han (direktøren, red.) har foretaget nedsættelserne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn”

Denne udtalelse var et af de væsentligste grundlag for frifindelse. Loyalitet overfor selskabet, dets kreditorer og kapitalejere, er en essentiel faktor for ansvarsvurderingen af en ledelse, efter Business Judgement Rule, hvilket også er nævnt i afsnit 2.6.

En ledelses loyalitet overfor sit selskab har mange facetter. En væsentlig del af loyalitetspligten er tabsbegrænsningspligten, som omtalt i afsnit 2.3. I Røde Vejmølle-sagen foretog direktøren en disposition der begrænsede selskabets tab, men også dets potentielle fortjeneste.

Landsretten udtaler:

”Dernæst har Røde Vejmølle ikke lidt noget tab ved [den sagsøgte direktørs] dispositioner, idet en fastholdelse af listepriiserne ville have været ensbetydende med, at der ikke havde været nogen omsætning, mens der nu trods alt kan konstateres en beskedent nettofortjeneste.”

Det statueres herved, at den bevidst formindskede fortjeneste ikke er ansvarspådragende, da dette var ensbetydende med en betydelig tabsbegrænsning, og blev foretaget ud fra et loyalt skøn. Til trods for, at direktøren også var ejer af det selskab Røde Vejmølle solgte sin produktion til, for stærkt nedsat pris, var denne handel ikke illoyal overfor Røde Vejmølle, da hele dette samarbejde også, jf. sagsøgte: *”har været i Røde Vejmølles interesse, idet fabrikken derved har sparet [...]”*. Denne opfattelse understøttes af Højesteret, der dømte at prisændringerne, og salget, skete ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn.

Lignende proaktive forretningsdispositioner forefindes også i Panama-sagen, hvor ledelsen ligeledes blev frifundet for erstatningsansvar for tabsforvoldende dispositioner:

”Det var naturligt for de sagsøgte at dække sig ind råvaremæssigt i det stigende prisme og sikre driften for den angivne periode.”

Det forretningsmæssige skøn, sammenholdt med markedets generelle tendenser, gjorde, at ledelsens disposition var naturlig og forsvarlig. Dette må også ses i forhold til selskabets, på daværende tidspunkt, stadig fornuftige kapitalbeholdning, der muliggjorde større indkøb, og sikring af varer til brug ved fremtidig drift.

Sådan proaktiv begrænsning af eventuelle tab ses forsvarligt, hvis det er baseret på et forretningsmæssigt skøn. Domstolen lagde i Panama-sagen også vægt på, at det kunne være ansvarsfrifindende ikke at foretage handling, såsom indstilling af drift, hvis dette ville være ensbetydende med uundgåelige tab for selskabet, der ville kunne undgås ved fortsat drift. Ved situationen i Panama-sagen, hvor selskabet, efter de ovenfor omtalte indkøb, befandt sig i en svær økonomisk situation, mente konkursboet, at driften skulle have været indstillet tidligere.

Sø- og Handelsretten udtaler dog:

”De sagsøgte har også med rette understreget, at en standsning givet ville medføre betydeligt tab”

Det var derved ledelsens hensigt at fortsætte driften, for at minimere selskabets tab, hvilket var ansvarsfritagende, til trods for at dette beroede på et skøn, i en tid hvor selskabet var i stor økonomisk krise.

I de ovenstående sager ses det belyst, at der i sager om ledelsers tabsbegrænsningspligt, lægges stor vægt på hvilket grundlag skønnet omhandlende ledelsens handlinger er foretaget. Hvis disse dispositioner er foretaget loyalt overfor selskabet, så vil ledelsen, som udgangspunkt, ikke ifalde ansvar, selv om en vare sælges til underpris, et selskab har store indkøb på trods af dårlig økonomi, eller ikke indstiller driften.

En ledelses pligt overfor selskabet består ikke blot i at minimere tab, men også af hensyn til et selskabs generalforsamling, kapitalejere, bestyrelse, og kreditorer. Domstolene har i flere af de i dette speciale udvalgte sager tillagt det stor vægt, at ledelsens dispositioner og valg bygger på loyalitet til selskabet, med en anden hensigt end tabsbegrænsning. Dette ses i følgende citater.

I Havemann-sagen, hvor hele forløbet bar præg af at udspille sig over en kort tidsperiode, fandt bestyrelsen ikke tid til at indkalde generalforsamlingen, til trods for at dennes beslutning var en nødvendighed. Fra procesdelen af Sø- og Handelsrettens dom, der blev stadfæstet af Højesteret, udtales det af sagsøgtes advokat:

”Bestyrelsen har efter rådslagning med advokater, som er eksperter på dette område, fremskyndet den afgørende beslutning mest muligt, og de, der var til stede ved mødet mandag eftermiddag, repræsenterede ikke hele aktiekapitalen og kunne derfor ikke træffe den nødvendige generalforsamlingsbeslutning.”

Om dette udtaler Sø- og Handelsretten følgende:

"I øvrigt findes generalforsamlingen at være indkaldt så hurtigt, som det var muligt, således at der heller ikke i så henseende kan rettes kritik mod de sagsøgte, der herefter vil være at frifinde."

Her tydeliggøres det af Sø- og Handelsretten, at det faktum, at generalforsamlingen er indkaldt hurtigst muligt, friholder ledelsen for kritik, da ledelsen har handlet loyalt mod sine kapital- ejere, men grundet sagens presserende omstændigheder ikke kunne nå at foretage den påkrævede generalforsamlingsbeslutning.

I Skodsborg-sagen skete det også, at bestyrelsen traf beslutning, uden at have modtaget eksplicit generalforsamlingsaccept, men på grundlag af tidligere generalforsamlingsbeslutning lagde Højesteret til grund, at beslutningen blev truffet i henhold hertil. Udgangspunktet i Skodsborg-sagen var en tvist om en kommunal beslutning, som grundejerforeningens general- forsamling med *"overvældende flertal"* besluttede at bestride; *"om nødvendigt ved at anlægge sag ved domstolene"*.

Ved denne efterfølgende byretssag blev grundejerforeningen idømt at skulle betale sags- omkostninger på 300.000,- til kommunen, hvilket landsretten stadfæstede, og hævdede til 500.000,-. Begge disse beløb ville have medført grundejerforeningens likvidation.

Højesteret udtaler herom:

"Spørgsmålet er herefter, om bestyrelsen, efter at anken var iværksat, handlede ansvarspådragende ved at undlade gennem kontingentopkrævning eller på anden måde at sikre, at foreningen kunne svare enhver sit, også i værste fald, hvis byrettens dom blev stadfæstet og foreningen pålagt yderligere at betale sagsomkostninger for landsretten, som det senere skete."

Og:

"Højesteret finder, at det ikke var ansvarspådragende for bestyrelsen at undlade at sikre, at foreningen kunne betale sagsomkostninger til modparterne i værste fald."

Herved statueres det, at det ikke for bestyrelsen var illoyalt overfor foreningen at undlade at sikre dennes overlevelse, hvis situationen udviklede sig i værste fald. Dette til trods for, at landsretten havde stadfæstet byrettens dom, og der derved må antages, at være en vis usikkerhed omkring hvorvidt grundejerforeningen ville få medhold i Højesteret.

Grundejerforeningens advokat havde givet kraftigt udtryk for urigtigheden i landsrettens og byrettens dom, og anbefalede at anke sagen. Det var ligeledes på advokatens opfordring, at bestyrelsen ankede dommen så hurtigt, at det ikke kunne nås at afholde generalforsamling, da advokaten anbefalede at anke inden eksekutionsfristen.

Højesteret udtaler:

"Højesteret finder, at [bestyrelsesformanden] og [bestyrelsesmedlem] var berettiget til som sket på mødet den 19. november 2007 på foreningens vegne at træffe beslutning om anke"

Generalforsamlingens tidligere overvældende flertal for sagsforløbet, samt advokatens klare opfordring, gjorde, at de to sagsøgte bestyrelsesmedlemmer handlede loyalt overfor grundejerforening, og dens medlemmer, både ved at anke sagen, og derved risikere yderligere sagsomkostninger, samt ved ikke at f.eks. hæve medlemmernes kontingent.

Det kan ses, ud fra landsrettens bemærkning i Sunny Tours-sagen, at når en ledelse ikke har udvist illoyalitet overfor selskabet, så vil dette kunne være frifindelsesgrund, jf. dette citat:

"Da det ej heller findes godtgjort, at bestyrelsen på anden måde handlede illoyalt mod Sunny Tours A/S op til konkursen, frifindes de sagsøgte"

Det kan udledes, at et selskabs ledelse blot skal bevise den ikke har handlet illoyalt. Der er altså ikke krav om at kunne bevise dispositioners loyalitet, og der var i denne sag derved forretningsfrihed til at udføre "neutrale" dispositioner. Dispositioner, der ikke nødvendigvis var loyale overfor selskabet, men som ej heller var illoyale.

3.4 Virksomheds- og branchespecifikke omstændigheder

Når det kommer til de forretningsmæssige dispositioner, er der mange interne og eksterne faktorer, der kan have betydning for domstolenes vurdering af ansvarsgrundlaget. Disse faktorer har stor betydning for vurderingen af ledelsens handlingers loyalitet.

I dette afsnit vurderes og analyseres virksomheds- og branchespecifikke omstændigheder, der kan have betydning for ansvarsvurderingen, og en dispositions loyalitet.

I de følgende to udvalgte eksempler analyseres to sager, hvor domstolene vurderer ud fra samme aspekt, men med forskellige præmisser.

Sagerne er Backhaus-sagen, og U.2015.2075.H – herefter kaldet Memory Card-sagen.

***U.2015.2075.H - Memory Card Technology A/S** omhandlede et aktieselskab, som producerede og solgte RAM-moduler, og gik konkurs før et børsprospekt. Grunden var, at direktøren i selskabet havde svindlet med værdifastsættelsen af selskabets varelager. Selskabets bestyrelse formodede, at direktøren handlede korrekt, og blev af retten vurderet til at have overholdt tilsynspligten. Direktøren blev dømt, men bestyrelsen, og revisionen, blev frifundet.*

Det aspekt af Memory Card-sagen og Backhaus-sagen der vil blive belyst her, er det tidsmæssige aspekt i ledelsers interne forhold. Bestyrelsesformanden i Memory Card-sagen, og hele bestyrelsen i Backhaus-sagen, ansvarsbedømmes ud fra vurderinger, der tager hensyn til deres tidsmæssige forhold til direktionen.

En markant forskel i disse to sager er dog, at det var lempende for bestyrelsen i Backhaus-sagen, at de, grundet deres kortvarige virke som bestyrelsesmedlemmer, ikke havde haft tid til at afværge de angribelige dispositioner direktøren foretog.

Højesteret udtaler:

”de tre indstævnte var tiltrådt som ny bestyrelse i april 1958. Efter disse oplysninger, [...] kunne det ikke forventes, at bestyrelsens tilsyn, selv om det blev udført som i aktieselskabslovens § 47 foreskrevet, ville frembyde væsentlig betryggelse”

Højesteret lader derved den kortvarige tid siden bestyrelsens indsættelse være en formildende omstændighed for ansvarsbedømmelsen. Bestyrelsen kunne i praksis ikke nå at instruere direktionen om at ændre dennes forretningsmetoder, og ifaldt derfor ikke ansvar for dennes *"angribelige dispositioner"*.

Som modsætning til denne situation står Memory Card-sagen, hvor bestyrelsesformanden og selskabets direktør havde haft et længerevarende samarbejde, og der derved var opbygget en ikke uvæsentlig tillid mellem disse.

Højesteret udtaler i sin begrundelse til denne dom:

"Højesteret finder, at [bestyrelsesformand] i varetagelsen af sit hverv har levet op til sine forpligtelser som bestyrelsesformand. Det var dog en fejlurdering, at han på baggrund af bl.a. sit mangeårige tillidsfulde samarbejde med den administrerende direktør, godtog dennes svar"

Højesteret udtaler, at denne ene fejl ikke var nok til at bestyrelsesformanden skulle ifalde ansvar, og nævner det mangeårige samarbejde med direktøren.

Ud fra denne Højesteretspraksis i Backhaus-sagen og Memory Card-sagen, kan det konstateres, at det individuelle forhold tillægges stor vægt. En bestyrelses virkeperiode kan have lempende betydning, både hvis dette betyder at de har lempet deres tilsyn med direktionen, grundet mangeårigt tillidsfuldt samarbejde, eller hvis bestyrelsen, grundet dens korte virkeperiode, ikke har haft tid til at ændre en direktørs uhensigtsmæssige dispositioner, og virksomhedsførelse.

I ansvarsbedømmelsen i Memory Card-sagen inkluderer Højesteret også andre interne faktorer, bl.a. virksomhedens strategi. Da Memory Card Technology A/S kort tid inden dets konkurs havde forsøgt en børsintroduktion, var virksomheden blev underlagt særligt grundige regnskabsmæssige vurderinger. Disse vurderinger blev brugt til at udarbejde et børsprospekt, hvoraf det bl.a. fremgik hvilke risikofaktorer der knyttede sig til selskabet, og eventuelle investeringer deri.

Højesteret udtaler herom:

"[selskabet] var ifølge børsprospektet fra introduktionen på Københavns Fondsbørs i 1997 og de efterfølgende årsregnskaber en virksomhed med stor risiko. Virksomhedens strategi indebar opbygning af et stort varelager i forventning om prisstigning på produkterne."

Denne store risiko virksomhedens strategi indebar, var et produkt af det forretningsmæssige skøn bestyrelsen havde foretaget, da selskabets overordnede og langsigtede strategi blev udarbejdet. Den overordnede og langsigtede strategi for en virksomhed, er som udgangspunkt i dansk selskabsret bestyrelsens ansvarsområde.⁴⁴ En sådan strategi, med stor risiko, er ikke ansvarspådragende, jf. landsrettens dom i denne sag. Landsrettens ansvarsfrifindelse for bestyrelsen i dette forhold blev ikke anket.

At selskabets risikable strategi senere viser sig ikke at lykkes, er ej heller ansvarspådragende for selskabet, som tidligere nævnt. I vurderingen af disse dispositioner tager Højesteret også i Memory Card-sagen hensyn til, at markedet for selskabet brast, og priserne på selskabets væsentligste vare faldt på kort tid, til ca. en fjerdedel. At selskabet ikke tilpasser sin drift, er kritisabelt, men det er ikke diskulperende at selskabet har satset på et marked, der senere viser sig at bryde. Dette kan derimod virke som en formildende omstændighed, for ansvarsbedømmelsen af selskabets ledelse.

I G Kartoffler-sagen kunne man ligeledes se en virksomhed der gik konkurs, bl.a. grundet markedsudviklinger. Kartoffelmarkedet har tendens til at have enorm priskonjunktur.⁴⁵ Dette ses belyst med følgende citat fra vidneforklaringerne i Retten i Aalborg:

”Kartoffelpriserne var meget dårlige i 2010. Der blev betalt ca. 80 kr. pr. tønde kartofler. Til andre tider har [kartoffelavler, der også sad i G Kartofflers bestyrelse] modtaget op til ca. 250 kr. pr. tønde.”

Denne enorme priskonjunktur anerkendes af Vestre Landsret i den endelige domsafsigelse, og er en del af rettens frifindelsesbegrundelse.

Vestre Landsret udtaler i sin begrundelse:

”den alvorlige negative udvikling af selskabets økonomiske situation skete inden for forholdsvis få måneder på et tidspunkt, hvor kartoffelbranchen generelt var trængt på grund af meget lave priser, hvilket var almindeligt kendt.”

Det almene kendskab til branchens vanskeligheder virkede her som modargument til kreditorernes påstand om erstatningsansvar, da kreditorerne burde have vidst, at selskabet, eller i hvert fald det marked selskabet opererede på, var i økonomisk krise.

⁴⁴ (Hansen & Krenchel, Dansk Selskabsret 2, 2014, s. 543)

⁴⁵ (tv2.dk, 2018)

Denne omstændighed var medvirkende til, at hele bestyrelsen blev frikendt i byretten, og i landsretten, hvor sagen endte.

Grundet begge disse nyere domme kan det konstateres, at domstolene tager store hensyn til generelle markedstendenser, og de vanskeligheder selskaber kan komme, i grundet disse. Dette er ikke et nyt synspunkt i dansk selskabsret, og hensyn til generelle markeds- og brancheomstændigheder ses i flere domme, også af ældre karakter.

Dette kunne bl.a. ses i Røde Vejmølle-sagen, hvor det af landsretten flere gange bemærkes, at rasp-markedet var *"i en hård priskonkurrence"*, og der var svære afsætningsmuligheder for raspproducenter. Disse forhindringer gjorde, at direktørens dispositioner måtte ses i et andet lys, og dennes oplysningspligt til bestyrelsen blev lempet, bl.a. grundet markedets tendenser, og disses betydning for selskabets produktafsætningsmuligheder.

Af ældre domme end denne kan nævnes Panama-sagen, hvor Sø- og Handelsretten allerede i 1950'erne udviste hensyntagen til brancheudvikling, og denne udviklings påvirkning af selskaber.

Sø- og Handelsretten omtaler dette over flere omgange, som det kan ses fra følgende citater:

"De vanskeligheder, der opstod for tekstilbranchen i almindelighed på dette tidspunkt, angreb selskabets likviditet hårdt"

"Retten finder ikke, når leveringsvanskelighederne indenfor branchen tages i betragtning, at disse indkøb kan anses for uforholdsmæssig store."

Det kan fra disse citater udledes, at retten ubetvivleligt lader branchens generelle konjunkturer have stor betydning, i forhold til ansvarsvurderingen af ledelsen. Man kan se, at dette udgangspunkt er aktuelt i nyere sager, såsom G Kartoffler-sagen og Memory Card-sagen, men også i ældre sager, som Røde Vejmølle-sagen og Panama-sagen.

Hensyntagen til de generelle tendenser på markeder, branchekonjunkturer, og lignende, er udtryk for den store, vægt domstolene lægger på forsvarligheden og loyaliteten i det skøn, der ligger til grund for selskabets dispositioner. Skønnet for selskabets dispositioner vil ofte være påvirket af den situation, selskabet befinder sig i, og domstolene har før i tiden, såvel som nu, ladet vurderingen af ledelsens skøn tage højde for eksterne økonomiske faktorer.

Et selskabs interne økonomiske forhold vil, som udgangspunkt, altid have betydning for ledelsens skøn, og dette skøns forsvarlighed. Selskaber vil have vidt forskellige økonomiske strategier, hvilket vil have stor betydning for hvordan selskabet drives, og hvordan selskabet er forberedt på at modstå økonomiske vanskeligheder.

Ud fra de analyserede domme er der tre sager, der er udtrykkende for, hvordan opbygning af økonomisk beredskab kan håndteres, af forskellige virksomheder.

De tre sager der belyser dette, er Panama-sagen, Hus og Hus-sagen, og OKStimist-sagen.

Disse tre virksomheder har forskellig grad af forsvarlig kapital. Ud fra følgende citater kan det analyseres, hvordan domstolene har taget højde for virksomhedernes kapitalberedskab, i ansvarsbedømmelsen af virksomhedernes ledelser.

I Panama-sagen, der omhandlede en klassisk produktionsvirksomhed startet, 12 år før sin eventuelle konkurs, og som under den krise, der led til selskabets eventuelle konkurs, stadig i lang tid havde en ikke ubetydelig kapitalreserve. Netop denne kapitalreserve bliver nævnt af SØ- og Handelsretten i dommen, som et klart element i bedømmelsen.

SØ- og Handelsretten udtaler:

”Retten er enig med de sagsøgte i, at med selskabets beholdne kapitalreserve måtte der stadig være fornødent grundlag for at søge at føre virksomheden igennem.”

Der ligges fra rettens side herved stor vægt på, at netop selskabets beholdne kapitalreserve forsvarliggør de forretningsmæssige skøn, i form af investeringer og markante råvareindkøb selskabet foretog, som proaktiv forretningsmæssig strategi.

Det står ledelsen frit for at investere af selskabets oparbejdede kapitalreserve, da ledelsen og selskabet stadig har sin forretningsfrihed. Så længe fremtidig drift ikke er umulig, vil ledelsen have frihed til at foretage forsvarlige forretningsmæssige skøn, og handle på disse, for at forsøge at føre virksomheden igennem økonomiske vanskeligheder.

I modsætning til Panama-sagen, hvor en etableret virksomhed investerede sin oparbejdede kapital, står OKStimist-sagen, hvor en nystartet fodboldklub satsede stort på at blive rentabel, bl.a. ved hjælp af store sponsorindtægter. Selve selskabets kapitalgrundlag var yderst spinkelt.

Østre Landsret udtalte, tiltrådt af Højesteret:

“Landsretten lægger ved afgørelsen fremdeles til grund, at OKStimist A/S var en forholdsvis nystartet, professionel fodboldklub med et spinkelt kapitalgrundlag, hvilende i det væsentlige på sponsorindtægter i form af engangsbeløb, hvilket betød, at likviditeten permanent var anstrengt.”

Når Østre Landsret vælger formuleringen *“fremdeles til grund”*, kan der ikke herske tvivl om, at netop selskabets kapitalgrundlag pålægges stor vægt, i vurderingen af ledelsens ansvar. Selskabet havde et spinkelt kapitalgrundlag, hvilket i sig selv ikke er ansvarspådragende. Det afgørende her er dog, at forretningsstrategien ikke tog forsvarlig højde for selskabets spinkle kapitalgrundlag.

Da selskabet i sin strategi, og budgettering, havde valgt at satse voldsomt på en aftale med en potentiel storsponsor, og derved potentiel stor kapitalindskydning, som viste sig at falde igennem, stod selskabet tilbage med et ikke realiserbart budget, og et kapitalgrundlag der ikke kunne dække det oparbejdede underskud.

En så uforsvarlig budgetudarbejdelse, kombineret med ledelsens culpøse mangel på reaktion, og generelle aggressive strategi omhandlende spillertransfers, var kraftigt medvirkende til at ledelsen *“en for alle, og alle for én”*, som Højesteret formulerede det, ifaldt erstatningsansvar.⁴⁶

Fodboldklubbens korte levetid var medvirkende til, at der ikke havde været tid til at oparbejde en kapital der kunne investeres af, som det blev gjort i Panama-sagen. Klubbens fra starten uforsvarligt spinkle kapitalgrundlag kan derfor ses som væsentlig grund til, at selskabet ikke kunne gøre sin drift rentabel.

I kontrast til en sådan måde at drive en nystartet virksomhed på, fremstår Hus og Hus-sagen. Denne sag bar præg af stor forsvarlighed under opstarten, og den indledende drift, af en selvejende institution. Den selvejende institutions primære drift var en teaterforestilling, som institutionen var oprettet til formål at fremføre.

⁴⁶ I bestyrelsens indbyrdes forhold skulle bestyrelsesformanden, en ansvarsforsikret advokat, dog betale det fulde beløb.

Om oprettelsen og budgetudarbejdelsen udtaler Sø- og Handelsretten:

”Oprettelsen af den selvejende institution skete, da det lå klart, hvad der var opnået af støtte eller tilsagn om støtte, og der derfor var grundlag for at udarbejde et endeligt budget”

Sø- og Handelsretten tydeliggør her, at netop den opnåede støtte, og tilsagn om støtte, udgjorde en så sikker indkomst, at det var forsvarligt at udarbejde et endeligt budget.

I stærk modsætning til OKStimist-sagen ses her, at den selvejende institution end ikke oprettes, før der er garanteret så tilfredsstillende indtægt og støtte, at driften kan realiseres. Der blev derfor ikke forefundet, selv om institutionen var nystartet, et uforsvarligt spinkelt kapitalgrundlag, eller store spørgsmålstejn omkring realisering af budgettet.

Igennem hele sagsforløbet i Hus og Hus-sagen var det tydeligt, at der var taget mange regnskabsmæssigt forsvarlige valg, og den eventuelle konkurs skyldtes bristede forventninger omkring publikumsinteresse, hvilket må anses som værende en brancherisiko, og ikke noget en ledelse kan holdes ansvarlige for.

Sø- og Handelsretten udtaler herom:

”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 sagsøgtes side”.

At have udvist forsvarlighed i sin forretningsmæssige strategi, eller haft tilstrækkeligt kapitalgrundlag til at udføre en mere aggressiv strategi, er ikke ansvarspådragende for en virksomhedsledelse. En aggressiv strategi uden det fornødne kapitalgrundlag kan derimod være ansvarspådragende, jf. disse tre sager.

I Hus og Hus-sagen var ledelsens forsvarlighed på prøve, ikke kun i økonomisk forstand, men også vedtægtsmæssig.

Sø- og Handelsretten udtaler:

”det i vedtægterne for den her omhandlede selvejende institution er anført, at de skal forelægges kulturministeriet til godkendelse, og at en sådan godkendelse ikke foreligger.”

Det må som udgangspunkt antages, at det er uforsvarligt, uden grund, at bryde sine egne vedtægter, og som i dette tilfælde ganske simpelt ikke få afleveret vedtægterne til ministeriets godkendelse i tide.

Kurator anfører i sagens procesforløb:

"Først [dato], da projektet var gået galt, blev vedtægterne afleveret i ministeriet."

Kravet om Kulturministeriets godkendelse af vedtægterne var ikke blot et krav fra institutionens egen side, men også et decideret lovkrav.

Sø- og Handelsretten udtaler:

"Ifølge lovens bestemmelse herom skal den selvejende institutions vedtægter være godkendt af kulturministeriet"⁴⁷

Ledelsens uforsvarlighed bryder derved ikke kun sine egne vedtægter, men ligeledes loven der er underlagt. Under domsafsigelsen lægger Sø- og Handelsretten stor vægt på en skrivelse fra Kulturministeriet, anvendt i sagsforløbet. Denne skrivelse blev fremlagt to år efter den selvejende institutions konkurs, og har derved ikke været kendt af ledelsen under institutionens drift.

Af Kulturministeriets skrivelse fremgår følgende:

"det har været ministeriets praksis ikke at tage stilling til eventuelt foreliggende vedtægter i de tilfælde, hvor støtten ydes til gennemførelse af en enkeltproduktion."

Hus og Hus-sagen omhandlede netop en opførsel af en enkeltproduktion, og derved var Kulturministeriets praksis altså ikke at kræve godkendelse af vedtægterne. Dette er dog ikke oplyst at være bekendt af ledelsen, og må derfor antages ikke at være en formildende omstændighed for denne. Kulturministeriet skriver senere i skrivelsen også:

"Den af ministeriet fulgte praksis ses ikke at have betydning i den foreliggende sag"

Til grund for dette lægges, at garantibeløbet er udbetalt fuldt ud til ledelsen, inden institutionen blev stiftet, og det faktum, at ministeriet først blev bekendt med stiftelsen to dage inden den eventuelle konkurs.

⁴⁷ Dette er en reference til den da gældende lov om teatervirksomhed, lovbekendtgørelse nr. 514 af 21. oktober 1976.

Sø- og Handelsretten valgte at fokusere på den del af skrivelsen der beskrev, hvordan vedtægterne omhandlende oprettelsen af en enkeltproduktion normalt ikke blev taget stilling til af Kulturministeriet.

Sø- og Handelsretten udtaler:

”det er meddelt i den fremlagte skrivelse fra dette ministerium, at det har været praksis ikke at tage stilling til vedtægter i de tilfælde, hvor støtten ydes til gennemførelse af en enkelt produktion.”

”På baggrund heraf er det uden betydning for denne sag, at det i vedtægterne for den her omhandlede selvejende institution er anført, at de skal forelægges kulturministeriet til godkendelse, og at en sådan godkendelse ikke foreligger.”

Retten tydeliggør herved, at ministeriets praksis tillægges højere værdi end vedtægterne, og tyder på at dette kan, om end ikke tilsidesætte, så kraftigt modificere gældende reglers retsvirkning. Kulturministeriets praksis virkede formildende for ledelsens handlinger, til trods for at det ikke er godtgjort, at de var i god tro vedrørende deres dispositioner.

Det generelle hensyn domstolen tager her, og lægger til grund for frifindelsen af ledelsen, der ikke havde overholdt sine egne vedtægter, og underlagte lov, viser rettens villighed til at tilsidesætte generelle forhold, for en mere individuel bedømmelse af ledelsen. I denne bedømmelse tages også store hensyn til ledelsens virke, og branchens generelle normer.

Sådanne hensyn til normer, hvad enten disse er praksis fra et ministeries side, branchenormer, eller har været normen for den specifikke virksomhed i en så lang periode dette bliver til sædvane, er taget af domstolene i flere sager. Som beskrevet i afsnit 2.1.3, stilles der i dansk selskabsret ikke krav til en ledelses uddannelsesmæssige kompetence.

Der stilles de samme krav på tværs af forskellige juridiske enheders ledelser. Dog kan der være formildende omstændigheder, omhandlende de krav disse ledelser er underlagt. Disse omstændigheder kan komme til udtryk ved ministeriers praksis, som illustreret ved Hus og Hus-sagen nævnt ovenfor. Det kan ligeledes komme til udtryk ved en ledelses formål, og den type opgave, ledelsen er blevet sat til at varetage.

I Skodsborg-sagen var dette et omdrejningspunkt, og Højesteret udtaler i sin begrundelse:

”Om bestyrelsesansvar i en grundejerforening bemærker Højesteret, at et medlem af bestyrelsen kan blive erstatningsansvarlig for en retsstridig, tabsforvoldende disposition, der kan tilregnes den pågældende som forsætlig eller uagtsom.”

Højesteret statuerer, at grundejerforeningers bestyrelsesansvar ikke afviger fra det generelle ledelsesansvar, og som udgangspunkt må skulle bedømmes efter samme normer. Det tilføjes dog:

”der må i øvrigt tages hensyn til, at en grundejerforening i almindelighed ikke driver erhvervsvirksomhed, men alene har til formål at fremme medlemmernes fælles interesser som grundejere”

Der lægges op til, at ansvarsnormen derved kan variere, alt efter hvad bestyrelsen formål er, og hvad den er bestyrelse for. I dette tilfælde var grundejerforeningens formål ikke at drive forretning, og ansvarsbedømmelse med begrundelse i forretningsmæssigt skøn eller lignende traditionelle bedømmelsesparametre vil være nyttesløse.

Højesterets begrundelse:

”Hertil kommer, at foreningens aktiviteter normalt er begrænsede i karakter og omfang, og at foreningens bestyrelse sædvanligvis vælges blandt foreningens medlemmer og ikke udgør en professionel organisation”

Der kan hermed ikke længere herske tvivl om, at bestyrelsen i denne sag, blev bedømt ud fra en lempet ansvarsnorm af Højesteret. Dette er uden tvivl grundet foreningens virke, både internt og eksternt, samt dens formål. Bestyrelsen blev 'blot' udpeget blandt foreningens medlemmer, og havde ikke kompetencer til, eller krav om, at f.eks. kunne give grundejerforeningen kompetent juridisk bistand og ledelse, i et langvarigt sagsforløb mod kommunen, der skulle ende i Højesteret.

Den generelle ledelse af en grundejerforening er så langt fra en forretningsmæssig drift, at bestyrelsen ikke kunne vurderes efter en sådan norm, og denne derfor skulle lempes markant, hvis ikke helt ændres. Bestyrelsens fodfejl og kritisable dispositioner skal ses i lys af dennes, og foreningens, formål og virke. Bestyrelsen er i dette tilfælde repræsentanter for deres forening, og ikke nødvendigvis en direkte ledelse.

Som eksempel på det modsatte, en bestyrelse der selv mener den arbejder ud fra et etisk og formålsdrevet grundlag, og ikke mod et forretningsmæssigt eller økonomisk mål, står AOF-sagen. Denne sag, der ligesom Skodsborg-sagen endte i Højesteret, bar præg af bestyrelsens selvopfattelse, og hvilken betydning denne kunne have for ansvarsbedømmelsen af bestyrelseres dispositioner. AOF Århus' tidligere bestyrelse, de sagsøgte i sagen, gjorde som støtte til deres frifindelsespåstand gældende:

"De sagsøgtes ansvar skal vurderes efter en lempet culpanorm, hvorved det tages i betragtning, at de udførte hvervet som bestyrelsesmedlemmer af ideelle grunde uden at modtage løn herfor, og at AOF ikke drev erhvervmæssig virksomhed."

Grundene for bestyrelsesmedlemmernes indtræden i bestyrelsen, mente de selv, skulle være en væsentlig faktor i den eventuelle ansvarsbedømmelse, endda i en sådan grad, at hele normen for ansvarsvurderingen skulle lempes. Derudover nævner de, at AOF ikke drev erhvervmæssig virksomhed, og derfor mente ledelsen at de også, at de grundet dette skulle bedømmes efter en lempet culpanorm.

Landsretten var til dels enige i bestyrelsens argumentation omkring dette, og forklarede:

"Ved vurderingen må det endvidere tillægges betydning, at AOF på den ene side var en vidt forgrenet organisation med en stor omsætning og et betydeligt antal medarbejdere, og på den anden side at AOF var en organisation med et ideelt formål, hvis bestyrelsesmedlemmer ikke modtog vederlag for deres arbejde."

Bestyrelsen får af landsretten medhold i påstanden om lempet ansvar grundet det ideelle formål, og det faktum, at bestyrelsen ikke modtog vederlag for sit arbejde. Dog anerkender landsretten det faktum, at AOFs daværende størrelse og virke talte for en bedømmelse efter samme norm som erhvervsbestyrelser. AOFs daværende store omsætning gør uden tvivl, at der kan drages paralleller til almindelige selskabers økonomi, og når en organisation ansætter medarbejdere, må der også være et ansvar overfor disse.

Ved ansættelse af medarbejdere påtager en bestyrelse sig en forpligtelse til at kunne udbetale løn, og derved påtager bestyrelsen sig et ansvar, som må kunne sammenlignes med det ansvar en erhvervmæssig bestyrelse har, uagtet af, hvorvidt bestyrelsen får vederlag eller ej.

Højesteret kom frem til, i kontrast til landsretten, at bestyrelsesansvaret var at bedømme efter den almene norm.

Højesteret begrundet:

”Højesteret finder, at ansvaret for bestyrelsesmedlemmer i en organisation af en størrelse og med en aktivitet og omsætning som AOF i Århus som udgangspunkt må bedømmes på samme måde som ansvaret for bestyrelsesmedlemmer i erhvervsdrivende virksomheder.”

Højesteret finder her, at bestyrelsens egen opfattelse, ideelle formål og lignende, ikke har betydning for ansvarsbedømmelsen. Det er organisationens virke, størrelse, og omsætning der har betydning. I modsætning til Skodsborg-sagen er der her tale om en meget stor organisation, med ansatte, og store økonomiske forpligtelser. Bestyrelsen i AOF-sagen var valgt til at drive organisationen, og sikre dennes fremtidige drift, hvorimod bestyrelsen i Skodsborg-sagen var medlemmer valgt til en bestyrelse, der blot skulle repræsentere medlemmerne, og varetage deres interesser.

Ud fra disse to Højesteretsdomme kan det udledes, at det ikke er bestyrelsen selv, dennes kompetencer, eller formål, der afgør hvilken ansvarsnorm ledelsesansvaret bedømmes efter. Det er en vurdering af den juridiske enhed, de er bestyrelse for, der afgør hvilken ansvarsnorm bestyrelsen vurderes efter.

I begge disse sager, der på flere måder minder om hinanden, omstøder Højesteret landsrettens domme. I Skodsborg-sagen frifinder Højesteret de to bestyrelsesmedlemmer, der var blevet dømt i de foregående instanser. I AOF-sagen tager Højesteret afstand fra landsrettens vurdering af, at der skulle anvendes en lempet culpanorm i ansvarsvurderingen af bestyrelsen. Højesteret mener, grundet AOFs store organisation og omsætning, at bestyrelsen skal bedømmes efter samme norm som bestyrelsesmedlemmer i erhvervsdrivende virksomheder.

Højesteret statuerer i sine domme en linje der klart dikterer, at det ikke er bestyrelsen selv, men derimod den juridiske enhed, der har betydning for bedømmelsesnormen. Det kunne i Skodsborg-sagen være blevet påpeget, at det ene bestyrelsesmedlem var cand.jur., og tidligere havde haft advokatbestalling. Havde ansvaret været bedømt ud fra ledelsen isoleret set, ville dette ikke have været lempende. Højesteret går dog ikke ud fra dette medlems kompetencer, men derimod hvilket virke der måtte forventes af et bestyrelsesmedlem i en grundejerforening, uagtet af dennes individuelle kompetencer.

Samme tankegang ses i AOF-sagen, hvor bestyrelsens vederlag, samt etiske og ideelle formål, ikke var genstand for lempelse, da AOF som organisation måtte kræve og forvente erhvervs-lignende kompetencer fra sin bestyrelse, uagtet af dennes selvopfattelse.

3.5 Delkonklusion af retspraksisudvikling

Ud fra ovenstående analyse, af skelsættende og præcedensdannende retspraksis omhandlende ledelsesansvar, fremkommer der tydelige tendenser og hensyn. Kendetegnende for den anvendte ansvarsvurdering er en høj grad af subjektive overvejelser, hvilket kan gøre det svært at udpege deciderede kutyper for, hvornår en ledelse ifalder ansvar for sine eventuelt skadevoldende handlinger.

Der kan dog ses tydelige retningslinjer for bedømmelsen af en ledelses ansvar, og hvilke grundlag der skal være for dennes skøn, og handlinger, for at en ledelse kan friholdes for erstatningsansvar. Det kan konkluderes ud fra dommene, at retten har tendens til at være meget subjektiv i vurderingen af ansvarsnormen, og samtidig ikke skønne på allerede foretagne forretningsmæssigt loyale skøn, hvilket er kendetegnende for Business Judgement Rule.

Ud fra analysen i afsnit 3.2 kan det konstateres, at retten ikke, som udgangspunkt, uden ikke ubetydeligt grundlag vil idømme en ledelse personlig hæftelse for dens skadevoldende dispositioner. Dette udtales i Panama-sagen, hvor Sø- og Handelsretten udtaler at der kræves *”særligt grundlag i retning af letsindige forretningsdispositioner”* for at en ledelse kan ifalde erstatningsansvar.

Ligeledes forekommer det i nyere retspraksis, at hvis en ledelse disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, så vil den ej heller ifalde ansvar, da det loyale skøn her vejer tungest, jf. Skodsborg-sagen.

Et selskab i økonomisk krise vil, som udgangspunkt, også kunne friholdes for ledelsesansvar, hvis nærværende og realistiske fusions- og/eller overtagelsesplaner forhandles, selv efter håbløshedspunktet. En offentliggørelse af selskabets dårlige økonomi vil kunne skade selskabet i en sådan grad, at hemmeligholdelse af dette vil være i selskabets interesse, og en del af den almene forretningsfrihed, og dermed ikke ansvarspådragende. Disse hensyn kunne ses i Havemann-sagen, og blev stadfæstet som værende stadig gældende ret i den næsten 40 år yngre sag, G Kartoffler.

Ledelsens forventning om den daglige drift vil, medmindre ledelsen i sine skøn er direkte culpøs, som set i OKStimist-sagen, ikke være grundlag for erstatningsansvar for ledelsen, hvis disse er foretaget forretningsmæssigt loyalt, som i Backhaus-sagen, eller hvis der er stor brancherisiko for at forventninger brister, som i Hus og Hus-sagen.

Ligeledes vil uforudsete omstændigheder ikke kunne være ansvarspådragende for skønnet, hvilket blev resultatet i Sunny Tours-sagen. Ej heller vil loyale tabsbegrænsende dispositioner kunne være det, jf. Røde Vejrmølle-sagen.

I afsnit 3.3 analyseredes rettens vurdering af en selskabsledelses loyalitet overfor selskabet. Her blev det, bl.a. ud fra Røde Vejrmølle-sagen og Sunny Tours-sagen, undersøgt, hvor stor en vægt loyaliteten tillægges i bedømmelsen af ledelsesansvaret.

I Røde Vejrmølle-sagen, en Højesteretsdom fra 1981, er loyaliteten ansvarsfrifindende for direktøren. Ud fra den 22 år nyere landsretssag, Sunny Tours, kan det konkluderes, at landsretten ikke omtaler ledelsens loyalitet, men derimod omtaler det faktum, at den ikke var illoyal, hvilket åbner op for et noget bredere frifindelsesgrundlag.

I forbindelse med en selskabsledelses loyalitet overfor selskabets kreditorer kan det konkluderes, at selv om et selskab er i stor økonomisk krise, så er det ikke ansvarspådragende at fortsætte driften, hvis en standsning ville medføre økonomisk tab, jf. Panama-sagen.

Ligeledes blev det i afsnit 3.3 belyst, hvor langt man kan strække en generalforsamlingsbeslutning, og hvornår der kan forekomme situationer, hvor en manglende generalforsamlingsbeslutning ikke er ensbetydende med, at en ledelse ifalder ansvar. Dette kunne ses i både den gamle Havemann-sag, og den nyere sag omhandlende Skodsborg Grundejerforening.

I begge sager tager bestyrelsen beslutninger der kræver generalforsamlingens accept, uden dog at få denne eksplicit, og i begge sager frifindes bestyrelsen, bl.a. grundet tidspresset, og de logistiske omstændigheder en generalforsamlingsafstemning har. Her kan det konstateres, at Højesteret anvender samme udgangspunkt i to sager, med over 30 års mellemrum.

En ledelses loyalitet, både overfor kapitalejerne og kreditorerne, kan altså, hvis situationen kræver det, betyde, at manglende overholdelse af de formelle krav om generalforsamling ikke nødvendigvis er ansvarspådragende.

I afsnit 3.4 analyseres adskillige omstændigheder. Som grundlæggende princip for bedømmelsen af et selskabs ledelse kan det i dette afsnit læses, at de individuelle forhold har stor betydning, og bedømmelsen foretages med udgangspunkt i, og hensyntagen til, den enkelte ledelse.

Det tidsmæssige aspekt, f.eks. hvor længe en bestyrelse har arbejdet med en direktion, kan ses som et formildende element, både hvis samarbejdet har bestået i meget kort tid, som i Backhaus-sagen, men også hvis samarbejdet har stået på over en årrække, som i Memory Card-sagen. Kendetegnende for begge disse sager er, at bedømmelsen foretages ud fra en ansvarsnorm, der har meget til fælles med den klassiske culpanorm.

I Backhaus-sagen var det urimeligt at forvente, at en ledelse efter så kort tid kunne have sat sig helt ind i virksomheden, ligesom det modsat i Memory Card-sagen var rimeligt at antage, at man efter et årelangt samarbejde havde en berettiget tiltro, hvilket gjorde at Memory Card Technology A/S' bestyrelsesformands disposition var kritisabel, men ikke ansvarspådragende.

I forhold til det tidsmæssige aspekt kan det konstateres, at retten lægger meget stor vægt på bestyrelsen, og dennes tidsmæssige forhold. Det kan dog ses, i f.eks. Skodsborg-sagen og AOF-sagen, at når vurderingsnormen skal fastsættes, så bedømmes der ud fra virksomheden som helhed, og ikke bestyrelsens individuelle forhold. Det blev i disse sager statueret, at hvis en organisation var tilstrækkeligt stor og forgrenet, så ville dens bestyrelse, uagtet vederlag, bedømmes efter en erhvervsmæssig norm, hvorimod en grundejerforenings bestyrelse, uagtet det faktum et bestyrelsesmedlem var cand.jur., vil blive bedømt efter en lempet culpanorm.

Det kan her konstateres, at virksomheden kan have stor betydning for vurderingen af ledelsen i visse tilfælde, hvorimod det i andre tilfælde i langt højere grad er en vurdering af bestyrelsen, og virksomheden dermed er lettere underordnet.

Disse tidsmæssige eller formålmæssige hensyn, enten til selskabet eller bestyrelsen, er meget individuelle og specifikke for netop det selskab, eller den ledelse, der vurderes.

Det blev også analyseret hvordan retten over flere omgange, og over en lang årrække, har taget stor højde for branchekutymer, -konjunkturer, og -omstændigheder. Det kan herudfra konkluderes, at disse dispositioner har været hensigtsmæssige, netop grundet udefrakommende faktorer, som f.eks. en ustabil markedssituation, som det kunne ses i sagerne omhandlende Panama, Røde Vejmølle, Backhaus, G Kartoffler og Memory Card. I alle disse sager blev der taget højde for markedets, og branchens, udvikling, og det faktum at dette retfærdiggjorde visse usædvanlige, men stadig loyale, forretningsmæssige skøn.

Retten omtalte i OKStimist-sagen også OKStimist A/S' regnskabskutymer, som landsretten fandt værende i strid med almene regnskabsprincipper, men Højesteret ikke fandt værende i strid hermed, bl.a. grundet det faktum at lignende selskaber, optaget til handel på Børsen, brugte disse principper. Branchenormer kan altså virke ikke ansvarspådragende, i visse situationer.

Ligeledes kan det ud fra Hus og Hus-sagen konkluderes, at det faktum ledelsen ikke havde overholdt sine egne vedtægter, ikke var ansvarspådragende, da myndighederne havde en praksis der gjorde, at overholdelsen ville have været overflødig. I denne sag talte det også til ledelsens fordel, at der under stiftelsen af selskabet var udvist yderst stor økonomisk ansvarlighed, grænsende til forsigtighed.

Denne økonomiske ansvarlighed har domstolene ved flere lejligheder tillagt stor vægt, bl.a. i Panama-sagen, hvor Sø- og Handelsretten støttede ledelsens påstand om, at selskabet havde et forsvarligt kapitalberedskab. Det kunne derfor anses for en forsvarlig forretningsdisposition at prøve at kæmpe sig igennem en tid med svær krise.

I Hus og Hus-sagen hvilede institutionens kapital på et realistisk udarbejdet budget, hvilket, sammenholdt med det faktum at branchen generelt er præget af stor sandsynlighed for manglende publikumsinteresse, gjorde, at ledelsen blev friholdt for ansvar. I OKStimist-sagen var det tilnærmelsesvist modsat, da meget optimistisk budget, på grundlag af yderst usikre indkomster og meget spinkelt kapitalberedskab, gjorde, at ledelsen blev erstatningsansvarlige for den konkurs, de fleste ville have kunnet forudse.

Fælles for disse hensyn er, at domstolene har anvendt dem både i nyere og ældre domme, og der er, ny selskabslov til trods, ikke sket en markant ændring i ansvarsvurderingen for ledelsen på dette område.

4 Diskussion

4.1 Hvordan introduceredes Business Judgement Rule, og med hvilken effekt?

I dansk juridisk litteratur statueres det af forskellige forfattere, at Business Judgement Rule introduceres i dansk ret, ved Højesteretssager, fra slut-70'erne til start-80'erne, som redegjort for i afsnit 2.6.

Det kan ses i Jan Schans Christensens bog, *Kapitalselskaber – aktie og anpartsselskabsret*, at denne mener, det er ved Røde Vejmølle-sagen, at Business Judgement Rule ”har vundet indpas i dansk retspraksis”.⁴⁸

Lars Bo Langsted og Claus Berg nævner i deres UfR-artikel, *U.1994B.183 – Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*, at Business Judgement Rule, og culpabedømmelsen denne afleder, i juridisk litteratur antages at være inspireret af amerikansk selskabsret. Af danske domme, der ses at være ledende inden for selvsamme ansvarskategori, nævner de Havemann-sagen og U.1974.1005.H – den såkaldte Tjæreborg Huse-sag.^{49,50}

Erik Werlauff nævner i sin artikel, *Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion frifundet?*, også Havemann-sagen, som værende den sag, hvor Business Judgement Rule introduceres i dansk ret. Han skriver, at muligheden for at skøn og fejlskøn kunne være erstatningsfrifindende og hændelige grunde ”blev (den gang dog uden brug af den fornemme betegnelse ’business judgement rule’) lagt til grund allerede ved Højesteretsdom i Havemann-sagen”.⁵¹

Ligeledes pointerer Thorbjørn Sofsrud i sin bog, *Bestyrelsens beslutning og ansvar – spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, fra 1999: ”en sådan forudsætning om begrænset domstolsprøvelse (af ledelsens forretningsmæssige skøn, red.) er måske anlagt i U.1974.1005.H (Tjæreborg Huse)”.⁵²

⁴⁸ (Christensen, 2017, s. 723)

⁴⁹ (Berg & Langsted, U.1994B.183, s. 184)

⁵⁰ Et typehusfirma var efter økonomiske vanskeligheder blevet overtaget af kreditorerne, og omdannet til et aktieselskab ved konvertering af gæld. Efter et år opstod likviditetsvanskeligheder i selskabet. Bestyrelsesmedlemmer, som havde henstillet, at vareleverandør genoptog kreditten, havde ej pådraget sig personligt ansvar (dog dissens for halv erstatning).

⁵¹ (Werlauff, Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion blankt frifundet?, 2017, s. 2)

⁵² (Sofsrud, 1999, s. 137)

Kendetegnende for alle fem forfattere er, at dommene de vælger 1) er Højesteretsdomme og 2) tidsmæssigt er fra samme periode. Højesteret, i sine begrundelser i disse domme, udtaler sig ikke om nogen ændring i den generelle norm, men følger derimod blot de almene retstendenser der har været, omhandlende ansvarsbedømmelsesnormen for selskabsledelser.

I denne afhandlings retspraksisanalyse kan det tydeligt ses, at de principper ovenstående forfattere finder introduceret og statueret i Havemann-sagen, Tjæreborg Huse-sagen, og Røde Vejmølle-sagen, også eksisterede i dansk ret før disse.

Det blev belyst i analysen, at principperne omhandlende det forretningsmæssige skøn, den begrænsede prøvelse deraf, og de subjektive omstændigheder der ligger til grund for ansvarsvurderingen, allerede i 1956 omtales og begrundes, ved Sø- og Handelsrettens udtalelser i Panama-sagen, samt brugt som princip for ansvarsbedømmelsen i Højesteret i 1961, ved Backhaus-sagen.

I Panama-sagen tager retten tager stilling til spørgsmålene omhandlende ansvaret, bl.a. ud fra en culpanorm, og ud fra grundlaget for det forretningsmæssige skøn. Begge disse overvejelser er essentielle i Business Judgement Rule, og har været brugt i dansk ret i adskillige årtier.

Når Jan Schans Christensen i sin bog vælger at skrive, at det først er ved Røde Vejmølle-sagen, at Business Judgement Rule "*vinder indpas*" i dansk ret, kan der ses på dette kritisk.

Principperne statueret i Business Judgement Rule, og Røde Vejmølle-sagen, fremkommer meget tydeligt i Panama-sagen, hvor begge sager bærer præg af, at ledelser frifindes for fejlslagne aggressive strategier, grundet disses grundlag i fornuftige forretningsmæssige skøn.

Det taler imod Panama-sagen, at denne "blot" er en Sø- og Handelsretsdom, og derfor ikke bærer den samme præjudikatværdi som en Højesteretsdom. Dog vælger domstolen i denne sag, i modsætning til de ovenstående Højesteretsdomme, at uddybe sine begrundelser og overvejelser på en sådan måde, at der ikke kan herske tvivl om, hvilke ansvarsnormer og -principper domstolen følger.

I Panama-sagen bedømmes dispositioner og skøn foretaget af ledelsen efter en ansvarsvurdering, hvor der tages hensyn til samme elementer som i Røde Vejmølle-sagen.

I Panama-sagen nævnes det, at der kræves "*letsindige forretningsdispositioner*" og "*uforholdsmæssigt store*" udgifter, for at ledelsen kan ifalde ansvar. Ligeledes kan det konkluderes, at dispositioner der var "*forretningsmæssigt begrundet*", "*naturlige*", samt regnskabsmæssigt begrundede, vil være ansvarsfrifindende.

Panama-sagens bedømmelseelementer er lig bedømmelseelementerne anvendt af Højesteret i sagerne nævnt af de ovenstående forfattere.

Princippet Business Judgement Rule anvender kan herved ses anvendt i dansk ret som et gennemgående element de seneste 60 år, uden større ændringer.

Princippet omkring skønsvurderingen er et gennemgående princip i dansk selskabsret, og har altså eksisteret siden Panama-sagen, som minimum.

Denne påstand understøttes også af Bernhard Gomard i 1971, hvor han skrev:

*”Har bestyrelsen søgt bedst muligt at varetage selskabets interesser, ifalder den i almindelighed ikke ansvar, selvom det skulle vise sig, at dens beslutninger var lidet hensigtsmæssige”.*⁵³

Det udgangspunkt, der her skrives af Bernhard Gomard, tilkendes også i Skodsborg-sagen, hvor det over 40 år senere udtales af Højesteret:

”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer.”

Det kan her læses, at udgangspunktet skrevet af Gomard i 1971, som han baserede på generel dansk selskabsretspraksis, er det samme som Højesteret bruger i nutidige retssager omhandlende loyalitet og beslutningsgrundlag. Hermed må der tages afstand fra, at Business Judgement Rule, og dennes principper, på noget specifikt tidspunkt blev introduceret til dansk ret. Princippet bag har eksisteret mange år før begrebet fremkom, og det er de samme principper der bruges nu.

Ud fra dette må det konkluderes, at Business Judgement Rule ikke blev introduceret til dansk ret i en enkeltstående periode, men har været et gældende princip for ansvarsvurderingen af selskabsledelser i en lang årrække, og blot først senere fik et begreb. Det faktum, at ansvarsvurderingen ikke har ændret sig, gør også, at præjudikatværdien af den ældre retspraksis ikke er faldet, til trods for, at der er kommet nye regler til for danske selskaber siden da.

⁵³ (Gomard, Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar, U.1971B.117, s. 120)

4.2 Betydende faktorer for ansvarsvurderingen

Som nævnt i analysen, er der i retspraksis flere eksempler på, at meget individuelle og unikke omstændigheder får stor betydning for en ledelses ansvarsvurdering. Ledelsens indbyrdes relationer har haft både skærpende og lempende effekt på ansvarsvurderingen, og markedets tendenser samt virksomhedens egen forsvarlighed har alle haft stor indflydelse.

Retspraksis lægger, jf. retspraksisanalyseafsnittet, meget subjektive bedømmelser og kriterier til grund for ansvarsbedømmelsen af ledelser. Dette afstedkommer en naturlig nysgerrighed, og lyst til at vurdere denne subjektive bedømmelse, i forhold til en mere objektiv bedømmelse af ledelsesansvaret, og spørge hvilke fordele, ulemper, og forskelle, der er ved de to metoder.

For at undersøge dette, diskuteres herunder de to hovedfaktorer for den mere individuelle bedømmelsesnorm domstolene har brugt, navnlig eksterne og interne forhold.

4.2.1 Eksterne forhold

En virksomheds eksterne forhold kan være markedstendenser, konjunkturer, branchekutymer, og forhold til det offentlige.

Når en virksomheds marked er udsat for stor volatilitet, krise, eller andet grundlag for markante prisændringer, vil den af naturlige årsager søge at dække sig ind økonomisk, og minimere et eventuelt tab. Dette kunne læses i retspraksisanalysen, hvor direktøren i Røde Vejrmølle-sagen valgte at sælge til underpris, for at garantere et salg, og nogen indkomst. Ligeledes i Panama-sagen, hvor ledelsen, ved hjælp af et solidt kapitalberedskab, opkøbte et stort varelager, for at gardere sig mod fremtidige prisstigninger.

Det modsatte skete i Memory Card-sagen, hvor hele lagerets værdi blev voldsomt formindsket grundet negativ prisudvikling på produkterne, og i G Kartoffler-sagen hvor avlsvaren over en længere årrække oplevede svage priser.

Det kan ud fra sagerne konstateres, at retten tog højde for markedets prisudvikling, og vurderede ledelsens forretningsmæssige skøn i forhold til markedets udvikling. Et eksempel herpå er G Kartoffler-sagen, hvor netop den subjektive ansvarsvurdering af ledelsen var med til at frifinde denne.

Ved en mere objektiv ansvarsvurdering, ville G Kartoffler-sagen kunne have endt anderledes, da en stærkt underskudsgivende drift blev fortsat i flere år, grundet forhåbninger om at prisniveauet ville ændres, et niveau ledelsen af naturlige årsager ikke havde den store indflydelse på.⁵⁴

Vestre landsret valgte i denne sag at lægge til grund, at ledelsens store branchekendskab, og branchens generelt volatile priser, var lempende forhold i ansvarbedømmelsen.

Ud fra en mere objektiv ansvarsvurdering vil en vedvarende drift af en underskudsgivende virksomhed, der ikke foretager markante ændringer i driften, kunne ses som ansvarspådragende adfærd.

Fordi der i sagsforløbet blev taget højde for virksomhedsledelsens branchekendskab, virksomhedens realistiske muligheder for fusion, og virksomhedens gæld, der lå indenfor kreditrammen, valgte både by- og landsretten at frifinde ledelsen, på trods af, at selskabets fortsatte drift inden konkursen var i en situation, hvor *"mulighederne for selskabets videreførelse måtte anses for ringe"*.

Af andre frifindende grunde der skyldes eksterne forhold, kan inkluderes branchekutymer. Branchekutymer kunne i særgrad forefindes i AOF-sagen, hvor det omtales, hvor uforudsigelig kursusvirksomhed er, set fra et økonomisk synspunkt. Ligeledes blev det i OKStimist-sagen konkluderet, at fodboldklubbens regnskabsførelse og værdifastsættelse af kontraktrettigheder stred imod almene regnskabsprincipper, men blev brugt af selv børsnoterede fodboldklubber. Ligeledes var de branchespecifikke risici et bærende element i Hus og Hus-sagen, hvor publikumsinteressen er uforudsigelig, og indtjeningen ligeledes.

Fælles for Hus og Hus-sagen og AOF-sagen er, at begge virksomheder fører forretning, hvor de er arrangører. Ved arrangementerne disse arrangerede, kunne indtægterne ikke kendes før få dage forinden. I AOFs tilfælde stod selve afholdelsen af kurser til diskussion, hvis antallet af tilmeldte var for lavt. Hus og Hus kunne komme i en situation, hvor en afholdt forestilling havde større udgifter end billetindtægterne kunne dække. Begge disse situationer er almindelige indenfor de respektive brancher, og yderst besværlige at budgettere for.

Ligeledes fremgik det af OKStimist-sagen, at budgettering af en fodboldklubs økonomi, hvor en meget stor del af indtægterne er resultatafhængige, ligeledes medfører store udfordringer.

⁵⁴ (G Kartoffler, 2005-2010)

Billetindtægter, sponsormuligheder, og præmiepenge, afhænger alle af hvor succesfuldt en klubs hold er.

I sagerne omhandlende Hus og Hus, OKStimist, og AOF, lagde domstolene meget stor vægt på den udviste forsvarlighed omhandlende budgettering og generel økonomistyring, og det blev et frifindende element for Hus og Hus at have ventet med at starte virksomhed, indtil man var sikker på at have anskaffet tilstrækkeligt kapital og støtteerklæringer til at kunne drive virksomhed. Ligeledes havde man i AOF hyret ansatte specifikt til økonomistyring.

Modsat havde ledelsen i OKStimist A/S ikke foretaget ændringer af driften eller budgetterne, end ikke på det tidspunkt hvor det burde have stået ledelsen klart, at virksomheden var i stor fare for konkurs, og senere blev drevet efter håbløshedstidspunktet.

Det kendetegnende for bedømmelsen i disse sager er, at retten går ind og vurderer på de risici, der er i de respektive brancher, før der foretages en samlet vurdering af ansvaret for ledelsen. Hvor realistisk en opnåelse af virksomhedens budgettering er, er en væsentlig faktor. Dette kan ikke vurderes, hvis ikke der først ses på hvilke elementer der påvirker budgettet, og hvor forudsigelige disse er.

I enhver sportsklub er resultaterne svingende, og indtægterne ligeledes, hvorimod udgifterne er større, mere stabile og kan være længerevarende forpligtigende. Det yderst spinkle kapitalgrundlag der forefandtes i OKStimist A/S, samt spillerkontrakter der varede i flere år, betød, at en opnåelse af budgettet var urealistisk.

I Hus og Hus-sagen kunne driften derimod indstilles med kort varsel, og der var derved langt større fleksibilitet omhandlende budgettet. Dette betød også, at der ikke var det samme behov for et stort kapitalberedskab, så længe virksomheden der blev udført, havde samme formål, og var indenfor samme område, som branchen generelt.

Den subjektive vurdering af de individuelle krav om forsvarlighed der stilles til virksomheder i deres respektive brancher gør, at ledelserne bliver bedømt efter de forpligtigelser de har påtaget dem selv, hvor en objektiv ansvarsnorm ikke nødvendigvis på samme måde ville kunne tage højde for dette.

4.2.2 Interne forhold

En virksomheds interne forhold kan bl.a. bestå af ledelsens interne relationer, ledelsens tidsmæssige forhold, virksomhedens kapitalberedskab og forsvarligheden af dette, samt ledelsens forhold til kapitalejerne.

I Erleben-sagen vurderede Højesteret, at selskabets bestyrelsesformand, grundet sin udviste passivitet og manglende opfyldelse af sit hverv, ikke var ansvarlig for selskabets økonomiske udfordringer i samme grad som de øvrige bestyrelsesmedlemmer, hans brødre.

Det faktum, at bestyrelsens interne forhold ikke blot bestod af et arbejdsmæssigt forhold, men også af et familiemæssigt forhold, havde ikke betydning for ansvarsvurderingen af bestyrelsesformanden. Selv om selskabet de facto blev drevet af bestyrelsesformandens brødre, betød dette ikke, at han, grundet disses tætte forhold, burde have været bekendt med selskabets problemer i samme omfang som disse, hvorfor han blev delvist friholdt for ansvar.

I den noget ældre Sø- og Handelsretsdom U.1977.246.S, herefter kaldet Leasing-sagen, blev selskabsledelsens familieforhold tillagt væsentlig betydning for bedømmelsen.

***U.1977.246.S – K.J. Sport A/S – kaldet Leasing-sagen**, omhandlede en sag, hvor sagsøgte, A, der var bestyrelsesmedlem og eneprokurist, havde leaset en bil på vegne af et selskab, der ikke kunne betale leasingudgiften. Selskabets bestyrelse, der udover A bestod af dennes svigerfar, og dennes ægtefælle, blev vurderet solidarisk erstatningspligtige, da disse burde have indset, at A stadig kørte rundt i den leasede bil.*

Kendetegnende for ansvarsbedømmelsen i både Erleben-sagen og Leasing-sagen er, at bestyrelsesmedlemmerne bliver vurderet subjektivt efter en klassisk culpanorm, på baggrund af hvilken viden medlemmerne *burde* have haft, eller kunne forventes at have haft.

Ud fra samme ansvarsbedømmelse blev selskabsledelsen i Sunny Tours-sagen frifundet, bl.a. grundet det faktum at de ikke burde have indset, at selskabet ville blive opkrævet en ekstraordinær forhøjelse af sin garanti hos Rejsegarantifonden. Ledelsen havde handlet forretningsmæssigt forsvarligt, men selskabet kom grundet uforudsete ekstraudgifter i likviditetsproblemer, og endte med at gå konkurs.

Selv om bestyrelsen i sagen, grundet selskabets store indkøb af telte og udstyr fra moderselskabet, var ansvarlige for den lave likviditet der var skyld i, at den ekstraordinære påkrævede garantiindbetaling ikke kunne betales, så havde ledelsen ikke handlet illoyalt eller uforsvarligt, og derfor ej heller ansvarspådragende.

Sunny Tours A/S' ledelse var også ledelse i dennes moderselskab. Denne konstellation, selv i en situation hvor moderselskabet drog økonomisk fordel på bekostning af datterselskabet, var ikke grundlag for en så markant strengere ansvarsvurdering, at ledelsen skulle ifalde ansvar. Der er i sagsforløbet ikke tvivl om, at ledelsen er ansvarlige for den interne handel af udstyr og telte. Ligeledes må det antages, at korrekt indbetaling til garantifonden er ledelsens ansvar.

Derudover er det naturligt at antage, at hvis ledelsen ikke havde foretaget indkøb for over 4 mio. kr., så ville selskabet have haft mulighed for at indbetale de 3 mio. kr. garantifonden krævede. Der kan derfor ikke herske tvivl om, at dispositionen vedrørende indkøb af telte og udstyr for 4 mio. kr., der året før var blevet leaset for 500.000,-, var direkte medvirkende til selskabets konkurs.

Hvis ledelsen var blevet bedømt ud fra en objektiv ansvarsnorm, der ikke tog højde for subjektive omstændigheder, ville selskabets ledelse kunne blive dømt for ikke at have overholdt kapitalberedskabs- og likviditetskravet statueret i Selskabsloven § 115, stk. 1, nr. 5.

Bedømmes der udelukkende ud fra Selskabsloven, kan det antages, at selskabsledelsen ville være ifaldt ansvar, grundet selskabets manglende likviditet til at opfylde sine forpligtelser. Den mere subjektive ansvarsnorm antaget i sagen gør, at uforudsigeligheden omkring garantiindbetalingen taler til ledelsens fordel, der ikke ifalder ansvar for at have foretaget et så stort indkøb lige inden. Ledelsens ikke illoyale handlinger, overfor både moder- og datterselskabet, bliver set som frifindende omstændigheder.

4.2.3 Virksomhedens subjektive forhold vs. en objektiv ansvarsvurdering

Hvis selskabsledelsers ansvar blev vurderet efter en ren objektiv ansvarsnorm, ville det antaget være lettere for ledelsesmedlemmer at gennemskue hvilke dispositioner de kunne ifalde ansvar for. Ligeledes ville en skærpet/objektiv ansvarsvurdering, i højere grad, genspejle det ansvar ledelsesmedlemmer i kapitalselskaber påtager sig, uden nødvendigvis at skulle stå til økonomisk ansvar for.

Et selskabs ledelse indvilger i at drive en virksomhed, når de påtager sig hvervet som ledelse, hvorfor det også må kunne forventes, at de kan stilles til ansvar for deres dispositioner, og bedømmes efter en skærpet norm, da de frivilligt påtager sig ansvaret for at disponere over en virksomhed.

Der kan argumenteres for, at Selskabslovens manglende krav til en ledelses kompetencer ikke er udtryk for, at ledelsen ikke påtager sig øget ansvar, men blot er en mulighed for at alle myndige kan sidde i en ledelse. Derved kan man argumentere for, at disse skal stå til øget ansvar for deres handlinger, overfor selskabets kreditorer og kapitalejere, og underlægges en skærpet culpanorm, ikke ulig den anvendt i forbindelse med professionsansvar.

En sådan ufleksibel og ikke hensyntagende bedømmelsesnorm vil have medført, at ledelsesansvarsvurderingen i de gennemgåede sager kunne have set markant anderledes ud.

I G Kartoffler-sagen fortsatte en ledelse med at drive en virksomhed, der levede på kredit, og havde givet underskud i en længere årrække. Til trods for at den havde givet underskud i flere år, blev driften ikke ændret markant, grundet ledelsens fortsatte tillid til, at driften ville blive overskudsgivende. Sagen illustrerer nogle af fordelene ved en subjektiv ansvarsvurdering.

I ansvarsbedømmelsen lagde Vestre landsret vægt på, at ledelsen i selskabet havde et markant branchekendskab, og derved havde set markedet ændre sig flere gange, og på kort tid. Der var, fra ledelsens synspunkt, grundlag for at tro på, at markedet ville komme i en højkonjunktursperiode snarligt. Derved var der ikke tvivl om, at ledelsen stadig, efter dennes overbevisning, handlede loyalt overfor selskabet, og mente der var realistiske muligheder for at selskabet kunne overleve.

Derudover var der i G Kartoffler-sagen, lig Havemann-sagen, seriøse forhandlinger i gang om en eventuel fusion eller overtagelse, som ligeledes var en vigtig faktor i vurderingen af, hvorvidt driften af selskabet var blevet håbløs, og videre drift derfor var erstatningspådragende.

Var der i G Kartoffler-sagen blevet anvendt en objektiv og skærpet ansvarsnorm, ville ledelsen kunne have ifaldt ansvar, selv om de agerede forsvarligt og korrekt i driften af selskabet, og havde realistiske, om end spinkle, muligheder for at drive selskabet igennem sin krise. En objektiv ansvarsvurdering ville have straffet en reel mulighed for at drive virksomhed, og derved stride imod det danske princip om retten til fri forretningsførelse.

En objektiv ansvarsvurdering ville i denne sag ikke have været fordelagtig, da den ikke med samme hensyn ville have taget højde for ledelsens intentioner og forretningsmæssige skøn, samt markedstendenser, men derimod have bedømt ud fra en norm, der ikke var virksomhedstypen kompatibel. Som det ses fra retspraksisanalysen, er ikke to virksomheder ens, og en objektiv ansvarsnorm vil ikke være retvisende for det enkelte selskabs unikke situation.

Kapitalberedskab, ledelsens relationer, virksomhedens formål, samt markeds- og branchekutymmer, er alle faktorer der bør vægtes i ansvarsvurderingen af ledelsen. Selskabsloven er ikke udtømmende, og tager ikke hensyn til disse eventuelle faktorer, men danner selvsagt grundlaget for ledelsesansvarsbedømmelsen. Dette gør en mere subjektiv ansvarsvurdering, med grundlag i Selskabslovens regler, til den mest fordelagtige ansvarsvurdering af selskabsledelser.

4.3 Corporate Governance som culpaelement

Der har i dansk retspraksis endnu ikke været en skelsættende dom, hvor retten tager højde for en ledelsens overholdelse, eller mangel deraf, af Corporate Governance. Har en ledelse i sin årsberetning indvilget i at følge Corporate Governance, hvorefter dette ikke sker, vil det som udgangspunkt være ansvarspådragende, eller i hvert fald et voldsomt argument for at ledelsen skal ifalde et ansvar.

Hvis en virksomhed er optaget til handel på Københavns Fondsbørs, påkræves det af børsen, at selskabet forholder sig til Corporate Governance. Manglende overholdelse af dette vil medføre, at selskabet får frataget sin ret til at blive handlet på børsen.

Dansk retspraksis statuerer flere gange, at manglende overholdelse af branchekutymer kan være et skærpende element i ansvarsvurderingen. Ligeledes er det i dansk retshistorie før set, at regler der kun skulle overholdes af børsnoterede selskaber, senere blev obligatoriske for alle selskaber.⁵⁵ Ligeledes kan det ud fra OKStimist-sagen konkluderes, at børsnoterede selskabers kutymer kan være ansvarsfrifindende at følge for andre selskaber i samme branche, selv om disse vurderes stridende mod almene principper.⁵⁶

Det må derfor antages, at hvis en tilstrækkelig stor del af en branches selskaber overholder Corporate Governance, så vil det være et kritisabelt forhold ikke at implementere disse. Markedet og dets investorer vil stille krav til, og have forventninger om, at Corporate Governance overholdes, hvis branchen har kutyme for at gøre dette.

Manglende overholdelse vil i sagens natur ikke være direkte strafbart, da Corporate Governance er soft law. Manglende implementering kan dog blive anset som et diskulperende element i en samlet culpabedømmelse af ledelsen, hvis branchen har for sædvane at overholde Corporate Governance.

Da Corporate Governance er opbygget efter følg-eller-forklar-princippet, vil det være et kritisabelt element ikke at forholde sig til disse, hvis det er branchesædvane at følge dem.

⁵⁵ (Schaumburg-Müller & Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014, s. 1498-1499)

⁵⁶ Dette er en reference til OKStimist A/S' indtægtsførsel af rettigheder ifølge spillerkontrakter, som ifølge revisorer og landsretten stred imod almene principper, hvilket blev anset som lovligt af Højesteret, bl.a. grundet det faktum, at børsnoterede fodboldklubber uden at møde kritik anvendte samme regnskabspraksis.

Selskaber der følger anbefalingerne, er i deres ret til at svare: "anbefalingen følges ikke", og komme med en ikke nødvendigvis uddybende forklaring om hvorfor.⁵⁷

Manglende overholdelse af anbefalinger et selskab selv har tilvalgt, og var i sin ret til at fravælge, vil som udgangspunkt blive anset som et diskulperende element, muligvis endda som ond tro. Når et selskab i sin årsberetning skriver, at Corporate Governance overholdes, vil dette blive set som et kvalitetsstempel af investorer og tredjemænd. Manglende overholdelse af Corporate Governance vil være et brud på de forudsætninger, hvorpå investorer og tredjemænd har baseret samarbejdet med selskabet.

Retspraksis har dog indikeret, at en investor, der burde have indset at ledelsen ikke overholdt Corporate Governance, men intet foretog sig, må anses for at have stiltiende samtykket med den manglende overholdelse, og kan derfor ikke kræve erstatning på grundlag af dette. Giver der besked til selskabet, vil ledelsen kunne ifalde ansvar overfor investor og selskabet, for perioden efter at den blev opmærksom på, at investor mente, at Corporate Governance ikke blev fulgt, jf. FED.2017.27, kaldet K/S-sagen.

FED.2017.27 – Kommanditselskabet K/S Høje-Taastrup omhandlede en sag, hvor en investor påstod, at direktøren for et K/S havde modtaget for højt vederlag, i strid med Corporate Governance. Landsretten konstaterede, at grundet investorens fagekspertise måtte denne have kunnet indse omtrent hvor stort vederlaget var, og derfor måtte anses for at have stiltiende samtykket dertil, indtil investoren indsendte en klage. Ledelsen blev erstatningsansvarlig for det fortsat overkompenserende vederlag udbetalt efter investorens klage.

Som den nuværende retsstilling er, vil et selskabs forhold til Corporate Governance uden tvivl kunne være et element i en samlet culpavurdering af en selskabsledelses ansvar. I en retssag ville det være naturligt at lægge vægt på overholdelsen, eller mangel deraf, hvis et selskab har taget stilling til Corporate Governance, eller branchen generelt har kutyme for at overholde Corporate Governance. Manglende overholdelse af nogle regler, et selskab i sin årsberetning skriver de vil følge, må som udgangspunkt anses som et yderst diskulperende element.

Indtil der kommer en skelsættende dom, hvor retten inkluderer Corporate Governance som et element i selskabsledelses ansvarsvurdering, vil Corporate Governances relevans være tvivlsom.

⁵⁷ (Rose & Dolata, RR.2010.12.0046)

5 Konklusion

På hvilket grundlag foretages ansvarsvurderingen af det forretningsmæssige skøn?

Specialets formål har været at belyse ovenstående spørgsmål. Gennem specialets behandling af retspraksis og juridisk litteratur kan det konkluderes, at oplysningsgrundlaget for en ledelses disposition, har en signifikant værdi i bedømmelsen af denne dispositioners forsvarlighed.

Det bemærkes i juridisk litteratur, at domstolene er tilbageholdende med at skønne på skøn. Dette er irrelevant for ansvarsvurderingen, da det er grundlaget for skønnet, der er udtryk for ledelsens forsvarlighed, og intentioner. Selve skønnet kan være ganske uhensigtsmæssigt, som det bl.a. kunne ses i Sunny Tours-sagen, men hvis grundlaget for skønnet er forretningsmæssigt forsvarligt, vil selve skønnet også være det.

De vigtigste og essentielle hensyn retten inkluderer i sin bedømmelse, er oplysningsgrundlaget og hensigten bag skønnet. Kerneelementerne i det forretningsmæssige skøn er loyalitet og forsvarlighed, hvilket afspejler sig i rettens vurdering af ledelsen, hvor netop disse elementer er skelsættende for ansvarsvurderingen. Så længe det efter oplysningsgrundlaget vurderes, at selskabets mulighed for rekonstruktion, om end spinkel, ikke hvilede på et umuligt grundlag, så vil selskabet ikke have passeret håbløshedspunktet, og ledelsen vil derfor ikke ifalde erstatningsansvar for fortsat drift.

Loyaliteten er, som nævnt ovenfor, et af kerneelementerne i det forretningsmæssige skøn. En ledelse kan blive frifundet, hvis de har handlet loyalt overfor selskabet, dets investorer, og dets kreditorer. I Røde Vejmølle-sagen blev det belyst, hvordan loyaliteten var et vigtigt element for ansvarsvurderingen, og direktøren blev frifundet af Højesteret, på baggrund af loyaliteten i sit skøn og disposition. I Sunny Tours-sagen blev det ligeledes lagt til grund af Østre Landsret, at ledelsen ikke havde handlet illoyalt ved deres dispositioner, og derfor ikke ifaldt ansvar.

I flere sager har selskaber været i en håbløs situation, men grundet seriøse fusions- eller overtagelsesplaner har ledelsen handlet loyalt overfor selskabet, ved at fortsætte driften, selv om den isoleret set ikke længere var forsvarlig, som konstateret ved G Kartoffler-sagen, og Havemann-sagen.

Retten tager i sin bedømmelse endvidere store hensyn til en ledelses, og et selskabs, specifikke situation. Denne subjektive vurdering af ansvarligheden gør det muligt at bedømme ledelser i overensstemmelse med generelle danske erstatningsretlige principper, nemlig efter en culpa-norm. Samtidig kan der tages højde for de bestemte omstændigheder, der har påvirket både selskabet og dets ledelse.

I bedømmelsen af en virksomhed, må der ses på dennes formål, og dens bestyrelses formål. En ledelse bedømmes ligeledes ud fra den funktion den har. I AOF-sagen beskrives det, at ledelsen mener, den skal bedømmes efter en lempet norm, grundet dens ideologiske formål, og det faktum bestyrelsesmedlemmerne ikke modtog vederlag. Dette blev kategorisk afvist af Højesteret, der dikterede, at AOF i sin ageren var at sammenligne med en erhvervsvirksomhed, og bestyrelsen derfor skulle sidestilles med en erhvervsvirksomheds bestyrelse.

Det beskrives ligeledes i Skodsborg-sagen, at det ene bestyrelsesmedlem var uddannet advokat, men grundet sit virke i bestyrelsen, som grundejer, skulle han ikke bedømmes efter en skærpet norm, eller pålægges professionsansvar.

En branches normer kan have markant betydning for ledelsen, da det at følge disse normer kan være ansvarsfrifindende, til trods for at det strider imod almen praksis i andre brancher. Dette illustreres af Hus og Hus-sagen, hvor manglende opfyldelse af et myndighedskrav, grundet myndighedernes sædvanlige manglende behandling af dette, ikke var ansvarspådragende. Ydermere illustreres det i OKStimist-sagen, hvor klubbens indtægtsførsel af kontraktrettigheder ifølge fagfolk stred mod almen regnskabspraksis, men grundet branchekutyme ikke var et ansvarspådragende element, og jf. Højesteret ikke stred imod almindelige regnskabsprincipper.

De ovenstående beskrevne hensyn retten inkluderer i bedømmelsen af ledelsesansvaret, er udtryk for en retstilstand, der har eksisteret i dansk ret i mange år. En ledelses forsvarlige skøn, og loyalt foretagne forretningsdispositioner, vil ikke være ansvarspådragende, til trods for, at de ender med at være til ulempe for selskabet. Ligeledes tages der højde for markedskonjunkturer, og ledelsens generelle reaktioner. Dette er et udtryk for *Business Judgement Rule*, men er også udtryk for en retstilstand der har eksisteret i dansk ret længe før dette begreb vandt indpas. Dette illustreres af følgende to citater, der har 60 års spænd mellem sig, men har lignende ordlyd:

Citat G kartofler-sagen, 2015

"Herefter og af de grunde, som byretten i øvrigt har anført, og når endvidere henses til oplysningerne om den vanskelige markedssituation, som man hos ledelsen og bestyrelsen havde tiltro til ville vende, 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."

Citat Panama-sagen, 1956

"Retten finder efter det fremkomne ikke at kunne forkaste direktør Christensens forklaring om, at den uheldige udvikling i første halvår 1953 hovedsagelig havde sin rod i utilfredsstillende garnleverancer, og kommer i henhold til det foran anførte til det resultat, at der ikke ved de sagsøgte fortsættelse af driften til og med juli måned 1953 uden henvendelse til kreditorerne er udvist en sådan letsindig forretningsførelse, at det kan pådrage de sagsøgte personligt ansvar overfor sagsøgeren."

Disse citater er bygget op på samme måde. Det beskrives, at der efter det fremkomne/anførte, og når der desuden tages hensyn til markedssituationen, ikke kan pålægges ledelsen ansvar for driften op til standsningstidspunktet, da der for driften inden standsningen ikke var udvist letsindig forretningsførelse, og det ikke burde være indset, at videreførelse ikke var mulig uden yderligere tab.

Det kan læses ud fra ovenstående citater, at retstilstanden og bedømmelsesnormerne for ledelsesansvar i forbindelse med det forretningsmæssige skøn ikke har udviklet sig specielt. Dette har den markante fordel, at den retspraksis der er på området, har høj præjudikatværdi selv om der er tale om ældre domme. Dette betyder også, at retspraksis på området med tiden bliver mere og mere udtømmende, hvilket gør retstilstanden mere nuanceret, detaljeret, og gennemskuelig.

Det kan hermed konkluderes, at rettens vurdering af det forretningsmæssige skøn ikke har udviklet sig specielt, de seneste mange år. Dog kan dette ændres, da det ses, at Corporate Governance-anbefalingerne vinder større indpas, og derved er tættere på at blive branchekutyme. Det kan antages, at anbefalingernes betydning i fremtiden vil vokse, og blive et element i rettens culpavurdering i forbindelse med en ledelses ansvar.

Da Corporate Governance er soft law, og er formuleret efter et følg-eller-forklar-princip, vil det ikke blive et bærende element. Dog kunne det blive elementet der får bægeret til at flyde over, og får ledelsen til at ifalde ansvar, hvis denne ikke har overholdt sine forpligtelser i relation til Corporate Governance. Ligeledes må det også kunne ses som et argument for ledelsens gode tro og loyale intentioner, hvis Corporate Governance er blevet fulgt til punkt og prikke.

Som endelig bemærkning kan det konkluderes, at retten i sin ansvarsvurdering vægter grundlaget for ledelsens skøn, virksomhedens formål, ledelsens funktion, samt virksomheds- og brancherelevante kutymmer, omstændigheder, tendenser, og forhold. Disse områder er væsentlige for bedømmelsen, og en ledelse der har udvist forsvarlighed og loyalitet i forbindelse med alle disse områder, vil som udgangspunkt blive frifundet for erstatningsansvar.

6 Abstract

“The liability assessment of the management’s business estimate”

The purpose of this master thesis has been to describe and clarify the Danish court of justice’s liability assessment regarding a company’s management’s business estimates. The thesis seeks to inform, which elements the court emphasizes, and describe these in a way that gives the reader a true and comprehensive understanding of the liability assessment.

To help fulfil the above-mentioned purpose, the thesis has been written based on the following question:

On what grounds is the liability assessment of the management’s business estimate made?

The thesis will be based on the Danish Companies Act, and the principles of Danish company law. Thus, the thesis will account for limited liability companies and other legal entities with applicable relevance and structure. The management’s work details and responsibilities as clarified and stated by the Companies Act will be accounted for, both regarding the directors and the non-executives and the differences between these roles. Equally, the classic company law-principles *Business Judgement Rule* and *Point of no return* will be described. As a newer subject for companies, the *Corporate Governance* recommendations will be compared to the Danish Companies Act.

The thesis will analyse relevant case law, both new and old. The criteria for relevance has been, whether the court’s ruling was based on the same principles as it is today, and not by the age or legislation used in the elder cases. At the same time, all the cases questions whether a management’s disposition has been justifiable and loyal to the company, as in accordance with the Business Judgement Rule. Likewise, other elements of the court’s assessment will be analysed, including company and industry tendencies, economic conjuncture, management structure, and the purpose of the company.

The analysis of case law and the court’s arguments will lead to a discussion. Factors such as internal and external relationships, and dependencies will be discussed, as will the subjective and distinct consideration by the court be held against the possibility of a more objective and rigid standard of judging by the court. The introduction of the Business Judgement Rule, and its effect on Danish Company Law, will be discussed, with references to leading writers of Danish legal literature and the analysed case law.

The relevance and probable future importance of Corporate Governance will be discussed, and one of the few cases yet to include Corporate Governance will be commented.

Finally, the thesis will wrap itself up in a conclusion, where the whole thesis will be compressed into four pages of findings. The findings case law analysis will be both emphasised and concluded. Quotes from two cases will be used to highlight the similarities between the court's assessment in the 1950's and the court's assessment in the 2010's.

As a last remark the most important aspects of the court's liability assessment are listed. These include – but are not limited to: the basis for a management's estimate, a business' purpose, loyalty, and the justification of dispositions.

7 Bibliografi

- Andersen, L. L., & Vistisen, T. (2006). U 2006.243 H - direktions- og bestyrelsesansvar for tab lidt ved en fonds drift af restaurant ("Mindshipsagen"). *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, s. 2006.231.
- Andersen, L. L., & Vistisen, T. (2007). U 2006.2637 H - bestyrelsesansvar for tab lidt ved en organisations fortsatte drift forud for konkurs (AOF-sagen). *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, s. 2007.47.
- Berg, C., & Langsted, L. B. (U.1994B.183). Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet. *UfR Online*.
- Bergenser, S. (2010). En kommentar til Ufr 2009.1512 H - om støtteerklæringer og bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, s. 59.
- Bergenser, S. (RR.2013.03.0056). Direktionens og bestyrelsens pligter og rettigheder vedrørende informationer om selskabets forhold - herunder i forhold til bestyrelsens erstatningsansvar. *Revision & Regnskabsvæsen Tidsskrift*.
- Boe, J., Hansen, C. J., & Mosbek, J. L. (2016). *Direktørkontrakten* (8. udg.). Karnov Group.
- Christensen, J. S. (2017). *Kapitalselskaber - aktie- og anpartsselskabsret* (5. udg.). Karnov Group.
- cvr.dk. (19. Februar 2018). Hentet fra <https://datacvr.virk.dk/data/visenhed?enhedstype=virksomhed&id=13590400&soeg=jysk+A%2FS&type=Alle>
- Dansk Sprognævn. (2012). *Retskrivningsordbogen* (4. udg.). Alinea A/S.
- ft.dk. (132. Februar 2018). Hentet fra <http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L170/BEH2-96/forhandling.htm>
- G Kartoffler. (2005-2010). *Årsrapport*. cvr.dk.
- Gomard, B. (U.1971B.117). Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar. *UfR Online*.
- Gomard, B., & Schaumburg-Müller, P. (2015). *Kapitalselskaber & Erhvervsdrivende Fonde* (8. udg.). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hansen, S. F., & Krenchel, J. V. (2014). *Dansk Selskabsret 1* (4. udg.). Karnov Group.

- Hansen, S. F., & Krenchel, J. V. (2014). *Dansk Selskabsret 2* (4. udg.). Karnov Group.
- Komitéen for God Selskabsledelse. (23.. November 2017). *Anbefalinger for God Selskabsledelse*.
- Københavns Fondsbørs. (2005). *Press Release, October 6, 2005*.
- Kölsch, T., & Paludan, A. (2018). Bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, s. 58.
- Munk-Hansen, C. (2014). *Retsvidenskabsteori*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- PwC. (2015). *C20+ by Numbers 2015*. PricewaterhouseCoopers.
- Rose, C., & Dolata, K. M. (RR.2010.12.0046). Corporate Governance - i danske børsnoterede selskaber. *R&R Online*.
- Schaumburg-Müller, M. (ET:2013.199). Kompetenceforholdet mellem bestyrelse og direktion. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*.
- Schaumburg-Müller, P., & Werlauff, E. (2010). *Vedtægter og Ejerftaler* (3. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Schaumburg-Müller, P., & Werlauff, E. (2014). *Selskabsloven med kommentarer* (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Sofsrud, T. (1999). *Bestyrelsens beslutning og ansvar - spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar* (1. udg.). Greens§Jura.
- tv2.dk. (12. Marts 2018). Hentet fra <http://nyheder.tv2.dk/lokalt/2018-03-11-500-kroner-for-et-kilo-her-er-landets-foerste-danske-kartofler>
- Ulfbeck, V. (2010). *Erstatningsretlige grænseområder* (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Werlauff, E. (2015.12.0044). Capinordic-dommen - første dom om ledelsesansvar efter finanskrisen. *Revision & Regnskabsvæsen Tidsskrift*.
- Werlauff, E. (2016). *Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor* (1. udg.). Werlauff Publishing.

Werlauff, E. (22. August 2017). Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion blankt frifundet? *dinSjura*(3), s. 11-13.

Werlauff, E. (13. Februar 2018). Hvornår skal en ledelse frifindes og hvornår skal den dømmes efter Capinordic? *Din Jura*. Hentet fra <https://www.dinjura.com/2015/10/14/hvornaar-skal-en-ledelse-frifindes-og-hvornaar-skal-den-doemmes-efter-capinordic/>

Werlauff, E. (13. Februar 2018). Memory Card - hvorfor blev bestyrelse og revisorer frifundet trods fejl? *Din Jura*. Hentet fra <https://www.dinjura.com/2015/03/30/memory-card-hvorfor-bestyrelse-revisorer-frifundet-trods-fejl/>

Werlauff, E. (U.2015B.244). Selskaberstatningsrettens "tilpasningspunkt". *UfR Online*.

Økonomi- og Erhvervsministeriet. (25. Marts 2009). L 170 - 25-03-2009 (som fremsat). *L 170 Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven)*.

Ørgaard, A. (2014). *Konkursret* (11. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

8 Domsliste

- U.1956.990.S (Panama-sagen) – Dansk Panama Industri A/S
- U.1961.515.H (Backhaus-sagen) – A/S Filotex
- U.1974.1005.H (Tjæreborg Huse-sagen) – Tjæreborg Huse A/S
- U.1977.246.S (Leasing-sagen) – K.J. Sport A/S
- U.1977.274.H (Havemann-sagen) – Havemann Lyngby A/S
- U.1981.973.H (Røde Vejmølle-sagen) – Brødfabrikken Røde Vejmølle A/S
- U.1984.908.S (Hus og Hus-sagen) – Den selvejende institution Hus og Hus imellem
- U.1998.1137.H (OKStimist-sagen) – OKStimist A/S af 14/2 1987
- FED.2003.2039 (Sunny Tours-sagen) – Sunny Tours A/S
- U.2006.2637.H (AOF-sagen) – AOF i Århus
- U.2011.1290.H (Erleben-sagen) – Brdr. Erleben A/S
- U.2013.1312.H (Skodsborg-sagen) – Skodsborg Grundejerforening
- U.2015.257.V (G kartofler-sagen) – G Kartofler A.m.b.A.
- U.2015.2075.H (Memory card-sagen) – Memory Card Technology A/S
- FED.2017.27 (K/S-sagen) – Kommanditselskabet K/S Høje-Taastrup, og Høje-Taastrup ApS

9 Definitionsliste

A/S:	aktieselskab
ApS:	anpartsselskab
Corporate Governance:	anbefalinger for God Selskabsledelse, skrevet af Komitéen for God Selskabsledelse.
FED:	Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling. Er en samling af danske forsikrings- og erstatningsretlige domme. Forefindes på Forlaget Karnovs hjemmeside.
IVS:	iværksætterselskab
OMXC-indekset:	liste over de mest omsatte aktier på den københavnske fondsbørs. I årene 1989-2017 var der 20 selskaber på indekset, som i 2017 blev udvidet til 25.
UfR/U:	Ugeskrift for Retsvæsen, en samling af relevante danske domme. Forefindes på Forlaget Karnovs hjemmeside.
Vir optimus-standard:	Bedømmelsesstandard, hvor en skadevoldende bedømmes mod "den bedste mand", altså en idealperson i besiddelse af den højeste viden indenfor et givent område.