



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

LEDELSENS ERSTATNINGSANSVAR

THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Camilla Kronborg Svejstrup, cand.merc.aud.-studiet

Kandidatspeciale

Juni 2019



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

TITELBLAD

UDDANNELSESSTED : AALBORG UNIVERSITET
UDDANNELSE : CAND.MERC.AUD.
SEMESTER : 10. SEMESTER – KANDIDATSPECIALE

TITEL : LEDELSENS ERSTATNINGSANSVAR
VEJLEDER : GITTE SØGAARD
AFLEVERES : 3. JUNI 2019
FORFATTER : CAMILLA KRONBORG SVEJSTRUP

STUDIENUMMER: 20133308

KANDIDATSPECIALETS OMFANG

ANTAL SIDER : 47 SIDER
ANTAL ANSLAG : 119.433 ANSLAG
ANTAL NORMALSIDER : 49,8 NORMALSIDER

ABSTRACT

This thesis deals with management's liability, including the importance of the business judgment rules. The conditions for the business judgment rule are that decisions must be made loyally on a sufficiently informed and qualified basis in the company's own interest.

The thesis deals with the management's responsibility basis, in particular the Danish company law and the rule of negligence. The liability of the management and obligations under the Danish Companies Act are considered.

In addition, the "håbløshedspunktet" and focus points, as well as their significance for the business judgment rule and the management's liability for liability, are seen.

The above are dealt with by analysing Danish case law from the 1970s to the present.

The thesis summarizes the liability of the management and the significance of the business judgment rule for this. In addition, the range of the business judgment rule is seen.

The legal-logical method is used to answer the problem of the thesis, as well as a law-based approach to the sources of law.

INDHOLDSFORTEGNELSE

ABSTRACT	1
INDHOLDSFORTEGNELSE	2
1.0 INDLEDNING	3
1.1 PROBLEMFOMULERING	4
1.2 AFGRÆNSNING	4
1.3 METODE	5
1.3.1 Struktur	5
1.4 KILDER	6
2.0 LEDELSENS ANSVARSGRUNDLAG OG FORPLIGTELSE	7
2.1 ANSVARSGRUNDLAGET	7
2.2 FORPLIGTELSE	13
2.2.1 Bestyrelse og direktion	14
2.2.2 Direktion og tilsynsråd	19
2.2.3 Direktion – ApS ledelse	19
2.2.4 Generalforsamlingen	20
2.2.5 Den selskabsretlige generalklausul	20
2.3 OPSAMLING	21
3.0 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE, HÅBLØSHEDSPUNKTET OG FOKUSPUNKTER	23
3.1 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE	23
3.1.1 Amerikansk retspraksis	23
3.1.2 Dansk retspraksis	24
3.2 HÅBLØSHEDSPUNKTET	32
3.3 FOKUSPUNKTER	34
3.4 OPSAMLING	39
4.0 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE OG LEDELSENS ERSTATNINGSANSVAR ..	41
5.0 KONKLUSION	45
6.0 KILDELISTE	46
6.1 DOMME OG AFGØRELSER	47

1.0 INDLEDNING

I Danmarkshistorien ses der talrige af eksempler på store erhvervsskandaler. Alt lige fra Harald Plum og Landmandsbanken tilbage i 1922, hvor det lykkedes for Harald Plum at låne et beløb af Landmandsbanken, som var 2,5 gange større end bankens egenkapital. Da Harald Plum gik konkurs efter en risikabel investering samt tvivlsomme regnskabsmetoder, fulgte Landmandsbanken efter. I 1980'erne svindlede direktør og bestyrelsesformanden i Nordisk Fjer for 3 mia. kr. ved at lave fiktive handler og skjule revisors bemærkninger for bestyrelsen, og de startede derfor 90'erne med en konkurs. I 90'erne sås efterfølgende adskillige sager om selskabstømning, Hafnia- og PFA-sagen, som i 00'erne blev efterfulgt af Memory Card, IT Factory og Klaus Riskær, som alle havde svindlet for alt i mellem 200 mio. kr. til 6 mia. kr. I nyere tid ses en række banker, som er gået konkurs efter finanskrisen, her i blandt, Capinordic Bank, Roskilde Bank og Amagerbanken. I 2014 måtte OW Bunker gå konkurs efter kun syv måneder på børsen. (Lund-Hansen og Grønnemann 2016)

I alle disse sager forsøger man at placere et ansvar og dette forsøges ofte placeret hos ledelsen af selskabet. Dette retlige ansvar som man forsøger at placere beskriver Bernhard Gomard som: *"For at kunne danne sig en mening om, hvad der er en fejl eller forsømmelse, som kan medføre et retlig ansvar for et medlem af en bestyrelse, må man kende de krav, der stilles til bestyrelsen for et selskab. Retlig ansvar forudsætter, at retlige regler eller normer om bestyrelsens pligter er overtrådt. Begreberne retlig pligt og retlig ansvar er spejlbilleder af hinanden. Det må undersøges – hvilke krav der efter lovgivningen og retsregler i øvrigt stilles til bestyrelsen for et aktieselskab, og – under hvilke betingelser undladelse af at opfylde disse krav kan medføre ansvar."* (Gomard 1993, 1)

Den centrale lovgivning i ledelsens erstatningsansvar er selskabsloven, tidligere aktie- og anpartsselskabsloven, som i 2010 blev til selskabsloven. I denne ses det at inden for erstatningsansvar er det stadig culpanormen, se afsnit 2.1, som er gældende (Neville og Sørensen 2009, 136). I den nye selskabslov er ledelsens pligter blevet præciseret efter anbefalingerne der ses i *"Betænkning 1498, Modernisering af selskabsretten"*. Der ses en konkret opdeling mellem henholdsvis bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådets forpligtelser. Disse pligter ses sort på hvidt, som et skærpet krav om opmærksomhed på selskabet fra ledelsens side, der til gengæld har fået en stor grad af handlefrihed (Werlauff 2016a, 52–53).

Denne handlefrihed ses i ledelsens forretningsmæssige beslutninger, hvor der i *"Betænkning 1498, Modernisering af selskabsretten"* bemærkes: *"Domstolene synes således at vise en vis tilbageholdenhed med at foretage en vurdering af de forretningsmæssige skøn, som ledelsen har foretaget, når dispositioner er foretaget i selskabets interesse. Selv i en for selskabet vanskelig økonomisk situation antages ledelsen at være berettiget til at søge at vende udviklingen, såfremt det sker på en efter omstændighederne forsvarlig måde."* (Økonomi- og Erhvervsministeriet 2008, 38). Denne antagelse er videreført i den nye selskabslov (Neville og

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Sørensen 2009, 124–25) og bygger på elementer fra the business judgement rule, se afsnit 3.1. Netop the business judgement rule og ledelsens erstatningsansvar danner grundlaget for dette speciale, og har ledt frem til specialets problemformulering i afsnit 1.1.

1.1 PROBLEMFOMULERING

Dette problemfelt leder frem til følgende problemformulering:

Hvilken betydning har the business judgement rule for ledelsens erstatningsansvar?

1.2 AFGRÆNSNING

I dette speciale vil der blive afgrænset fra kapitalejernes erstatningsansvar og kun blive fokuseret på ledelsens. Kapitalejernes forpligtelser og opgaver vil dog blive belyst i specialet, for at illustrere hvornår ledelsen træder ud over sit eget kompetenceområde og ind på kapitalejernes. Derudover vil der også blive afgrænset fra revisors erstatningsansvar.

Med den nye selskabslov, kom der i lovgivningen mulighed for at have en ledelsesstruktur med et tilsynsråd. Da dette kun har været en mulighed siden 2010, ses der ikke meget retspraksis på området. Der vil dog i specialet kort blive belyst, hvilke pligter og opgaver et tilsynsråd har ifølge selskabsloven, for at illustrere de forskellige kompetenceområder.

Der vil i specialet udelukkende blive anvendt dansk retspraksis, selvom the business judgement rule stammer fra amerikansk ret, og er anvendt i retspraksis i flere forskellige lande.

Derudover vil der ikke blive set på selve strafudmålingen af en erstatningssag, og dermed vil lempelsesreglerne heller ikke blive belyst.

Specialet vil heller ikke gå ind og tage højde for ledelsesmedlemmer, som eventuelt vil blive bedømt efter en skærpet norm grundet ansvarsforsikring.

Det vil udelukkende være lovgivningen fra den nye selskabslov, der vil blive belyst, på trods af at nogle anvendte domme er ældre end denne. Det vurderes at de ældre domme stadig har præjudikat værdi, da præmisserne for at ifalde et erstatningsansvar ikke har ændret sig. I

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

analyse arbejdet vil den nye lovgivning blive brugt, men der vil i projektet blive redegjort for eventuelle forskelle fra den gamle aktie- og anpartslov til den nye selskabslov.

1.3 METODE

Til besvarelse af problemformuleringen vil den juridiske metode, herunder den retsdogmatiske metode blive anvendt. Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode betyder det, at formålet er at beskrive *de lege lata*. Det vil sige den beskriver gældende ret som den er, modsat retspolitisk metode *de lege ferenda*, der beskriver hvordan retten bør være. Retsdogmatiske metode er ofte et udtryk for en skabende proces, på trods af at den ikke frembringer noget nyt. Dette skyldes at mange retskilder er åbent formulerede og dermed også åben til fortolkning, hvor der kræves faglige kvalificerede valg til fremstilling af argumenter. (Blume 2009, 161)

Til fortolkning af retskilderne vil der blive anvendt en retspositivisk tankegang med vægt på en teksttro opfattelse. Her er fokus på det skrevne og følger den hierarkiske retsopfattelse, hvor grundloven er over loven, loven over bekendtgørelsen og så videre. Der er ikke noget krav til at resultatet skal være retfærdigt, men gældende ret anvendes, og dette gør resultatet mere objektivt og kan derfor efterprøves, frem for at man lader subjektive følelser tage over, som ikke kan efterprøves. (Hansen og Werlauff 2016, 19–21)

1.3.1 STRUKTUR

Specialet starter ud med afsnit 1, som giver en indledning og præmissen for specialet, samt belyser specialets problemstilling og problemformulering.

I afsnit 2 ses en beskrivelse og analyse af de dele af selskabslovgivningen, som danner rammen for ledelsens ansvarsgrundlag og forpligtelser i danske kapitalselskaber¹. Dette bruges til besvarelse af problemformuleringen.

Efterfølgende ses i afsnit 3 en beskrivelse og analyse af the business judgement rule, håbløshedspunktet og fokuspunkter, som alle er vigtige, når ledelsen ender ud i en erstatningssag.

I afsnit 4 kædes afsnit 2 og 3 sammen, som ender ud i en diskussion om sammenhængen og præmissen mellem ledelsens erstatningsansvar og the business judgement rule.

Dette samles i en konklusion i afsnit 5 og i afsnit 6 ses en kildeliste.

¹ Definition af kapitalselskaber se; Werlauff, Erik. 2016. *Selskabsret*. 10. udgave. Karnov Group. Side 28.

1.4 KILDER

Der vil i specialet blive gjort brug af forskellige retskilder, dette betyder at både de skrevne regler og de uskrevne principper vil komme i spil. Selskabsloven, culpa-reglen, the business judgement rule og loyalitetspligten vil hovedsageligt blive anvendt.

Derudover ses en række domme og afgørelser med præjudikatværdi, på trods af dommens alder vurderes disse stadig at have værdi og relevans for specialet.

Der er også anvendt en række juridiske artikler og bøger til at belyse specialets problem.

2.0 LEDELSENS ANSVARSGRUNDLAG OG FORPLIGTELSE

2.1 ANSVARSGRUNDLAGET

I selskabsloven (SL) ses §§ 361 og 362, som lovgiver om ledelsens og kapitalejeres erstatningsansvar, og disse regler er en videreførelse af aktieselskabsloven (AL) §§ 140 og 142 samt anpartsselskabsloven (ApL) §§ 80a og 80c.

SL § 361, stk. 1 lyder: "*Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand.*". Reglen i denne paragraf indeholder den almen gældende erstatningsregel, culpa-reglen. Culpa-reglen er ikke nedskrevet i lovgivningen, men anses som et udtryk for en retssædvane på lovniveau, da det er en handlemåde som er fulgt almindeligt, stadigt og længe. (Werlauff 2016a, 18) Dermed er SL § 361, stk. 1 en kodifikation af culpa-reglen, som gør uskrevne regler til skreven ret.

For at ifalde et erstatningsansvar, skal betingelserne i culpa-reglen være opfyldt. Culpa-reglen siger, at der skal være sket en skade og dermed lidt et tab, samt at der skal være udvist culpa/skyld. Derudover skal der være en årsagssammenhæng (kausalitet) mellem disse. Det vil sige, at den udviste culpa skal være årsag til den opståede skade, som har medført et tab, samt at tabet skal være påregneligt (adækvat) for den udførte handling eller undladelse af handling. (Werlauff 2016a, 14–15)

Det ses i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, vigtigheden af at påvise at der er lidt et tab. I selskabet Calypso Verdensrejser ses flere overtrædelser af selskabslovgivningen ved blandt andet uforsvarligt kapitalberedskab og kontrol, samt virksomhedens mangel på et forsvarligt finansielt og kommercielt grundlag. Virksomheden gik konkurs med et betydeligt tab, men sagsøgeren godtgjorde ikke dette tab, som medførte at Landsretten frifandt sagsøgte. Senere i Højesteret efter supplerende sagsfremstilling findes dette tab godtgjort til 5 millioner, og sagsøgte bliver dermed pådraget et erstatningsansvar.

UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser: Rejseselskabet "Calypso Verdensrejser" blev oprettet den 19. januar 1996 med en egenkapital på 1 million. Rejseselskabet ville finansiere sin drift ved brug af de forudbetalinger, som man modtog af kunderne ved bestilling af en rejse. Rejseselskabet solgte rejser der i perioder ikke engang dækkede de indirekte omkostninger og selskabet blev erklæret konkurs den 17. oktober 1996 med et underskud på cirka 38 millioner. Konkursboet lagde sag an mod direktøren, fire bestyrelsesmedlemmer og Kurt som var den reelle daglige leder og medejer. De bliver alle frifundet i Landsretten, da tabet ikke er nærmere godgjort. Højesteret finder at rejseselskabet var blevet drevet klart uforsvarligt og at

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

bestyrelsen havde forsømt deres forpligtelser jf. SL § 115 og burde have indset at driften skulle have været tilpasset eller indstillet senest sommeren 1996. Højesteret fandt derfor erstatningsbeløbet til 5 millioner for tabet fra sommeren 1996 til konkursdagen og dømte alle indstævnte til at betale dette erstatningsbeløb.

Dette illustreres også i UfR 1998.1137 H, Fodboldselskabet, hvor Landsretten i første omgang frifinder ledelsen, på trods af at det er blevet påvist, at de uforsvarligt forsatte driften, selvom den burde have været indstillet eller tilpasset. Da Landsretten ikke præcist eller tilnærmelsesvist kan fastslå tabet, bliver ledelsen frifundet. Højesteret fastsætter tabet skønsmæssigt til 1 million, og bestyrelsen ifalder et erstatningsansvar for dette beløb.

UfR 1998.1137 H, OKStimist A/S, Fodboldselskabet: Bestyrelsen i et professionelt fodboldselskab, som blev erklæret konkurs 5. januar 1990, forsatte driften, på trods af at årsregnskabet viste et underskud, som gav en negativ egenkapital. Bestyrelsen forsatte driften i otte måneder efter regnskabet, hvor de blandt andet på trods af regnskabets resultat fastholdte urealistiske budgetter på et bestyrelsesmøde afholdt den 4. april 1989. Selskabets ledelse findes, ifølge Landsretten, herefter at være erstatningspligtig over for konkursboet i det omfang, hvori det negative driftsresultat er blevet forøget ved den forsatte drift efter den 4. april 1989, hvor uforsvarligheden måtte stå klart for ledelsen. Højesteret bemærker endvidere at, af de grunde, der er anført af Landsretten, tiltrædes at bestyrelsen pr. 4. april 1989 burde have indset, at videreførelse af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab, og at bestyrelsen har handlet uforsvarligt ved at forsætte driften.

Disse sager viser vigtigheden af at godtgøre tabet fra start. I begge sager blev de sagsøgte frifundet i Landsretten, da der ikke var godgjort noget tab, men senere i Højesteret blev de dømt. Dette skyldes at der i begge sager var supplerende sagsfremstilling, hvor der er frembragt henholdsvis skønserklæring og følgeskrivelse fra statsautoriserede revisorer fra anerkendte revisionshuse. Disse var med til at godtgøre et skønsmæssigt tab, som de sagsøgte blev gjort erstatningsansvarlige for.

Kausalitet, også betegnet årsagssammenhæng, betyder at der skal være en sammenhæng mellem ansvarsgrundlaget og skadelidtes tab. Er der ikke kausalitet mellem disse kan der ikke ifaldes erstatningsansvar. (Eyben og Isager 2015, 297)

Eksempler på dette ses i UfR 2013.1107 H, bankTrelleborg, hvor der blev påvist kausalitet mellem fejl i bankens prospekt, og den tidligere sparekasses garanters tab af deres garantikapital ved konvertering til aktier i den nystiftede bank. Det vil sige at der blev påvist at garantterne havde valgt at konvertere til aktier på baggrund af den fejl som var i prospektet.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Hvis prospektet havde været korrekt ville de ikke have konverteret, da dette ville medføre tab og banken blev derfor erstatningsansvarlige.

Derimod blev der ikke påvist kausalitet i UfR 2015.2075 H, Memory Card, hvor der ikke kunne påvises kausalitet mellem revisors alvorlige fejl i regnskabet og bestyrelsens ageren på baggrund af regnskabet, og dermed blev revisor ikke erstatningsansvarlig. Det kunne i denne sag ikke påvises, at bestyrelsen ville have handlet anderledes ved et korrekt regnskab. (Werlauff 2016a, 16) I denne sag blev revisor først dømt i Landsretten, men Højesteret frifandt efterfølgende revisor. Dette skyldes at Højesteret holder fast ved princippet om fuld bevis for kausalitet, det ses dog i retspraksis, at jo grovere fejlen er, jo mindre bevisstyrke kræves, men der skal stadig være bevis for kausalitet. (Werlauff 2016a, 16–17)

UfR 2015.2075 H, Memory Card: I sagen om Memory Card havde selskabets direktør pådraget sig et erstatningsansvar for ved blandt andet at have angivet fiktive tilgodehavender, som fik selskabets regnskaber til at se bedre ud. I Højesteret angik sagen revisor og bestyrelsesformanden. Det blev påpeget at revisor burde have taget forbehold i påtegningen, men det blev ikke godtgjort at bestyrelsen ville have handlet anderledes, hvis dette havde været tilstede. Derfor blev revisor frikendt for manglende kausalitet mellem fejl og tab. Højesteret fandt at bestyrelsesformanden havde levet op til sin forpligtelser jf. SL § 115 og grundet en enkelt fejlsvurdering fra formandens side fandt Højesteret ikke grundlag for at pålægge ham et erstatningsansvar.

UfR 1981.973 H, Røde Vejmølle, er endnu et eksempel på frifindelse grundet manglende kausalitet. I denne sag blev direktøren frifundet for at have solgt virksomhedens produkter med et lavere dækningsbidrag, end vedtaget i bestyrelsen. Sagsøgte blev frifundet, da han kunne påvise, at der i markedet ikke kunne opnås højere priser. Der var derfor ikke kausalitet mellem tabet, og det at produkterne blev solgt billigere end vedtaget.

UfR 1981.973 H, Røde Vejmølle: I sagen havde en direktør solgt virksomhedens produkter med et lavere dækningsbidrag, end han havde fået besked på fra bestyrelsen. Produkterne var endvidere solgt til hans eget firma uden at han havde drøftet dette med bestyrelsen. Højesteret frifandt direktøren, da han påviste, at det ikke var muligt at få en bedre pris i markedet på daværende tidspunkt. Hans handlemåde blev stærkt kritiseret og han burde have orienteret bestyrelsen undervejs.

Adækvansproblemet ses, når der er sket en skade og et tab, samt at kausalitet er konstateret, men at kausaliteten er spinkel. Dette ses, når en række handlinger kan være grund til skaden,

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

og lige netop skadevolders uagtsomme handling ikke har forøget risikoen for en skade, men skadesrisikoen er den samme som før den uagtsomme handling, så ses skaden i stedet som en hændelig ulykke. Skaden var ikke påregnelig og derfor heller ikke adækvat. (Eyben og Isager 2015, 309–10)

Dette begreb spiller ikke en stor rolle i praksis, og der er ikke mange eksempler på dette. Det ses dog i UfR 2012.524 H, hvor en afskedigelse, som blev foretaget på en ydmygende måde medførte psykiske problemer. Her blev denne afskedigelse anset som adækvat. Det blev modsat ikke anset som adækvat i FED 2010.1 V, hvor en jagtulykke medførte psykiske problemer ved skadelidte. (Werlauff 2016a, 17)

I den tidligere nævnte UfR 2015.2075 H, Memory Card-sagen, blev det af Landsretten anset som påregneligt, at bankerne lagde vægt på revisionens blanke påtegning af regnskabet i forbindelse med långivning. Da påtegningen burde have indeholdt forbehold, havde revisionen handlet ansvarspådragende, da det var påregneligt for revisionen, at bankerne agerede som de gjorde på baggrund af den blanke påtegning.

Retsstridighed ses som en usikker betingelse for erstatningsansvar og er derfor ikke særlig brugbar i praksis, da det er et udtryk for at skadevolders handling, eller undladelse, skal være i strid med en norm. Betingelsen for retsstridighed siger i sin yderste konsekvens, at *"... hvis ikke der kan findes en norm, som regulerer spørgsmålet om retsstridighed, skal der blot efterprøves, om handlingens skadevirkning overstiger dens nyttevirkning."* (Werlauff 2016a, 15)

Når der ses på en norm i retspraksis, ses der på hvordan den pågældende burde have handlet. Tidligere ved culpabedømmelse i erstatningsager var udgangspunktet *bonus pater familias*, hvilket betyder den gode kyndige familiefar og dennes ideelle handlemønstre. Dette betyder at der i selskabsretten, skulle ses på den gode kyndige direktør eller bestyrelsesmedlem. (Werlauff 2016b, 631) Dette begreb har igennem årene fået en del kritik, og der ses ikke længere den store anvendelse af det. Rolf Dotevall arbejder i stedet med en objektiveret målestok for culpabedømmelsen, da direktør og bestyrelsesmedlemmer ses som en uhomogen gruppe, med forskellige kundskaber og erfaring. De skrevne normer kommer af lovgivningen samt selskabets vedtægter, og eventuel direktørens ansættelseskontrakt suppleret med blandt andet uskrevne loyalitetsforpligtelser. I og med at ansvaret bliver mere objektivt, så minder det mere om professionsansvaret. Her er det dog vigtigt at pointere, at det ikke er det samme, hvilket ses ved at ledelsesmedlemmer, kan gøre brug af individuelle undskyldningsgrunde. Dette sås i Sø- og Handelsrettens dom angående emission i Hafnia. I denne sag blev revisor og banken ansvarspådragende, hvorimod ledelsen blev frifundet på trods af fejl grundet individuelle undskyldningsgrunde. (Werlauff 2000)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Ifølge Samuelsson og Søgaard er ansvarsnormen: *"Den norm, som er bestemmende for ansvaret, er som udgangspunkt objektiv. Ikke forstået således at ansvaret er objektiv, men normen for forsvarlig adfærd fastlægges generelt og uden hensyntagen til bestyrelsesmedlemmets individuelle forudsætninger."* Det betyder at medlemmer i direktionen eller bestyrelsen forudsættes at have nogle bestemte gennemsnitlige kundskaber, samt erfaringsniveau i forhold til deres post i det specifikke selskab. Afviges der fra den gennemsnitlige pålagte adfærd og handlingen medføre et tab, anses dette for ansvarspådragende. (Samuelsson og Søgaard 1997, 26–27)

I SL § 361, stk. 1, står *"... forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalgesellschaft skade..."*. Forsætlig eller uagtsomt betegner graden af culpa jf. culpasøjlen, se figur 1, som overordnet inddeles i tre grader/trin af culpa. Det nederste trin er det hændelige, på dette trin er det normalt erstatningsfrit, da det er det som kan ske. På dette trin af culpasøjlen vil der ikke ifaldes strafansvar, og hvis samfundet mener der skal ifaldes et erstatningsansvar, vil der være tale om objektivt ansvar, som kræver lovhjemmel. (Werlauff 2016a, 13)

Culpasøjlen



Figur 1, Culpasøjlen, egen tilvirkning

Det midterste trin er det uagtsomme, hvilket betyder at skadevolder har handlet mod normen og derfor ikke handlet som man burde. Inden for dette trin ses både simpel og grov uagtsomhed. I den praktiske erstatningsret er den simple uagtsomhed mest udbredt og ved den grove uagtsomhed, siges det at man: *"handler anderledes, end selv en skødesløs person ville handle."* (Werlauff 2016a, 14) Der kan ifaldes erstatningsansvar ved uagtsomhed, hvad

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

enten man handler aktivt eller passivt, der ses dog ikke noget strafansvar, medmindre det står direkte i straffeloven eller i en speciallov. (Werlauff 2016a, 13–14)

I selskabslovgivningen ses der en skelen mellem simpel og grov uagtsomhed. I SL § 362 står der: *"En kapitalejer skal erstatte tab, som den pågældende **forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, andre kapitalejere eller tredjemand.**"*. Det ses her, at for at kapitalejere kan ifalde et erstatningsansvar, så skal der være udvist grov uagtsomhed. Modsat gælder det for stiftere og medlemmer af ledelsen, at de kan ifaldes ansvar allerede ved simpel uagtsomhed jf. SL § 361, stk. 1. Dette skyldes, at kapitalejere ikke har nogen pligt til at føre tilsyn med virksomheden og dennes udvikling, samt at en kapitalejer har mulighed for at forholde sig helt passivt, hvis denne ønsker dette. Derudover har kapitalejerne ikke pligt til at følge selskabets interesse², men er til en vis grad 100 % berettiget til at følge egne interesser. Hvis en kapitalejer begynder at udføre ledelsesmæssige handlinger, vil SL § 362 ikke længere være gældende, men der skal i så fald dømmes efter SL § 361, stk. 1. (Christensen 2017, 734–35)

I UfR 1997.364 H, Satair, sås det anvendt at en kapitalejer blev dømt efter SL § 361, fremfor SL § 362. Her blev det i både i Landsretten og Højesteret påpeget, at kapitalejeren blev anset for at udøve fuld kontrol over selskabet og dermed ville blive bedømt efter SL § 361.

UfR 1997.364 H, Satair: 1. april 1992 blev et overskudsselskab med et aktiv, et bankindestående på cirka 24,5 millioner og et passiv, en latent skattegæld på cirka 13 millioner solgt. Selskabet der købte tilkendegav at skattetilsvaret ville blive udlignet i løbet af året. Dette skete ikke og de gik i stedet konkurs i september 1993. Højesteret finder ejeren af overskudsselskabet Satair Holding erstatningsansvarlige for ikke at sikre at skattetilsvaret ved handlen blev betalt eller lovligt berigtiget. Derudover blev salget gennemført med det formål, at undgå betalingen af skatten og man har dermed tilsidesat skattevæsnets interesse på en uforsvarlig måde. Satair Holding var eneejer og reelle leder af overskudsselskabet og bliver derfor dømt efter SL 361, stk. 1 og ikke SL 362.

Det øverste trin er det forsætlige, her findes tre typer af forsæt. Det direkte forsæt, hvor man har handlet med en viden og vilje. Sandsynlighedsforsættet, hvor en handling har overvejende sandsynlighed for at påføre skade eller tab. Til sidst ses eventualforsættet (*dolus eventualis*), hvor skadevolder er fuldt bevidst om, at ens handling vil medføre en skade eller et tab.

Under det forsætlige vil der altid være erstatningsansvar, hvis handlingen har påført skadelidt et tab og der vil i nogle tilfælde også ses et stafansvar. (Werlauff 2016a, 14)

² Nærmere om selskabets interesse, se afsnit 3.1

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Det forsætlige illustreres i UfR 2010.190 H, Russmarine, hvor en direktør for selskabet Ennek ifalder erstatningsansvar, for forsættlig at have påført selskabet Russmarine skade. Han var bestyrelsesmedlem og betydelig aktionær i Russmarine, og påførte selskabet skade i form af groft kontraktbrud, som gjorde at det måtte gå konkurs.

UfR 2010.190 H, Russmarine: Selskabet Ennek opsagde uden varsel og på trods af en uopsigelige klausul kontrakten med Russmarine, som medførte at Russmarine mistede deres indtægtsgrundlag og måtte gå konkurs. Sø- og handelsretten, samt Højesteret fandt at Enneks direktør, som også var bestyrelsesmedlem og medejer af Russmarine, havde begået groft kontraktbrud. Derudover havde han lukket Ennek og ført væsentlige indtægterne over i et nyt selskab, Enecs, som han ejede og han skaffede dermed Enecs og sig selv en uberettiget vinding. Enneks direktør fandtes hermed at have pådraget sig et erstatningsansvar efter dansk rets almindelige erstatningsregler, samt principperne i SL §361, stk. 1.

Princippet i lovens § 361, stk. 1, findes også anvendt udenfor professionelle kapital-selskaber. Dette ses i UfR 2006.2637 H, AOF, hvor en ulønnet bestyrelse i en professionel forening blev bedømt efter samme ansvarsforhold som kapital-selskaber dømmes efter, grundet deres størrelse, aktivitet og omsætning. Højesteret gjorde dermed klart at de ikke ville blive bedømt efter en lempet culpanorm.

UfR 2006.2637 H, AOF: AOF Århus var en selvstændig juridisk person, som var tilsluttet AOF Danmark. I juni 2000 blev AOF Århus erklæret konkurs efter flere år med økonomiske vanskeligheder. Bestyrelsen, som ikke modtog vederlag, blev af konkursboet sagsøgt for at have forsat driften efter det burde have stået dem klart, at det kun ville give kreditorer yderligere tab. Bestyrelsen gjorde gældende, at de skulle dømmes efter en lempet culpanorm grundet at de kun havde udført bestyrelsesarbejdet af ideelle grunde og ikke modtaget vederlag. Bestyrelsen blev frifundet både i Lands- og Højesteret, da de fandt at de ikke havde handlet ansvarspådragende grundet deres omhyggelige arbejde i bestyrelsen. Det blev i øvrigt bemærket, at grundet AOF Århus, størrelse, aktivitet og omsætning, så vil man dømme efter samme culpanorm, som i erhvervsdrivende virksomheder.

2.2 FORPLIGTELSE

Et kapital-selskab kan vælge imellem flere forskellige ledelsesstrukturer jf. SL § 111. Det er muligt at vælge en struktur med en bestyrelse og direktion, hvor bestyrelsen varetager den overordnede og strategiske ledelse jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. og direktionen dermed

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

varetager den daglige ledelse jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt.. En anden struktur er en direktion og et tilsynsråd, hvor direktionen varetager samtlige ledelsesopgaver, både overordnede, strategiske og daglige og tilsynsrådet føre tilsyn med direktionen, samt ansætter og afskediger denne jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2. Den sidste struktur er kun muligt i et ApS, herunder IVS³, hvor man kan vælge kun at have en direktion, bestående af én person, som varetager al ledelse jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2. Det er muligt kun at have en direktion, så længe at medarbejderne ikke kræver eller opfylder betingelserne for repræsentation i en bestyrelse eller et tilsynsråd jf. SL § 140. (Werlauff 2016b, 456–57) SL § 140 er en præcisering af AL § 49, stk. 2, 3. pkt., samt ApL § 22, stk. 1.

Valget af ledelsesstruktur bestemmer hvilke forpligtelser henholdsvis direktion, bestyrelse og tilsynsråd har i et selskab og ud fra disse forpligtelser, hvilket ansvar de kan pådrages i en eventuel erstatningssag.

2.2.1 BESTYRELSE OG DIREKTION

Ved en ledelsesstruktur med en bestyrelse og direktion, også kaldet den traditionelle model, ses en række forpligtelser tilknyttet bestyrelsen og direktionen listet op i selskabsloven.

I denne ledelsesstruktur anses bestyrelsen for både at være det centrale og øverste ledelsesorgan. (Werlauff 2016b, 449)

Bestyrelsens forpligtelser

En af bestyrelsens væsentligste forpligtelser er at sikre en forsvarlig organisering af selskabets virksomhed, samt varetage den overordnede og strategiske ledelse jf. SL § 115. (Christensen 2017, 464) For at sikre en forsvarlig organisering af selskabets virksomhed skal bestyrelsen blandt andet fastlægge de overordnede rammer for tilrettelæggelse af virksomheden og dennes politikker. Når bestyrelsen skal varetage den overordnede og strategiske ledelse, skal den blandt andet fastsætte rammer for direktionen, samt føre tilsyn og kontrol. SL § 115 er en videreførelse og præcisering af reglerne som tidligere sås i AL § 54 og ApL § 20.

Derudover ses i SL § 115, nr. 1-5 konkrete forpligtelser, som bestyrelsen skal være særlig opmærksomme på. Den første konkrete pligt er, at bestyrelsen skal påse at bogføring og regnskabsaflæggelse foregår på en, efter selskabets forhold, tilfredsstillende måde. Dernæst skal der påses, at der efter selskabets forhold og størrelse er etableret passende procedure for intern kontrol og risikostyring, samt at der i børsnoterede selskaber er redegjort for god selskabsledelse. Bestyrelsen skal også sikre at er igennem fornuftige rapporteringssystemer

³ Ny lov udfaser IVS over to år efter bekendtgørelse i Lovtidende. (Erhvervsministeriet 2019)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

modtages rettidig og relevant information af tilstrækkelige høj kvalitet fra direktionen. Her bør kraftig overvejes at fx intern revision rapporterer direkte til bestyrelsen, for på den måde bedst at i mødekomme næste punkt, som kræver at bestyrelsen påser, at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde efter bestyrelsens fastlagte rammer. Til sidst skal bestyrelsen løbende vurdere og påse den økonomiske situation og sikre forsvarligt kapitalberedskab. (Christensen 2017, 464–66)(Werlauff 2016b, 466–68) Kravet om at sikre forsvarligt kapitalberedskab er i grundtræk en videreførelse af AL § 54, stk. 3, som blev indsat i loven efter sagen om Nordisk Fjer. (Økonomi- og Erhvervsministeriet 2008, 299)

I UfR 2011.1290 H, Erleben, forsømte ledelsen samtlige punkter i SL § 115. Der var ikke lavet en forsvarlig organisation, intet forsvarligt kapital beredskab, det blev ikke påset at bogføringen følger loven og der var ingen betryggende formueforvaltning. Der blev ikke afholdt bestyrelsesmøder og løbende fuldt op på driften. Ledelsen blev alle erstatningsansvarlig for at have udvist grov uagtsomhed.

UfR 2011.1290 H, Erleben: De to brødre omdannede deres virksomhed fra et I/S til et A/S, hvor den tredje bror trådte ind i bestyrelsen som formand. Brødrene fulgte ikke op på hvilke forpligtelser man har som en del af ledelsen i et aktieselskab og forsømte dermed samtlige forpligtelser. Derudover viste det sig at aktiekapitalen aldrig havde været tilstede i selskabet og der blev ikke afholdt et eneste bestyrelsesmøde. Landsretten anså at brødrene var solidarisk erstatningsansvarlige for tabet. I Højesteret blev det fastslået at revisor burde have handlet noget før og rådgivet om blandt andet det manglende kapitalgrundlag og påtalt dette overfor bestyrelsen. Revisor havde derfor handlet ansvarspådragende overfor den tredje bror, som ikke deltog i den daglige ledelse.

Ses der på UfR 2011.1290 H, Erleben-sagen og UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser-sagen, kan det konstateres, at man ikke kan holde sig uvidende og passiv vedrørende bestyrelsens forpligtelser jf. SL § 115. I begge sager blev mere eller mindre samtlige punkter i SL § 115 overtrådt og flere af bestyrelsesmedlemmerne forholdt sig passivt til dette og i det hele taget var der ingen der kommenterede på manglende afholdelse af bestyrelsesmøder eller tog initiativ til at få information om selskabet jf. Højesterets udtalelse i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser: "Det må imidlertid under alle omstændigheder lægges til grund, at ingen af bestyrelsens medlemmer fremsatte krav om, at der skulle udarbejdes oversigter af den nævnte art, som kunne gøre det muligt for bestyrelsen på objektive grundlag at vurdere udviklingen i selskabets økonomiske forhold". Der blev hverken i Landsretten eller Højesteret taget højde for, at nogle fx var medlemmer af bestyrelsen kun for at investere eller af formel karakter. Det blev derimod gjort klart, at hvis man har sagt ja til at være med i en bestyrelse, så må man også selv følge op på hvilke pligter dette medfører jf. Højesterets udtalelse i UfR

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

2011.1290 H, Erleben-sagen: *"Højesteret lægger til grund at Tonny Erleben ikke deltog i virksomheden, og der ikke er grundlag for at fastslå, at han var bekendt med de anførte omstændigheder ved selskabets etablering og efterfølgende drift. Det må tværtimod lægges til grund, at han ikke modtog nogen oplysninger herom. Imidlertid forholdt han sig gennem hele perioden fuldstændig passiv på trods af hvervet som bestyrelsesformand. Han har derfor handlet ansvarspådragende ved at tilsidesætte sine pligter som bestyrelsesformand..."*

Modsat ses der også eksempler på frifindelser. I sagen om momssvindel, UfR 2016.1870 H, Comitel, blev det blandt andet bemærket at sagsøgte drev en forsvarlig organisation og drift af selskabet, hvilket var med til at gøre, at sagsøgte blev frifundet for at have udført ansvarspådragende handlinger. Der blev af Højesteret udtalt: *"... at Peer Kølendorf, der betragtede T som sin højre hånd, instruerede ham om at sørge for, at brokerne traf forholdsregler for at undgå. At Comitel International blev involveret i momskarruselsvig." ... "havde dagligkontakt ... fulgte løbende op på udviklingen i selskabets økonomi ... dagligt fulgte bevægelserne på selskabets bankkonti."*, derudover blev det påpeget at med hans månedlige kontakt med SKAT ikke havde nogen grund til at mistænke svig, da han havde taget sine forholdsregler for at undgå dette.

UfR 2016.1870 H, Comitel: I denne sag blev lederen af selskabets brokervirksomhed idømt 5 års fængsel for medvirkende til momskarruselsvig. Skatteministeriet rejste derefter et erstatningskrav mod hovedaktionær, bestyrelsesmedlem og tidligere direktør, da de mente at han ikke havde sikret forsvarlig organisation og tilstrækkeligt tilsyn med brokervirksomheden. Højesteret mente ikke at Skatteministeriet havde godtgjort dette og at hovedaktionæren havde udvist uforsvarlig adfærd og han blev derfor frifundet

I UfR 2015.2075 H, Memory Card-sagen blev bestyrelsen også frifundet. Fra start var der sikret en organisering af selskabet med en klar ansvarsfordeling og en forretningsorden, som blandt andet beskrev at revisionen skulle give skriftlig underretning til bestyrelsesformanden, hvis der fandtes uregelmæssigheder. Derudover var bestyrelsen altid velforberedt til bestyrelsesmøderne og stillede flittigt spørgsmål til direktionen og revisionen. Bestyrelsen var meget opmærksom på en gæld ITP havde og gjorde dette til et fast punkt på bestyrelsesmøderne. På baggrund af disse forhold konstaterede Landsretten at de menige bestyrelsesmedlemmer ikke havde handlet ansvarspådragende.

Det ses i disse fire sager, UfR 2007.497 H, Calypsorejser; UfR 2011.1290 H, Erleben; UfR 2016.1870 H, Comitel og UfR 2015.2075 H, Memory Card, hvor vigtigt det er for bestyrelsen at opfylde de forpligtelser, som ses nedskrevet i selskabsloven, hvis man ikke senere vil risikere at blive pådraget et erstatningsansvar.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Det er også bestyrelsens opgave at ansætte og afskedige ledende medarbejdere, som skal registres som direktør ved Erhvervsstyrelsen jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1. (Christensen 2017, 463–64) Bestyrelsen kan også give direktionen bemyndigelse til at foretage dispositioner i sager, som er af usædvanlig art eller stor betydning, der ellers ville have været bestyrelsens opgave. (Werlauff 2016b, 466) Modsat kan bestyrelsen beslutte at en konkret sag under den daglige ledelse skal varetages af bestyrelsen jf. SL § 114, såfremt bestyrelsen ikke overtager den reelle daglig ledelse, da det er i uoverensstemmelse med arbejdende bestyrelsesformand jf. SL §111, stk. 1, nr. 1, 5. pkt. (Christensen 2017, 467)

I sagen UfR 1999.707 H, Future Advance, havde bestyrelsen givet bemyndigelse til bestyrelsesformanden til at håndtere selskabets aftaleindskud og da det senere var tabt og man ville gøre ham erstatningsansvarlig, blev dette afvist af Højesteret blandt andet på baggrund af den tidligere givet bemyndigelse. Bestyrelsesformanden havde handlet både efter bestyrelsens og generalforsamlingens ønske om at opnå en højere gearing på investeringen og dermed også en større risiko.

UfR 1999.707 H, Future Advance: Bestyrelsesformand og advokat i investeringsselskabet, blev på et bestyrelsesmøde bemyndiget til at oprette aftaleindskud. Han havde indsat selskabets stamkapital på en aftalekonto i en bank, som senere gik konkurs. Selskabet gjorde derfor et erstatningskrav gældende overfor bestyrelsesformanden på baggrund af hans dispositioner, som de mente var i mod bestyrelsens ønske. Højesteret så det ikke godgjort at bestyrelsesformanden havde pådraget sig et erstatningsansvar. De bemærkede at handling muliggjorde bestyrelsens og generalforsamlingens tidligere beslutninger, og at han tidligere havde fået bemyndigelse til at foretage disse dispositioner.

Direktionens forpligtelser

Direktionen skal varetage den daglig ledelse indenfor bestyrelsens rammer og retningslinjer jf. SL §§ 117 stk. 1., 1.-2. pkt. Som tidligere nævnt kræver det bemyndigelse fra bestyrelsen at foretage dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning jf. SL § 117, stk. 1, 3. pkt. Ved situationer der kræver hurtig handling og bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden at der skabes en væsentlig ulempe, så kan direktionen uden bemyndigelse handle. Efterfølgende skal direktionen hurtigst mulig give bestyrelsen besked om den konkrete handling jf. SL 117, stk. 1, 5. pkt. (Werlauff 2016b, 469–70)(Christensen 2017, 466–67)

Direktionen har, uanset ledelsesstruktur, en række centrale pligter og opgaver. Direktionen skal sørge for og sikre at selskabet udføre den lovpligtige bogføring jf. SL § 118, stk. 1, 1. led. Derudover skal der sikres en betryggende formueforvaltning jf. SL § 118, stk. 1, 2. led., samt sikring af forsvarligt kapitalberedskab, ved løbende vurdering af den økonomiske

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

situation jf. SL §118, stk. 2. (Werlauff 2016b, 471–72) SL § 118, stk. 2 er ny i lovgivningen og henviser til SL § 115 nr. 5, hvor det nu både er direktionen og bestyrelsen som skal sikre et forsvarligt kapitalberedskab. SL § 118 stk. 1, er en videreførelse af AL § 54, stk. 3, 2. pkt. og ApL § 20 stk. 1, 2. pkt.

I sagen UfR 2006.243 H, Mindship Fonden, var der fra direktørens side sket flere brud på selskabslovgivningen og han blev i Landsretten gjort erstatningsansvarlig for at have overskredet sine kompetencer som direktør. Han havde, uden at informere eller få bestyrelsens samtykke, anskaffet et ventilationsanlæg, på trods af, at denne investering ville medføre overskridelse i budgettet og da han anskaffede dette vidste han, at der endnu ikke var kommet privat sponsorstøtte i hus. Han foretog ene og alene beslutningen om at etablere en restaurant, på trods af at bestyrelsen kun havde godkendt en cafe/cateringløsning. Udgifterne til restauranten mente han kunne tjenes hjem på tre måneder, hvilket i Landsretten blev set som uforsvarlig drift. Dette blev anset som en groft uforsvarlig disposition, da han klart overskred og tilsidesatte bestyrelsens bemyndigelse til en cafe løsning med en beløbsramme på 225.000 kr., men i stedet iværksatte etablering af en restaurant, som løb op i 965.000 kr. Han valgte, på trods af at der kun var knap to måneder tilbage af drift perioden, at godkende en investering på ca. 200.000 kr. til et udvendigt køkken, igen uden bestyrelsens bemyndigelse eller uden at have et forsvarlig grundlag for finansiering. (Andersen og Vistisen 2006, 3–4) Denne sag viser hvordan en klar overskridelse af direktionens forpligtelser medfører et erstatningsansvar.

UfR 2006.243 H, Mindship: Fondens direktør fandtes i denne sag erstatningsansvarlig for ikke at have indstillet driften af fondens restaurant i tide. Bestyrelsesmedlemmerne blev frifundet i Landsretten, men i Højesteret blev ét bestyrelsesmedlem, som også var advokat erstatningsansvarlig. Dette gjorde han, fordi at bestyrelsen var blevet gjort bekendt med at direktøren i strid med bestyrelsens beslutning havde iværksat etablering af restaurant, og ikke reagerede på dette. Derudover havde bestyrelsen undladt at træffe fornødne foranstaltninger, sikre forsvarlig drift og forsat driften efter der på et møde var konstateret at kapitalen var tabt og Fonden derfor var illikvid. På dette møde burde det have stået klart for advokaten på baggrund af hans funktion og viden, at det var uforsvarligt at forsætte driften. Det var derfor ansvarspådragende at han ikke sikrede at bestyrelsen handlede på dette.

I den tidligere omtalte sag UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser havde direktionen ikke sørget for at der blev udført den lovpligtige bogføring. Selskabets edb-system og bogholderi fungerede ikke på noget tidspunkt i perioden og det var så slemt, at der ikke kunne dannes et reelt billede over selskabets økonomi, hvilket også medførte en påtale fra revisionen, som der kun blev fulgt op på i begrænset omfang. På baggrund af dette udtalte Landsretten: "Landsretten har herved tillagt det afgørende betydning, at bestyrelsen/ledelsen havde undladt at påse, at der var truffet de fornødne forholdsregler til at sikre en effektiv styring af

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

selskabets driftslikviditet, aktiver og passiver.” og fandt derefter at samtlige sagsøgte havde udvist ansvarspådragende forhold over for kreditorerne efter AL § 140, jf. § 54, stk. 3 (SL § 361, jf. § 118) og dansk rets almindelige erstatningsregler. På trods af dette blev de, som tidligere nævnt frifundet på grund af manglende godtgørelse af tab.

2.2.2 DIREKTION OG TILSYNSRÅD

En ledelsesstruktur med en direktion og tilsynsråd, også kaldet den tostregede model, blev en valgmulighed, som opstod med den nye selskabslov fra 2010. (Werlauff 2016b, 457)

I denne ledelsesstruktur anses tilsynsrådet for at være det øverste ledelsesorgan og direktionen det centrale ledelsesorgan. (Werlauff 2016b, 449)

Direktionens forpligtelser

En direktion under denne ledelsesstruktur varetager den overordnede, strategiske og daglige ledelse af selskabet jf. SL § 117, stk. 2, dette betyder at alle ledelsens opgaver varetages af direktionen. Det er dermed også direktionen, som skal sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed jf. SL § 117, stk. 2, 2. pkt. (Werlauff 2016b, 471) Derudover har direktionen de samme forpligtelser, som står i SL § 118, nævnt ovenfor.

Tilsynsrådets forpligtelser

Et tilsynsråd deltager ikke i nogen form for ledelse af selskabet, men udøver tilsyn og kontrol med direktionen jf. SL §§ 115-116. Det kan eventuelt bestemmes i selskabets vedtægter, at visse særlige indgribende dispositioner skal godkendes af tilsynsrådet, men det må ikke ske i det omfang at tilsynsrådet overtager den reelle ledelse af selskabet. Tilsynsrådet kan som udgangspunkt heller ikke tegne selskabet jf. SL § 135. (Christensen 2017, 468–69)

2.2.3 DIREKTION – APS LEDELSE

I et ApS er der som nævnt ovenfor fuld valgfrihed til at vælge selskabets ledelsesstruktur, der skal dog som minimum være en direktion bestående af mindst én person jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2. Direktionen i et ApS har samme ledelses opgaver, som der ses hos ledelsen i en tostregede model. (Christensen 2017, 469)(Werlauff 2016b, 471)

I denne ledelsesstruktur anses direktionen for at være det centrale og øverste ledelsesorgan, når der kun er en direktion. (Werlauff 2016b, 449)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

2.2.4 GENERALFORSAMLINGEN

Generalforsamlingen er øverst i det selskabsretlige hierarki og det er her at kapitalejernes ret til at træffe beslutninger udøves jf. SL § 76, stk. 1. Denne bestemmelse er en videreførelse af AL § 65, stk. 1, 1. pkt. og ApL § 28, stk. 1, 1. pkt.

Generelt kan det siges at generalforsamlingens kompetence består i de vidtrækkende beslutninger i selskabet, det er dog ikke altid generalforsamlingen der skal foretage disse beslutninger, dette kan også tillægges det centrale ledelsesorgan. Nogle af generalforsamlingens kompetencer består i vedtægtsændringer, som ses som én af kernekompetencerne jf. SL § 106, stk. 1. Nogle vedtægtsændringer skal ikke nødvendigvis foretages af generalforsamlingen, men er ofte en konsekvens af en beslutning foretaget på generalforsamlingen, disse ændringer ses i SL § 115, stk. 2. Generalforsamlingen står også for at vælge flertallet af medlemmer i en bestyrelse eller et tilsynsråd i et aktieselskab jf. SL § 120, stk. 1. Det er også generalforsamlingen, som står for valg af selskabets revisor og hvis selskabet ikke har pligt til at have ekstern revision bestemmes det af generalforsamlingen om selskabet skal have dette eller ej jf. SL § 144, stk. 1. Hvis der i selskabet er behov for en granskning besluttet dette også af generalforsamlingen jf. SL § 150, dermed ikke sagt at det centrale ledelsesorgan ikke kan indlede en undersøgelse af bestemte forhold på egen hånd. Det er også generalforsamlingens beslutning, hvis kapital-selskab skal anlægges sag mod stiftere, medlemmer af ledelsen med flere jf. SL § 364, stk. 1. Beslutninger om kapitalforhøjelse, udbytte, økonomisk bistand, spaltning, fusion, omdannelse af selskabsform, likvidation og lignede ses i selskabsloven og hører også inden under generalforsamlingens beslutning. (Werlauff 2016b, 450–54)

I sagen UfR 1999.707 H, Future Advance forsøgte sagsøgte at på råde sig AL § 144, stk. 1 (SL § 364, stk. 1), da han ikke mente at sagsøgerens beslutning var truffet i overensstemmelse med denne lov, da generalforsamlingens først blev spurgt om de ville lægge sag an, mere end to år efter at sagen var anlagt. Dette blev dog afvist af Højesteret med følgende udtalelse: "*Reglen i aktieselskabsloven § 144 stk. 1, hvis baggrund er omtalt i betænkning 540/1969 om en fælles nordisk aktieselskabslovgivning side 175 og 177f., og i Folketingstidende 1972/23, tillæg A, sp. 4543, er ikke til hinder for, at generalforsamlingen – som i den foreliggende sag – efterfølgende godkender et sagsanlæg med den virkning, at sagen ikke afvises.*"

2.2.5 DEN SELSKABSRETLIGE GENERALKLAUSUL

Den selskabsretlige generalklausul forhindre majoritetsmisbrug og beskytter dermed minoriteten i selskabet og selve selskabet. SL § 127, stk. 1, lovgiver om ledelsesbeslutninger og lyder således: "*Medlemmerne af kapital-selskabets ledelse må ikke disponere således, at dispositionen er **åbenbart** egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en **utilbørlig fordel** på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning. Medlemmerne af*

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

kapitalselskabets ledelse må ikke efterkomme generalforsamlingsbeslutninger eller beslutninger truffet af andre selskabsorganer, hvis beslutningen måtte være ugyldig som stridende mod lovgivningen eller kapital-selskabets vedtægter.” I paragraffens ordlyd, ses ”åbenbart” og ”utilbørlig fordel”, i dette ligges at der skal være en klar urimelig udøvelse af indflydelse, samt en utvivlsom urimelighed, som giver selskabsdeltager eller tredjemand en fordel, som ses i form af en uretmæssig formueforskydning. (Werlauff 2016b, 592–93)

Generalklausulen for generalforsamlingens beslutninger ses i SL § 108 og SL § 127, stk. 1, udvider blot reglen i SL § 108. Generalklausulen kan på råbes af enhver kapitalejer, dispositionen, som på råbes skal blot være egnet til at give en utilbørlig fordel til den/dem, i hvis interesse dispositionen foretages. Ses der på egnethedskravet, betyder dette, at den/dem som foretager den utilbørlige disposition ikke nødvendigvis opfatter forholdet som utilbørligt, der skal dog utvivlsomt ses en urimelighed. (Christensen 2017, 165–66)

Retspraksis omhandlende generalklausulerne er meget sparsom, da reglen er en kodifikation af en tidligere anerkendt uskrevne regel. Dette betyder, at ældre retsafgørelse stadig kan have betydning i dag, når der skal tages stilling til anvendelse af den nu lovfæstet generalklausul. (Christensen 2017, 169) Dette kan også skyldes at advokater og revisorer i flittig grad brugte de uskrevne principper om majoritetsmisbrug, som nu er lovfæstet i generalklausulerne, allerede før de blev lovfæstet. Dette ses i Erik Werlauffs spørgeskema fra 1991, hvor han havde henvendt sig til samtlige danske advokater og statsautoriserede, samt registrerede revisorer, hvor hele 72 % tilkendegav, at det ikke havde gjort nogle forskel i deres rådgivning, at principperne om majoritetsmisbrug er blevet til skrevne regler. (Werlauff 1991, 477, 485)

2.3 OPSAMLING

I dette afsnit gøres det gældende at den uskrevne regel, culpareglen har stor betydning for bedømmelse af erstatningsansvar indenfor kapital-selskaber. Dette ses ved SL § 361 stk. 1, som er en kodifikation af culpareglen. Der er flere eksempler på, hvor der ses frifindelse på grund af manglende opfyldelse af principperne i culpareglen, på trods af at der ses klar overskridelse af selskabslovgivningen. Her tænkes blandt andet på UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser og UfR 1998.1137 H, Fodboldselskabet, med henblik på manglende godtgørelse af tab. UfR 2015.2075 H, Memory Card, hvor der ikke kunne påvises kausalitet mellem tab og handling og derfor også endte i frifindelse.

Derudover viste dette afsnit de mulige selskabsstrukturer jf. SL og hvilke forpligtelser, alt efter valg af struktur, som tilfalder bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådet. Der sås også en gennemgang af generalforsamlingens forpligtelser for at illustrere hvornår ledelsen træder ind

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

på deres kompetence område og en beskrivelse af generalklausulerne, som har til hensigt at beskytte minoriteten og selskabet.

Af ledelsens forpligtelser ses især på bestyrelsens forpligtelser jf. SL § 115, hvor der i flere sager er lagt vægt på bestyrelsens forpligtelse til at sikre forsvarlig organisering af selskabet, tilsyn og sikring af forsvarligt kapitalberedskab. I dette ses blandt andet UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser og UfR 2015.2075 H, Memory Card, som hver især illustrerede hvordan bestyrelsen skal og ikke skal varetage disse forpligtelser.

Dette afsnit illustrerede dermed ansvarsgrundlaget og ledelsens forpligtelser i et kapitalselskab, som vil blive brugt til det videre arbejde for at besvare specialets problemformulering.

3.0 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE, HÅBLØSHEDSPUNKTET OG FOKUSPUNKTER

3.1 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

3.1.1 AMERIKANSK RETSPRAKSIS

The business judgement rule har været anerkendt i USA i mange år, hvor bestyrelsesansvaret bedømmes på netop disse principper. Principperne i the business judgement rule er at hvis ledelsens beslutning er taget ud fra et forretningsmæssigt skøn, så ses der en begrænset domstolsprøvelse af selve skønnet. Dette kræver dog at pligterne "Duty of Care" og "Duty of Loyalty" er overholdt, når man foretager det forretningsmæssige skøn. (Sofsrud 1999, 134–35)

Når man træffer et forretningsmæssigt skøn i god tro opfylder man pligterne i the Duty of Care, når:

"(c) A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:

- (1) is not interested [§ 1.23] in the subject of the business judgement;*
- (2) is informed with respect to the subject of the business judgement to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*
- (3) rationally believes that the business judgement is in the best interests of the corporation."* (The American Law Institute 1994, 1:139)

Dette betyder at når ledelsen foretager et forretningsmæssigt skøn skal det tages i selskabets bedste interesse uden hensyn til eventuel egen interesse i dispositionen. Derudover skal skønnet foretages på et informeret grundlag med en respekt for dispositionen og ledelsen skal have en rimelig overbevisning om at det er korrekt ud fra omstændighederne. For at være rimelig overbevist om af det er korrekt ud fra omstændighederne kræver det at man har kvalifikationerne til at foretage denne vurdering (Sofsrud 1999, 135). For at opfylde disse pligter er det vigtigt, at man som en del af ledelsen handler i god tro med rimelig overbevisning, som en almindelig fornuftig person ville handle under de konkrete omstændigheder. (The American Law Institute 1994, 1:138)

I retssager hvor man mener, at pligterne i the Duty of Care ikke er opfyldt og dermed betingelserne for the business judgement rule, er det op til sagsøgeren at godtgøre dette. (The American Law Institute 1994, 1:139)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Ved disse forretningsmæssige skøn skal man også varetage the Duty of Loyalty, som betyder at ledelsen i sin funktion ikke må varetage egne økonomiske interesser på bekostning af selskabets (Sofsrud 1999, 13). Dette er meget lig, når ledelsen ifølge selskabslovgivningens generalklausuler ikke må handle på bekostning af selskabet. Det er op til ledelsen at bevise at man har handlet i selskabets interesse og der ses dermed en omvendt bevisbyrde, medmindre beslutningen er godkendt i resten af bestyrelsen med et indgående kendskab til dispositionen (Sofsrud 1999, 13).

The business judgement rule ses ikke i lovgivningen, men er udviklet ved domstolene og er en fast del af domspraksis, den kan derfor som culpereglen i dansk domspraksis betegnes som en retssædvane. Der ses forskellige formuleringer af the business judgement rule, men som den formuleres i overstående citat, anses den for at stemme overens med nuværende lov, da den i dag er forklaret sådan i de fleste retskredse og reglens tre grundelementer, (c)(1)-(3), er understøttet af betydelig præjudikats autoritet. (The American Law Institute 1994, 1:173)

3.1.2 DANSK RETSPRAKSIS

The business judgement rule er anerkendt i dansk ret, omtales også som det forretningsmæssige skøn. Der ses dog lidt forskelle hos de enkelte forfatteres beskrivelse af denne, men betingelserne fra amerikansk ret er gennemgående hos dem alle. Dette betyder at domstolsprøvelsen kun omfatter grundlaget for det forretningsmæssige skøn og ikke selve skønnet, hvis skønnet er foretaget i god tro og på et korrekt grundlag. Dermed vil ledelsesmedlemmer ikke blive holdt erstatningsansvarlige, selvom skønnet er et fejlskøn og dermed forvolder et stort tab. (Sofsrud 1999, 136–37)

Det ses i litteraturen af flere forfatter, mener, at princippet første gang blev prøvet og taget ind i dansk retspraksis i 1977 i sag UfR 1977.274 H, Havemann. The business judgement rule eller det forretningsmæssige skøn udtrykket, blev dog ikke anvendt tilbage i 70'erne, men dommen bygger stadig på dennes principper. Højesteret vurderede, at bestyrelsen med rette ikke havde set alt håb ude, da de ikke havde ladet tingene passere uden af rådføre sig med virksomhedens advokater. Denne sag blev derfor afgørende for at bestyrelsen i dansk domspraksis fik mere frihed til at foretage forretningsmæssige skøn og dommen anses stadig for den dag i dag, at være gældende ret. (Borch og Vistisen 2007, 1–3)(Werlauff 2016a, 73)

UfR 1977.274 H, Havemann: Et stormagasin kom i økonomiske vanskeligheder og arbejdede hårdt på at finde en løsning for at undgå konkurs. Det medførte at de forsat modtog varer på kredit, for at undgå rygter i byen, hvilket ville skade forretningen, hvis det lykkedes at føre stormagasinet videre. Beslutning med forsat at modtage varer på kredit blev taget efter de havde rådført sig med advokat og der var stadig seriøse forhandlinger i gang og dermed et

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

håb for at driften kunne forsætte. De kan derfor ikke gøres erstatningsansvarlige for at kreditor har lidt et tab, ved at de forsat modtog varer på kredit.

Flere forfattere, her i blandt Jan Schans Christensen, bruger UfR 1981.973 H Røde Vejmølle, som et eksempel på the business judgement rules indpas i dansk retspraksis. Her fandt Højesteret, at direktøren havde foretaget nedsættelser på varerne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn og han blev dermed frifundet for erstatningsansvar. (Christensen 2017, 723) Røde Vejmølle sagen viser også at the business judgement rule kan anvendes på enkelte dispositioner i dette tilfælde prisfastsættelse og ikke kun i diskussionen om forsat drift efter håbløshedspunktet. I denne sag ses det også at markedsforholdene spiller en rolle, da det blev godtgjort at der i markedet ikke kunne opnås en bedre pris.

Princippet i the business judgement rule ses også anvendt uden for selskabsretten. I UfR 2013.1312 H, Skodsborg Grundejerforeningen, blev to bestyrelsesmedlemmer frikendt, da de jf. Højesterets udtalelse: *"Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende."* havde disponeret ud fra et rimelig beslutningsgrundlag og hele tiden havde rådført sig med deres advokat. Her ses princippet anvendt, da et fejlskøn ikke gjorde at bestyrelsen i faldt erstatningsansvar. I denne sag bemærkede Højesteret om bestyrelsesansvar i grundejerforeninger yderligere: *"... at et medlem af bestyrelsen kan blive erstatningsansvarlig for en retsstridig, tabsforvoldende disposition, der kan tilregnes den pågældende forsætlig eller uagtsom."* samt at bestyrelsen har en pligt til at handle i foreningens interesse, ligesom ledelsen skal handle i selskabets interesse. I grunderejerforening er formålet dog kun at fremme foreningens fælles interesse.

UfR 2013.1312 H, Skodsborg Grundejerforening: I sagen blev to bestyrelsesmedlemmer frikendt for at have anket en byretsdom mod Rudersdal Kommune på Grundejerforeningens vegne. De tabt og Grundejerforeningen kunne efterfølgende ikke betale sagsomkostningerne.

Rudersdal Kommune sagsøgte derfor bestyrelsesmedlemmerne og ville have dem gjort erstatningsansvarlige for sagsomkostningerne. Da bestyrelsesmedlemmerne havde rådført sig med advokat og handlet ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag vil deres fejlskøn ikke være ansvarspådragende og de blev frikendt i Højesteret.

I nyere litteratur beskrives de grundlæggende forudsætninger for reglen om the business judgement rule anvendelse som; *"... at den eller de, der disponere, gør dette på et tilstrækkeligt **oplyst** og dermed **kvalificeret** grundlag."* Derudover skal ledelsesmedlemmet handle i **selskabets egeninteresse** og ikke sine egne, samt handle **loyalt** over for selskabet. (Christensen 2017, 723)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Det at der skal disponeres på et tilstrækkeligt og oplyst grundlag er en vigtig faktor i the business judgement rule. Der ses dog ikke nogle klare retningslinjer for hvad et tilstrækkeligt oplyst og kvalificeret grundlag indebærer. Det kan ikke forventes at bestyrelsen har indgående kendskab til selskabet, da den modsat direktion ikke arbejder med den daglige ledelse og beskæftiger sig dermed ikke med alle detaljer angående ledelsen af selskabet (Werlauff 2016b, 639). Der ses dog i selskabsloven at bestyrelsen har en pligt til at sikre forsvarlig organisation og tilsyn, herunder løbende får den nødvendige information fra blandt andet direktionen jf. SL § 115. Det ses i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, hvor dette var udeladt og dermed havde selskabet et uforsvarligt beslutningsgrundlag, da de ikke havde den information som de burde have haft ved at følge selskabslovens forpligtelser. Det kan dermed godtgøres at der ses en nedre grænse for det forsvarlige beslutningsgrundlaget i bestyrelsens tilsynsforpligtelse. Er denne tilsynsforpligtelse ikke varetaget, så er grundlaget for beslutningen ikke tilstrækkelig oplyst og kvalificeret. (Kölsch og Paludan 2018, 3)

Der ses heller ikke nogen retningslinjer for hvilke kvalifikationer og viden bestyrelsen skal besidde for at foretage disse beslutninger. Det kræves at bestyrelsen har kendskab til de pligter, det medfører at være en del af bestyrelsen. Dette er illustreret i UfR 2011.1290 H, Erleben, hvor de altså ikke kunne gøre gældende af de ikke havde fået oplyst hvilke forpligtelser de havde jf. selskabsloven.

Alle dispositioner er forskellige og derfor varierer det også fra disposition til disposition hvilken information der danner grundlaget for en forsvarlig beslutning. Selskabets risikoprofil stiller krav til graden af information til brug for den specifikke beslutning. I UfR 1999.707 H, Future Advance, havde kapitalejerne godkendt en høj risikoprofil i håb om at opnå en højere gevinst. Det kunne derfor ikke gøres ansvarspådragende for bestyrelsesformanden, at han anbragt hele selskabets stamkapital på en indlånskonto i en bank der senere gik konkurs. Det kunne han ikke i og med at på tidspunktet for investeringen ikke var noget at sætte på bankens ry eller soliditet. Da kapitalejerne havde accepteret en højere risiko profil kunne der ikke stilles skærpede krav til denne beslutning. Det kunne der derimod i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, da selskabet med sit lave kapitalgrundlag og finansieringsform, krævede at der blev fulgt ekstra op på selskabets økonomi løbende jf. Højesterets udtalelse: *"Det fremgår af den forretningsplan og det budget, som udgjorde grundlaget for beslutningen om at påbegynde rejsebureauvirksomheden, at finansieringen af driften skulle ske gennem kundernes forudbetalinger. En løbende og effektiv kontrol med udviklingen i selskabets økonomi var på denne baggrund af særlig betydning."* (Kölsch og Paludan 2018, 4)

For at sikre det forsvarlige beslutningsgrundlag er bestyrelsen afhængig af information med stor troværdighed fra andre og har dermed flere forskellige informationskilder. Direktionen der har den daglige ledelse er den væsentlige informationskilde for bestyrelsen der som udgangspunkt kan forvente at blive loyalt oplyst af direktionen. Bestyrelsen skal dog stadig

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

være opmærksom på eventuelle faresignaler og ikke ukritisk godtage hvad direktionen forelægger. Dette sås i UfR 2015.2075 H, Memory Card, hvor direktionen var forberedt og stillede spørgsmål til direktionen ved bestyrelsesmøderne. Derfor blev beslutningsgrundlaget gjort kvalificeret. (Kölsch og Paludan 2018, 6 + 8) I UfR 2016.1870 H, Comitel, blev det også godtgjort at der ikke var noget der indikerede at man ikke kunne stole på lederens information grundet mange år i selskabet, samt daglig kommunikation mellem lederen og bestyrelsesmedlemmet.

I UfR 1977.274 H, Havemann og UfR 2013.1312 H, Skodsborg Grunderejerforening, havde bestyrelsen i begge tilfælde søgt eksternt rådgivning og vejledning ved advokat, for netop at blive oplyste til at foretage beslutningen på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. I UfR 2013.1312 H, Skodsborg Grunderejerforening finder Højesteret ” ... imidlertid, at de uanset dette forhold ikke handlede ansvarspådragende ved på foreningens vegne at træffe beslutning om at få prøvet byrettens dom ved anke som anbefalet af advokaten.” I dette citat ses det netop at de ikke bliver gjort erstatningsansvarlige, for at følge den rådgivning som de havde fået af advokaten. Dette sås også i UfR 2006.2637 H, AOF, hvor der blev søgt rådgivning hos moderorganisationen, samt flere eksterne konsulenter, som ikke havde nogle indvendinger. Derudover viste bestyrelsen ekstra omhu, ved at holde ekstra bestyrelsesmøder og hele tiden følge op på økonomien, som derfor må siges at have haft forsvarligt beslutningsgrundlag (Kölsch og Paludan 2018, 8–9)

I UfR 1981.973 H, Røde Vejrmølle, var direktøren oplyst om markedsudviklingen og traf på dette grundlag en beslutning om at sætte priserne ned for at fastholde selskabets kunder og Højesteret vurderede derfor at prisenedsættelserne var foretaget ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn. Denne sag viser at netop fordi at direktøren var oplyst om markedsudviklingen, så er det en kvalificeret beslutning. Derudover havde han bevarelse af selskabets kunder in mente, som gjorde at beslutningen var loyal overfor selskabet. Dette ses ved Landsrettens udtalelse efter bevisførelse ”... løbende har fået forelagt regnskabsmateriale indeholdende lønsomhedsanalyser, listepriser og særpriser, findes direktør Poulsen, der tilstræbte at bevare kunder...” og senere udtalte Højesteret: ”... og at han har foretaget nedsættelserne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn.”

I praksis ses det, at det kan være svært at bevise, at skønnet er taget på et oplyst og kvalificeret grundlag. Det anbefales derfor, at når beslutninger træffes på et forsvarligt grundlag, så sikres der dokumentation for dette. (Bøggild og Staunstrup 2015, 2) Sikring af dokumentation for, at det forretningsmæssige skøn er foretaget på et kvalificeret og oplyst grundlag, udmøntede sig til bestyrelsens fordel i UfR 2015.2075 H, Memory Card, hvor Landsretten, som Højesteret henviste til, udtalte: ”Efter bevisførelsen kan det lægges til grund, at bestyrelsen fra starten sikrede sig, at selskaber blev organiseret på en måde, som indebar en klar ansvarsfordeling mellem bestyrelsen, direktionens enkelte medarbejdere, de

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

ledende medarbejdere i øvrigt og revisionen. Der blev udarbejdet en forretningsorden, som revisorerne underskrev." "Det fremgår af bestyrelsesmødereferaterne fra de møder, hvor revisionen deltog, at der blev stillet spørgsmål fra bestyrelsens side." I denne sag illustreres det, at ved at have et kvalificeret grundlag og hele tiden være oplyst om selskabet, samt at dokumentere det giver en stor fordel ved at en eventuel erstatningssag.

Der ses ikke i selskabsloven nogen forklaring af begrebet "selskabets egeninteresse", men Lars Bunch og Lars Schans Christensen har i 2011 foretaget en undersøgelse for at komme med et bud på, hvad man kan udlede af begrebet "selskabets egeninteresse". Der er i undersøgelsen især set på betydningen af selskabets egeninteresse ved vurdering om ledelsens beslutninger er i overensstemmelse med generalklausulerne i SL §§ 108 og 127, stk. 1. Ud fra dette er de nået frem til at det er vigtigt ved vurdering af om en beslutning er truffet i selskabets egeninteresse, at beslutningen er: "*(i) truffet i overensstemmelse med kapitalejernes kollektive interesse, og (ii) om beslutningen er truffet i overensstemmelse med kreditorinteressen.*" (Bunch og Christensen 2011, 7). Opfyldes disse to krav, ser de ikke nogen grund til at domstolene skal vurdere beslutningen ugyldighed og de konkludere at deres undersøgelse er brugbar i praksis til at håndtere begrebet. (Bunch og Christensen 2011, 7)

Det er ikke en ny problemstilling, at man ikke ved hvilken betydning selskabets interesse har. Thorbjørn Sofsrud diskuterede allerede dette i 1999, i sin bog "Bestyrelsens beslutning og ansvar". Sofsrud pointerer, at "*Hvad der er selskabets interesse, beror derfor på, hvem der har kompetence til at fastlægge denne interesse, eller om der kan peges på en bestemt fysisk person eller persongruppe, hvis interesse betragtes som selskabets interesse.*" (Sofsrud 1999, 258–59). Han omtaler videre selskabets interesse som det økonomiske residualssubjekt i selskabet, hvilket er den person eller persongruppe, som ved opløsning af selskabet vil få udbetalt selskabets formue, altså selskabets aktionærer og eventuelle kreditorer. (Sofsrud 1999, 259) Han påpeger dermed at bestyrelsen har pligt til at tage hensyn til disse ved varetagelse af selskabets interesse, hvilket stemmer overens med Bunch og Christensens konklusioner.

Loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten var emnet for Erik Werlauffs afhandling "*Selskabsmasken*" tilbage i 1991. Når der ses på loyalitetspligten og generalklausulerne, så kræver dette en definition af selskabets interesse. I afhandlingen definerer han selskabsinteressen som: "*... som selskabets interesse i nettogevinst med henblik på varetagelse af et antal indbyrdes vægtede interesser, primært selskabsdeltagernes interesse i kapitaltilvækst, sekundært selskabskreditorernes interesse i overholdelse af de med dem indgåede aftaler, tertiært medarbejderes, medkontrahenters og samfundets interesse i selskabet, dog således at sidstnævnte efter omstændighederne kan få absolut forrang for samtlige øvrige bestanddele af selskabsinteressen.*" (Werlauff 1991, 72) Han pointerer at erhvervslederne de seneste årtier har ændret synet på selskabsinteressen. For årtier tilbage

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

handlede det udelukkende om at tjene penge til kapitalejerne til at der nu også ses et hensyn til kreditorer og tredjemand (Werlauff 1991, 69). Ses der på Bunch og Christensen, samt Sofsrud definitioner må det siges at hensynet til kreditorer og tredjemand er kommet for at blive.

For at være sikker på at beslutningen er truffet i overensstemmelse med selskabets interesse, skal beslutningen være truffet i kapitalejernes kollektive interesse og dernæst i kreditors interesse. Overgangen fra kapitalejernes interesse til kreditorernes interesse er en svær balancegang. Når ledelsen af et selskab forsætter driften efter håbløshedspunktet, se afsnit 3.2, hvor selskabet er illikvid vil det kun forøge kreditorernes tab og dermed ikke være i overensstemmelse med kreditorinteressen og derfor ansvarspådragende. Dette sås i den tidligere omtalte dom UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, som forsatte driften af selskabet, selvom de burde have indset at det kun gav kreditorerne yderligere tab.

I tilfælde hvor der er tale om kapitalafgang fra selskabet, skal kreditors interesse også varetages jf. SL § 179 stk. 2, hvor de samtidig indirekte er beskyttet af generalklausulen. I sagen FED 2014.85 V, Esbjerg Caravan Center, havde selskabet tilsidesat kreditors interesse ved at udbetalt udbytte. Dette var i kapitalejernes kollektive interesse, men ikke i kreditors interesse og blev derfor kendt ugyldig, på trods af at fordring fra kreditor ikke var krævet endnu ved udbyttebetalingen. Der var en stor risiko for at fordringen kom og derfor var det uforsvarligt og imod kreditor interesse at udbetale udbytte.

FED 2014.85 V, Esbjerg Caravan Center: Selskabet udloddede udbytte på trods af at der var en risiko for et mulig moms krav. Da moms kravet kom efter selskabet havde udloddet udbytte gik selskabet konkurs. Landsretten fandt at i forbindelse med udbyttebetalingens forsvarlighed kunne man ikke regne med at moms kravet fra SKAT var afvist. Det burde derfor have været indset at der var en nærliggende risiko for et moms krav og at udbyttebetalingen dermed ikke var forsvarlig under hensyn til selskabets økonomi. Det udbetalte udbytte blev derfor forpligtet tilbagebetalt.

Der findes flere eksempler på at tilsidesættelse af kreditor giver en fordel for en kapitalejer. I UfR 1997.364 H, Satair-sagen, hvor kapitalejer overdrog latent skattegæld uden at sikre sig den blev aktiveret. UfR 2010.190 H, Russmarine, hvor man i den grad kan sige at en utilbørlig fordel blev opnået på selskabets og kreditors bekostning ved groft kontraktbrud. En anden sag, hvor en kapitalejer opnåede en fordel på bekostning af kreditor, ses i UfR 1989.812 H, Schmidt's Maskinfabrik. Her blev to kapitalejere, og samtidig bestyrelsesmedlemmer begunstiget ved at sælge selskabet til et andet selskab, hvor de ved salget fik dækning for deres krav. Samtidig var nogle kreditorer ikke blev overtaget af køberen og dermed ikke fik dækning, hvilket kapitalejerne vidste og derfor blev dispositionen betegnet som klar utilbørlig.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

UfR 1989.812 H, Schmidt's Maskinfabrik, I sagen var selskabet blevet insolvent og i stedet for at gå konkurs overdragede selskabets sine aktiver til et andet selskab på betingelse af at selskabet også overtog en del af gælden, men ikke det hele. Bestyrelsen blev sagsøgt for at have indgået denne aftale af en kreditor, som ikke blev dækket. Sådant disposition er retsstridig og ansvarspådragende og bestyrelsen ifaldt erstatningsansvar. To af medlemmerne i bestyrelsen havde opnået at få deres krav dækket, to af medlemmerne havde forholdt sig passivt, selvom de vidste virksomheden var under afhændelse og det sidste medlem var også advokat og stod for at udforme aftalen og var juridisk rådgiver for selskabet.

I disse sager ses ingen varetagelse af kreditorinteressen og ledelsen blev i alle tilfælde dømt til at have handlet ansvarspådragende.

Ved varetagelse af selskabsinteressen ses også en loyalitetspligt. Ledelsen er valgt eller ansat til loyalt at varetage selskabsinteressen jf. Erik Werlauff: "... forpligtet til ved sine dispositioner i og for selskabet (i visse tilfælde, og særligt for direktørens vedkommende, også ved deres handlen uden for selskabet), at handle til at fremme af dets interesser, altså at forholde sig loyalt til selskabsinteressen. Dispositioner i strid hermed kan medføre afskedigelse, erstatningsansvar, strafansvar mv." (Werlauff 1991, 24) Denne loyalitetsforpligtelses ses netop i de tidligere nævnt generalklausuler, hvor det pålægges generalforsamlingen og ledelsen ikke at træffe beslutninger på bekostning af selskabet eller andre kapitalejere. (Werlauff 1991, 15) Loyalitetsforpligtelsen ses også, som tidligere nævnt, i amerikansk ret og hvor netop loyalitet overfor selskabet kræves her for at man kan gøre principperne i the business judgement rule gældende i amerikansk retspraksis.

UfR 1999.707 H, Future Advance-sagen er et eksempel på, hvor tiltalte varetog selskabets interesse på bedste vis og handlede loyalt overfor dette. Selskabet stod og skulle vælge mellem pest eller kolera, det ene valg gjorde at banken med garanti ville gå konkurs og selskabet ville miste hvad de havde i banken og ved det andet valg, blev beløbet på aftalekontoen låst i et år. Banken viste sig senere at gå konkurs alligevel, men i retten blev tiltalte frifundet, da det blev vurderet at selskabets interesse var varetaget bedst muligt ud fra et oplyst og kvalificeret grundlag, samt der var handlet loyalt overfor selskabet og kreditorer.

Der ses et eksempel på illoyalitet, som er en et udtryk for en culpøs handlemåde (Werlauff 2016a, 105), i UfR 1999.1080 V, Protech, hvor en kapitalejer i et 50/50-ejet selskab handlede illoyalt overfor sin medejer hvilket medførte at selskabet gik konkurs. Her fandtes kapitalejeren erstatningspligtig ud fra en selskabsretlig loyalitetsgrundsætning, om loyalt at varetage selskabsinteressen. (Werlauff 2016a, 107)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

UfR 1999.1080 V, Protech: I denne sag nægtede medejer i et 50/50- ejet selskabet at hæve selskabskapitalen efter ny lov. Medejeren nægtede dette uden yderligere begrundelse, på trods af at kapitalen kunne hæves ved brug af de frie reserver. Selskabet gik derfor konkurs og medejeren blev sagsøgt af den anden ejer for tab grundet konkursen. Af Landsretten blev der udtalt: "Selvom det ikke kan antages, at en anpartshaver i almindelighed har en pligt til at stemme for en lovpåbudt kapitalforhøjelse, findes appellanten i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende at have handlet ansvarspådragende i forhold til indstævnte ved at nægte at stemme for kapitalforhøjelse." Det skal ydermere bemærkes at sagsøgte kun stemte i mod forhøjelsen grundet utilfredshed med samarbejdsforholdene.

Et eksempel på en disposition, som ikke er omfattet af the business judgement rule ses i UfR 2013.1273 V, Star Finans, hvor sagsøger gjorde gældende: " at sagsøgtes ansvar er omfattet af den såkaldte "business judgement rule", som indebærer, at fejlagtige beslutninger, som træffes på uansvarligt eller i øvrigt utilstrækkeligt grundlag medfører ansvar.". Med denne anbringende henviste sagsøger til at sagsøgte havde overladt afviklingen af sit selskab til et udenlandsk selskab. Selskabet havde sagsøgte kun lavet en overfladisk søgning på og ikke selve personen bag, som ellers ville have givet belæg for nøje overvejelser. Derudover ses det som uansvarligt at sagsøgt ikke anmodede revisor eller advokat om likvidation på normal vis. Ved denne handling blev kreditorer tilsidesat og sagsøgte gjorde intet for at forhindre dette. Denne handling så Landsretten som en overskridelse af konkursloven, som siger at selskabets ledelse skal sikre at kreditor bliver dækket og dette kunne være sket ved en konkursbegæring og derfor udtaler Landsretten: "Den beslutning, G som selskabets direktør skulle træffe, var således ikke en beslutning, der afhang af det forretningsmæssige skøn, men derimod en beslutning, der – ikke mindst hvis G havde søgt relevant rådgivning hos advokat eller revisor – burde have fremstået som enkel og entydig." Dette viser at the business judgement rule ikke kan på råbes, heller ikke af sagsøger, når det gælder beslutninger, som hvis man følger lovens regler er simple og lige til. Selvom det i dette tilfælde ikke handlede om the business judgement rule, gjorde Landsretten alligevel klart, at beslutninger skal ske på et oplyst og kvalificeret grundlag, hvilket sagsøgte ikke havde opnået ved kun at undersøge selskabet og ikke personen bag.

UfR 2013.1273 V, Star Finans: Direktør for anpartsselskab blev gjort erstatningsansvarlig over for konkursboet, da han ved afvikling af selskabet ikke havde sikret at kreditorer blev afviklet med selskabets aktiver. I stedet for at indsende en simpel konkursbegæring, havde han i hyrede han KGN Consult, efter en drøftelse med revisor, til at afhænde selskabet. Dette medførte at selskabets aktiver ikke blev ligeligt fordelt.

3.2 HÅBLØSHEDSPUNKTET

The business judgement rule kan fritage ledelsesmedlemmer for en eventuel erstatning, så længe at selskabet ikke har passeret håbløshedspunktet. Dispositioner foretaget efter håbløshedspunktet, som er det tidspunkt, hvor "*... det bør stå klart for et selskabs ledelse, at en forsættelse af selskabets virksomhed er håbløs, og at driften derfor bør indstilles eller i dog i væsentlig grad tilpasses.*" (Werlauff 2015b, 1) kan medføre en erstatningspligt overfor selskabet. Passeres håbløshedspunktet er det sagsøgte, som skal påvise sin uskyld, hvor det ellers er sagsøgeren, som skal påvise skyld.

Der er ikke noget præcist tidspunkt, hvor man kan sige at dét er håbløshedspunktet, men det varierer fra sag til sag. Det kan siges at hvis der stadig er et realistisk håb for at virksomheden kan redes er punktet endnu ikke passeret, som tidligere nævnte UfR 1977.274 H, Havemann, er et eksempel på. Det er dog vigtigt at pointere at punktet ikke er, når ledelsen indser at det ikke er muligt at redde selskabet, men det er når ledelsen, som citeret ovenfor, *bør indse* at selskabet ikke kan reddes og alt håb er ude.

Håbløshedspunktet i retspraksis ses i tidligere nævnte UfR 1977.274 H, Havemann, hvor sagsøger udtalte: "*... allerede den 17. februar måtte anse det for næsten sikkert at selskabet skulle træde i likvidation, og at de derfor burde have givet instruks om, at magasinet ikke mere måtte modtage varer, der normalt skulle leveres på kredit.*" Bestyrelsen blev her sagsøgt for at have forsat udover håbløshedspunktet, da sagsøger mener at de burde have indset at driften højest sandsynligt ikke kunne forsætte. De sagsøgt påviste i stedet at alt håb ikke var ude og de havde fået kyndig vejledning undervejs, som tidligere nævnt, derfor udtalte Sø- og Handelsretten: "*Efter det oplyste må det lægges til grund, at der også om tirsdagen fandt forhandlinger sted med det formål at kunne videreføre selskabet. Allerede af den grund kan det ikke lægges bestyrelsen og direktionen til last, at man ikke gav ordre til at standse normal modtagelse af varer, der tidligere var bestilt. Iøvrigt findes generalforsamlingen at være indkaldt så hurtigt, som det var muligt, således heller ikke i så henseende kan rettes kritik mod de sagsøgte, der herefter vil være at frifinde.*" Dommen blev stadfæstet i Højesteret, som også pointerede at der stadig var seriøse forhandlinger i gang og at sagsøger, som havde appelleret dommen, derfor ikke kunne få medhold i at en likvidation var uundgåelig.

En sag fra nyere tid, som er meget lig forløbet og afgørelsen i UfR 1977.274 H, Havemann, er sagen om G Kartoffler, UfR 2015.257 V. Her kæmpede virksomheden for et salg eller en fusion til sidste øjeblik og det blev derfor godtgjort i retten, at alt håb ikke var ude og de dermed ikke burde have indset at driften skulle indstilles eller tilpasses tidligere. De var derfor i deres god ret til at modtage varer på kredit frem til dagen, hvor banken sagde stop.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

UfR 2015.257 V, G Kartoffler: G Kartoffler var i økonomiske vanskeligheder efter en periode med dårlige markedsvilkår og måtte gå i betalingsstandsning. De blev herefter sagsøgt for at de kort forinden havde købt kartofler på kredit. Sagsøgeren påpegede at G Kartoffler havde forsat driften selvom alt håb var ude på bekostning af kreditorer og at virksomheden ikke havde opfyldt SL § 115, nr. 5 om forsvarligt kapitalberedskab. G Kartoffler gjorde gældende at de indtil betalingsstandsningen var i seriøse forhandlinger om en fusion eller salg af virksomheden og mener derfor ikke at alt håb var ude for at driften ikke kunne forsætte. G Kartoffler blev både frifundet i byretten og senere i Landsrette. Det blev påpeget at der ikke findes grundlag for at tilsidesætte den forretningsmæssige vurdering G Kartoffler havde foretaget og at der var håb for at forhandlingerne ville lykkes indtil det sidste.

Det sås også i UfR 2006.2637 H, AOF, at bestyrelsen blev frifundet for at have forsat driften udover håbløshedspunktet, da det blev godtgjort at bestyrelsen holdt hyppige bestyrelsesmøder for at drøfte den økonomiske situation, hvor der blev iværksat besparelser og de tog kontakt til moderorganisationen for hjælp, som ikke udtrykte bekymringer ved forsat drift. Derfor var der ikke grundlag for at de burde have indstillet driften tidligere.

Der ses derfor i disse tre situationer en parallel til the business judgement rule, da de alle tre bliver frifundet grundet en oplyst og kvalificeret indsats for at rede selskabet. Det viser også at retten i hver sag er inde og lave en subjektiv vurdering af ledelsens handlinger for at vurdere om håbløshedspunktet er overskredet og om de burde have indset alt håb ude. Denne vurdering ses i UfR 2015.257 V, G Kartoffler, hvor Landsretten udtaler: "..., og når endvidere henses til oplysningerne om den vanskelige markedssituation, som man hos ledelsen og bestyrelsen havde tiltro til ville vende, findes der 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." Her ses det at Landsretten også tager højde for markedssituationen, som kræver en subjektiv vurdering, da markedssituation for kartofler ikke er lige markedssituationen i detailbranchen. Det ses dog ikke at retten har været inde at prøve oplysningerne om markedssituationen, jf. the business judgement rule, men de er stadig medtaget i deres overvejelser.

Håbløshedspunktet bliver i retspraksis både brugt i culpabedømmelsen, hvor det tages med i betragtning ved vurdering af ansvarsgrundlaget. Derudover bliver håbløshedspunktet brugt som en værdisøjle til at vurdere værdien af underbalancens forøgelse efter punktet er passeret og dermed hvor meget der kan kræves erstatning for. Retspraksis gjorde brug af dette i UfR 1998.1137 H, Fodboldselskabet, hvor ledelsen blev gjort erstatningsansvarlige for ikke at indstille driften ved håbløshedspunktet og det punkt blev også brugt til at værdisætte hvad ledelsens kunne gøres erstatningsansvarlige for. (Werlauff 2015b, 1)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Det samme gjorde sig gældende i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, hvor Højesteret også brugte datoen for hvornår ledelsen burde have indset at driften ikke kunne forsætte uden yderligere tab og ud fra denne dato fastslog et skønsmæssigt tab som herefter var lidt.

Erik Werlauff mener, at der i nyere retspraksis mere er tale om et indstillings- eller tilpasningspunkt fremfor et håbløshedspunkt, da kriteriet for håbløshedspunktet er om ledelsen burde have indstillet eller tilpasset driften. (Werlauff 2016b, 645) I UfR har han udgivet artiklen "Selskaberstatningsrettens 'tilpasningspunkt'", hvor han behandler emnet og sammenfattende konstatere: "at (1) der på en tidslinje skal kunne bevises tilstedeværelse af et "håbløshedspunkt", som skal være passeret, for at ledelsesmedlemmer kan ifalde erstatningsansvar for en forsæt utilpasset drift efter punktet, og hvor punktet både tjener som instrument til culpabedømmelsen og ligeledes til kausalitets- og tabsbedømmelsen, og at (2) der på en tidslinje skal kunne bevises tilstedeværelsen af et indstillings/tilpasningspunkt, som skal være passeret, for at selskabets revisor kan ifalde erstatningsansvar for en forsæt utilpasset drift. Det førstnævnte punkt må fastlægges normativt som led i culpabedømmelsen, mens sidstnævnte punkt må fastlægges deskriptivt og tjener at fastslå, om og da hvornår et korrekt regnskab ville have fået ledelsen til at indstille eller tilpasse driften. I begge tilfælde er det skadelidtes, dvs. et sagsøgende konkursbos eller en direkte skadelidt tredjemands bevisbyrde, at et sådant punkt er passeret." (Werlauff 2015b, 2) Derudover skal tilføjes at de to omtalte punkter kan være sammenfaldende, men er det nødvendigvis ikke. (Werlauff 2015b, 2)

3.3 FOKUSPUNKTER

Hvis et ledelsesmedlem skulle ende ud i en sag angående erstatningsansvar, er det vigtigt at have god dokumentation for grundlaget for de forretningsmæssige beslutninger. En hjælp til at sikre denne dokumentation, for at påvise at man har handlet ud fra the business judgement rule og ikke har forsæt uhensigtsmæssigt efter håbløshedspunktet, er at arbejde med fokuspunkter.

Fokuspunkter har til formål at gøre opmærksom på selskabs forhold, som kræver særlig opmærksomhed fra ledelsen. Fokuspunkter ses både som adfærdsregulerende, vejledende og ansvarsforbyggende. Dette betyder at meningen med fokuspunkterne er at de skal henlede ledelsens på hvad der er væsentlig ved ledelse af et selskab, samt ved en eventuel erstatningssag kan de bruges når det skal vurderes om et ledelsesmedlem har handlet ansvarspådragende. De er dermed ansvarsforebyggende, idet at hvis man handler ud fra disse står man stærkere i en eventuel erstatningssag, da man dermed har et godt grundlag for at opnå et tilstrækkeligt oplyst og kvalificeret beslutningsgrundlag. Fokuspunkterne kan også i retssager bruges som en tjekliste og en norm for hvordan man som en del af ledelsens burde handle for at iagttage sin rolle som ledelsesmedlem bedst muligt. (Werlauff 2016a, 51)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

I bogen "*Erstatningsansvar i selskabsforhold*" af Erik Werlauff, ses en række væsentlige fokuspunkter omdannet til tjeklister, som ledelsen bør overveje, at tage stilling til ved de relevante møder. Der ses punkter som bør overvejes til hvert møde og nogle som ikke er relevante hver gang. Ved at følge disse tjekpunkter viser man og har dokumenteret, at man fra ledelsens side har taget stilling til og er opmærksom på hvad der er væsentlig for selskabet. Dette vil være til ledelsens fordel i en eventuel erstatningssag, da det kan bruges til at vurdere om grundlaget for den forretningsmæssige beslutning er oplyst og kvalificeret. (Werlauff 2016a, 137–157)

Et væsentlig fokuspunkt for samtlige bestyrelser er tilsyn og kontrol. Ved hele tiden at have fokus på dette opfylder du som det første SL § 115 og det bliver både et adfærdsregulerende og ansvarsforebyggende punkt, da du hele tiden har fingren på pulsen i virksomheden og det er dermed ansvarsforbyggende, hvis selskabet ender i en erstatningssag. Når man udfører tilsyn og kontrol er det vigtigt ikke at være eftergivende overfor en stærk direktør, man skal ikke forholde sig passivt og så er det vigtigt at selskabets forhold hele tiden bliver grundig tilset (Werlauff 2016a, 77). På et bestyrelsesmøde vil det derfor være meget relevant hver gang blandt andet at gennemgå særlige meddelelser fra bestyrelse og direktion, samt en udførlig beretning fra direktionen om hvad der er sket i virksomheden siden sidste møde og i denne sammenhæng eventuelt bede om en skriftlig redegørelse for vanskelige forhold. Derudover er det vigtigt at følge op på regnskab og budgetter. (Werlauff 2016a, 138–139) At det i forbindelse med en erstatningssag kan betale sig at have ekstra fokus på tilsyn og kontrol sås i tidligere nævnte sag UfR 2016.1870 H, Comitel, hvor aktionær, bestyrelsesmedlem og tidligere direktør ikke blev fundet erstatningsansvarlig, grundet tilstrækkelige tilsyn og kontrol. Af bevisførelsen blev det ikke godtgjort at han havde udvist uforsvarlig adfærd, til gengæld blev det påvist at han hele tiden havde fulgt med i virksomheden og han burde derfor ikke have opdaget svindlen jf. fremhævninger fra dommen i afsnit 2.2.1. Lignede ses i UfR 2015.2075 H, Memory Card sagen, hvor bestyrelsen også blev frifundet, da de aktivt havde stillet spørgsmål til revisor og direktør, samt hele tiden var opdateret på hvad der skete i virksomheden, jf. afsnit 2.2.1. I UfR 2011.1290 H, Erleben blev bestyrelsesformanden netop pådraget et ansvar for ikke at have ført tilsyn jævnfør AL 54, stk. 3 (SL § 115), dette ses i Højesterets udtalelse: "*Han har derfor handlet ansvarspådragende ved at tilsidesætte sine pligter som bestyrelsesformand, herunder ved ikke at sikre tilsyn med selskabets økonomi, jf. aktieselskabslovens § 54, stk. 3.*"

En forretningsorden udformes af bestyrelsen og kan ikke som sådan i sig selv danne et ansvarsgrundlag, men den kan have en forebyggende og adfærdsregulerende effekt hos ledelsen. Tidligere blev forretningsordenen massefremstillet efter en standard formular, men med den nye selskabslov ses også et krav til at forretningsordenen bliver tilpasset det enkelte selskab. (Werlauff 2016a, 59–61) Grundet ordlyden i den tidligere lov, blev den fortolket som

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

at de nævnte punkter i AL § 56, stk. 7, var krav og ikke kunne tilpasses de enkelte selskaber og forretningsorden blev derfor massefremstillet. I den nye lov skal disse emner i stedet ses som vejledning til eventuelle punkter, som skal tilpasses det enkelte selskabs behov jf. SL § 130, stk. 2, som lyder: "*Ved udformningen af forretningsordenen skal der tages udgangspunkt i kapitalselskabets virksomhed og behov. I den forbindelse bør bestyrelsen eller tilsynsrådet særligt overveje, om forretningsordenen skal indeholde bestemmelser om konstitution, arbejdsdeling, tilsyn med direktionens daglige ledelse, føring af bøger, protokoller m.v., skriftlige og elektroniske møder, tavshedspligt, suppleanter, regnskabskontrol, underskrivelse af revisionsprotokol og sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision.*" (Økonomi- og Erhvervsministeriet 2008, 328) Her i ses en række emner, som alt efter selskabets forhold kan være relevante at medtage i en forretningsorden og dermed også gøre til selskabets fokuspunkter. Der ses blandt andet at forretningsordenen kan indeholde retningslinjer for det tidligere nævnt fokuspunkt "tilsyn og kontrol". De tidligere minimums krav til forretningsordenen blev indført efter skandalen om Nordisk Fjer (Økonomi- og Erhvervsministeriet 2008, 328) og dette viser at håbet med forretningsordenen er netop at opnå den forebyggende og adfærdsregulerende effekt. Der er dog i nyere tid fra erhvervslivets og dets rådgivere blevet gjort opmærksom på, at hvis forretningsordenen kun behandler hovedpunkterne fra loven, så ses der ikke den store effekt af denne. Der ønskes i stedet en mere proaktiv forretningsorden, hvor planlægning af bestyrelsens arbejde, formandens rolle, selvevaluering med mere indgår. (Werlauff 2016b, 434)

Betydningen af en forretningsorden er illustreret i UfR 2015.2075 H, Memory Card og UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser. I UfR 2015.2075 H blev bestyrelsesformanden frikendt blandt andet på grund af de nedskrevne forhold i forretningsordenen og deres opfølgning af disse. I UfR 2015.2075 H, Memory Card, fastslog Landsretten: "*at der efter en samlet vurdering af bestyrelsens udførelse af sit arbejde ikke var grundlag for erstatningsansvar. Landsretten henviste herved bl.a. til bestyrelsens sammensætning, organisering og forretningsorden...*". Modsat i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser var der ikke udarbejdet eller tænkt på at udarbejde en forretningsorden efter bestyrelsens formand og næstformands forklaringer. Dette var blot en af de mange ting bestyrelsen havde forsømt og de blev derfor alle pådraget et ansvar for at have udvist betydelig uagtsomhed. Forretningsordenen alene dannede dermed ikke et ansvarsgrundlag, men den var et led af en række forsømmelser udvist fra bestyrelsens side.

For børsnoterede selskaber har vi i Danmark en Komitéen for god Selskabsledelse, som står for følge udviklingen inden for selskabsledelse både i Danmark og internationalt. Ud fra udviklingen og tendenser har Komitéen lavet nogle anbefalinger for god selskabsledelse. Disse anbefalinger er som sagt målrettet selskaber med aktier optaget til handel på et reguleret marked i Danmark, men de kan også bruges som inspiration til de resterende selskaber. (Komitéen for god Selskabsledelse 2017, 3–4)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Anbefalingerne er soft law⁴ og skal ses som retningslinjer for "best practice", hvilket selskaber med aktier optaget til handel på et reguleret marked i Danmark skal følge efter følg eller forklar-princippet. Dette betyder at hvis selskabet ikke følger anbefalingerne skal de lave en uddybende forklaring af hvorfor de ikke gør dette og hvorfor de gør noget andet i stedet. Denne redegørelse for god selskabsledelse kræver årsregnskabsloven offentliggjort på selskabets hjemmeside eller i årsrapportens ledelsesberetning. (Komitéen for god Selskabsledelse 2017, 5–6)

Anbefalingerne blev senest revideret i 2017 og indeholder nu følgende fem punkter:

1. Selskabets kommunikation og samspil med selskabets investorer og øvrige interessenter
2. Bestyrelsens opgaver og ansvar
3. Bestyrelsens sammensætning og organisering
4. Ledelsens vederlag
5. Regnskabsaflæggelse, risikostyring og revision

Der ses lovgivning på flere af områderne, men anbefalinger har i videst mulig omfang ikke gentaget lovgivningen og de ses derfor som yderlige krav til selskabets ledelse. (Komitéen for god Selskabsledelse 2017, 3)

Flere af anbefalingerne omhandler ledelsens opgaver og ansvar og følges disse vil det i en sag om erstatningsansvar, vise at ledelsen har taget højde for og er opmærksom på disse og de vil derfor indgå i de forretningsmæssige beslutninger. Det er ikke muligt at dømme udelukkende på baggrund af anbefalingerne, da de er soft law, men de kan som nævnt bruges til at vurdere om den tiltalte har handlet som han burde. Anbefalingerne kan også for børsnoteret selskaber ses som fokuspunkter i det de gør opmærksom på nogle forhold som kræver særlig opmærksomhed fra ledelsen og selskaberne har pligt til at følge eller forklar. Dette gør automatisk ledelsen opmærksom på punkterne og de kan derfor ses som en tjekliste der skal gennemgås og alt efter forholdene kan det være relevant at gennemgå dem flere gange i løbet af året.

Fokuspunkter fik mere opmærksomhed og fokus efter Thorbjørn Sofsrud afhandling "*Bestyrelsens beslutning og ansvar*" fra 1999. (Werlauff 2016a, 51) Afhandlingen opstiller en fokusmodel og formålet med denne er "*... at skabe et bedre grundlag for ansvarsbedømmelsens retskabende element. Dette gøres ikke ved at pege på et bestemt værdigrundlag – bestemt hensyn – som afgørende for resultatet af den retskabende*

⁴ Soft law er ikke lovgivning og er dermed mere fleksibel og dynamisk end traditionel lovgivning. Hvis soft law fungerer kan det undgås at indføre lovgivning (hard law) på det berørte område. (Komitéen for god Selskabsledelse 2017, 5)

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

virksomhed, men ved at pege på bestemte fokuspunkter eller temaer for rettens selvstændige stillingtagen.” Ved brug af fokusmodellen skal retten sætte krav til beslutningens mål (interessesubjekt) og valg af handlemulighed (information og kvalifikation) og vurdere sagsøgtets opfyldelse af disse krav. (Sofsrud 1999, 551)

Fokusmodellen indeholder tre fokuspunkter, som hver for sig ikke er nye i ansvarsbedømmelsen, men i modellen er de samlet gjort til obligatoriske spørgsmål, som retten skal tage stilling til. (Sofsrud 1999, 542)

Det første retten skal tage stilling til er hvilke krav der skal stilles til bestyrelsens valg af interessesubjekt, ud fra den disposition de foretager. Det vil sige at det skal gøres tydeligt hvilket mål der er for den pågældende handling. Tidligere teorien forudsætter at bestyrelsen i samtlige beslutninger har det samme interessesubjekt in mente, fx at skabe gevinstoptimering for aktionærerne. Fokusmodellens interessesubjekt varierer fra beslutning til beslutning, hver beslutning kan kun have ét interessesubjekt, da det er en betingelse for ansvar, men det er ikke nødvendigvis det sammen som det interessesubjekt der sås i gårdagens beslutning. Fokusmodellen giver bestyrelsen en vis grad af frihed på baggrund af skøn til at vælge interessesubjekt. (Sofsrud 1999, 542)

Det andet er hvilke krav der skal stilles til bestyrelsens kvalifikationer. I teorien ses der på hvad der står på papiret, at bestyrelsen har af uddannelse og erfaring, men i fokusmodellen ses i stedet på bestyrelsens faktisk evne. Dette betyder at der skal ses på hvilke vilkår der er for at gennemføre et bestyrelsesmøde og om der er nogle mentale udfordringer hos bestyrelsen. Ses der en mangel på kvalifikationer må bestyrelsen gøre brug af rådgivere, så det skal dermed ses på beslutningen og vurderes om bestyrelsen har kvalifikationerne eller om der er mulighed for at tilregne sig de nødvendige kvalifikationer. (Sofsrud 1999, 543)

Til sidst ses kravet til bestyrelsens informationer, som fokusmodellen forsøger at præcisere, da dette ikke er et nyt at der ses et krav til bestyrelsens informationsgrundlag. Fokusmodellen gør dette ved at *”... pege på den underliggende interesseafvejning mellem behovet for yderligere information og bestyrelsens muligheder for at tilvejebringe en sådan.”* frem for i forskellige situationer at angive absolutte krav. Der skal dermed for den enkelte beslutning ses på behovet for information og hvilke muligheder der er for at få information. (Sofsrud 1999, 543)

Bestyrelsen skal ses som en samlet enhed og det er under dette hensyn at bestyrelsens kvalifikationer og information skal vurderes. Dette gør at bestyrelsesmedlemmer i praksis i et vist omfang kan have forskellige kvalifikationer, da de dermed kan supplere hinanden og samlet set besidde den krævede information og kvalifikationer. Dette betyder modsat at hvis et bestyrelsesmedlem besidder den krævede information og kvalifikation, men dette ikke er

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

indgået i bestyrelsens beslutning, kan dette bestyrelsesmedlem ikke se sig fri for ansvar, da bestyrelsen ses som en samlet enhed. (Sofsrud 1999, 544)

Sofsrud vil altså med sin model sætte fokus på beslutningsmålet (interessesubjekt) og ud fra dette mål ses nogle handlemuligheder, som kræver en vis information og kvalifikation. Han vil med modellen gøre ansvarsbedømmelsen mere entydig og til en proces frem for at ansvarsbedømmelsen anskues ud fra materielle kriterier ud fra lovens opstillede pligter. I stedet skal ses på beslutningens interessesubjekt og derfra ses på de påkrævede informationer og kvalifikationer for den handling der kræves for at opnå interessesubjektet.

Sofsrud anser selv modellen for både operationel og mere hensigtsmæssige end de tidligere anvendte modeller. Modellen kritiserer the business judgement rule og mener ikke den er entydig nok, men på trods af Sofsruds kritik må the business rule siges stadig at bestå i dag jf. afsnit 4.0. Modellen har dermed som helhed ikke slået igennem i dansk retspraksis, men elementerne ses stadig. Bestyrelsens valg af interesse er som tidligere nævnt, mere eller mindre aktionærernes interesse i profit, men det ses at der også i bestemte situationer skal tages hensyn til kreditorernes interesse jf. UfR 2006.243 H, Mindship Fonden, hvor driften af fondens restaurations virksomhed forsatte langt ud over håbløshedspunktet og dermed blev kreditroernes interesse ikke varetaget, da det kun medførte yderligere tab. I samme sag sås en bestyrelse, som ikke havde hverken kvalifikationer eller informationer til at varetage en bestyrelsespost, men dette spørgsmål blev slet ikke taget op i retten, i stedet var der fokus på det ene bestyrelsesmedlem, som var advokat og der vurderes at have rette kvalifikationer og informationer til at han burde have fået bestyrelsen til at indstille driften tidligere. (Andersen og Vistisen 2006)

3.4 OPSAMLING

I dette afsnit er betingelserne for the business judgement rule opstillet og der er set på retspraksis brug af dette princip igennem tiden. Betingelserne for the business judgement rule er at beslutninger skal være foretaget loyalt på et tilstrækkeligt oplyst og kvalificeret grundlag i selskabets egeninteresse.

Det ses at flere faktorer spiller ind på hvornår en beslutning er tilstrækkelige oplyst og kvalificeret, da dette varierer, fra beslutning til beslutning. Det kan da dog ses at varetagelse af selskabslovens forpligtelser spiller ind på dette.

Selskabets egeninteresse kan udledes at indebære at der tages højde for selskabets kapitalejeres samlet interesse og kreditorernes. Dette udledes af litteraturen fra flere anerkendte forfattere.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Det ses også i dette afsnit redegjort for håbløshedspunktet, som er hvornår ledelsen *burde* have indset at en forsættelse af driften er uforsvarlig. Dette punkt bliver både brugt i culpabedømmelsen, hvor det tages med i betragtning ved vurdering af ansvarsgrundlaget. Derudover bliver håbløshedspunktet brugt som en værdisøjle til at vurdere værdien af underbalancens forøgelse efter punktet er passeret

Til sidst ses fokuspunkter, som har en ansvarsforbyggende, vejledende og adfærdsregulerende funktion. Ved at benytte sig af fokuspunkter får man et godt grundlag til at træffe en tilstrækkeligt oplyst og kvalificeret beslutning. Af fokuspunkter kan nævnes, tilsyn og kontrol, forretningsorden og god selskabsledelse.

4.0 THE BUSINESS JUDGEMENT RULE OG LEDELSENS ERSTATNINGSANSVAR

The business judgement rule og ledelsens erstatningsansvar hænger unægteligt sammen. Det ses i retspraksis en række eksempler på, hvor der i bedømmelse af ledelsens erstatningsansvar bliver anvendt principperne fra the business judgement rule sammen med culpereglen. I denne sammenhæng bliver der set på hvilke forpligtelserne ledelsen har jf. selskabslovgivningen. Følges ledelsens forpligtelser jf. selskabsloven er man allerede et godt stykke vej for at opfylde betingelserne i the business judgement rule-princippet. Følges SL §§ 115 og 118, sikre man blandt andet en forsvarlig organisation af selskabet, samt at bogføring foregår efter årsregnskabsloven og man følger løbende op på økonomien for at sikre et forsvarligt kapitalberedskab. Ved at gøre dette har man et godt oplyst og kvalificeret grundlag til at foretage sine forretningsmæssige beslutninger, som uundgåeligt vil indeholde skøn til tider, hvilket som tidligere omtalt blandt andet sås i UfR 2015.2075 H, Memory Card og UfR 2016.1870 H, Comitel netop frifandt ledelsen. Modsat sås det i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, at selskabsloven ikke var overholdt og the business judgement rule kunne dermed ikke gøres gældende.

Mindship-sagen, AOF, Calypso Verdensrejser, med flere i det 21. århundrede, behandler the business judgement rule. Disse sager har dog ikke ændret væsentlig på retspraksis, når der ses på ledelsens ansvar og the business judgement rule. Den er derfor mere eller mindre uforandret siden Havemann-sagen i 1977. (Borch og Vistisen 2007, 5) Dette betyder at der fra rettens side ikke bliver lavet en vurdering om skønnet passer. Der laves i stedet en prøvelse af om skønnet er foretaget på et tilstrækkeligt oplyst og kvalificeret grundlag og at der ikke er noget som taler for at det er foretaget illoyalt og på bekostning af selskabets egeninteresse. Hvis dette er gældende, så vil retten alene gå ind og vurdere dette grundlaget for skønnet og ikke selve skønnet.

Efter finanskrisen er der opstået en masse sagsanlæg mod de banker som krakkede under krisen. Bøggild og Staunstrup, forventer at disse sager åbner op for en ny retspraksis på området og den første dom er allerede afsagt i Højesteret med vigtige udtalelser og anerkendelse af the business judgement rule. (Bøggild og Staunstrup 2015, 4) I Østre Landsret dom af 9. oktober 2015 om Capinordic Bank, blev the business judgement rule for alvor anerkendt i dansk retspraksis, da landsretten udtaler: "*Landsretten finder, at der bør vises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån.*" (Werlauff 2015a, 2). Landsretten havde dog en modifikation til the business judgement rule, når det i sagens tilfælde handlede om udlån eller anden disposition som var foretaget til fordel for et bestyrelsesmedlem eller dennes selskab. I dette tilfælde vil the business judgement rule ikke kunne anvendes og der gælder dermed en omvendt bevisbyrde, hvor ledelsen skal påvise at lånet var foretaget forsvarligt.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR
THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

The business judgement rule fandt dermed kun anvendelse i denne sag ved almindelige udlån til ikke-nærtstående parter. (Werlauff 2015a, 2) Højesteret stadfæstede Landsrettens dom og udtaler ligeledes, at "*Højesteret finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af lån.*" (Capinordic-dommen⁵, 105)

Netop Landsrettens udtalelse om det forretningsmæssige skøn har lagt linjen for bedømmelsen af dette i de andre bank sager. Der henvises i sagen om Amagerbanken til netop Landsrettens udtalelse i Capinordic-sagen, hvor byretten tager udgangspunkt i de generelle principper om vurdering af ledelsesansvaret. Dette blev fastlagt af Landsretten i Capinordic-sagen og ud fra det har byretten udtalt: "*Retten finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Amagerbankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån. Retten lægger efter parternes enighed herom til grund, at ingen af de dispositioner, der er omfattet af den foreliggende sag, har været til fordel for et medlem af Amagerbankens ledelse eller et selskab kontrolleret af et ledelsesmedlem eller for et andet selskab i Amagerbanken-koncernen. Bevisførelsen i sagen har fastslået, at de sagsøgte alene har handlet i saglig varetagelse af Amagerbankens interesser. Der er derfor i denne sag ikke grundlag for at fravige udgangspunktet om forsigtighed i prøvelsen af det forretningsmæssige skøn.*" (Amagerbanken-dommen⁶, 1.071)

Hermed holder byretten også fast i principperne om the business judgement rule og lægger særlig vægt på at dispositionerne udelukkende skal være foretaget i bankens egeninteresse .

Det ses også i sagen om Roskilde Bank, at Capinordic-sagen bruges som rettesnor både af sagsøger, sagsøgte og ved Landsrettens dom. Landsretten udtaler meget lig Capinordic-dommen: "*Landsrettens vurdering af forsvarligheden af et sådant skøn må ligeledes bero på et skøn i hvert enkelt tilfælde, og der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet ved bevilling af et lån. Vurderingen må i nogen grad bero på, i hvilket omfang der er foretaget en sædvanlig kreditvurdering.*" (Roskilde Bank-dommen⁷, 491)

I det generelle forhold, angående udlån til køb af aktier, hvor der manglede en kreditvurdering fandt Landsretten at der var udvist ansvarspådragende adfærd. I bankens resterende generelle forhold fandt Landsretten at der havde forelagt kritisable forhold flere steder, men sammenfattende havde sagsøger ikke løftet denne bevisbyrde tilstrækkeligt og Landsretten

⁵ Capinordic-dommen i kildehenvisninger henviser til Højesterets dom afsagt tirsdag den 15. januar 2019, 1. afdeling sag 226/2015

⁶ Amagerbanken-dommen i kildehenvisninger henviser til Retten i Lyngbys dom afsagt den 12. juni 2017, sag nr. BS 159-509/2013

⁷ Roskilde Bank-dommen i kildehenvisninger henviser til Østre Landsrets dom afsagt den 7. november 2017, 7. afdeling sag nr. B-1291-10 og nr. B-1851-10

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

udtalte derfor: *"Sammenfattende er det således efter bevisførelsen landsrettens opfattelse, at der – bortset fra forholdet vedrørende lånefinansierede køb af aktier i banken – hverken enkeltvis eller samlet inden for rammerne af en almindelig og sædvanlig ansvarsvurdering er grundlag for at drage en konklusion om, at bankens direktion eller bestyrelse har udvist ansvarspådragende adfærd som led i opgavevaretagelsen ved den generelle drift af Roskilde Bank."* (Roskilde Bank-dommen, 489-490)

Udover de generelle forhold sås der på ti enkeltsående engagementer, som blev vurderet. Landsrettens tilgang til disse ses med følgende udtalelser: *"I det omfang, der måtte være varetaget andre hensyn end for banken rene forretningsmæssige hensyn, kan dette få betydning for vurderingen af, om en kreditgivning har været forsvarlig. Hvor andre hensyn end hensynet til bankens forretning måtte have foreligget, finder landsretten således, at der må stilles skærpede krav til, at direktion og bestyrelse har sikret, at hensynet til banken ikke er blevet tilsidesat."* (Roskilde Bank-dommen, 492). Videre udtaler Landsretten: *"Landsrettens vurdering af de konkrete engagementer i det følgende er derfor koncentreret om, hvorvidt det kan fastslås, at grundlaget for den enkelte bevilling har været mangelfuldt, eller hvorvidt det på grundlag af de oplysninger, som bestyrelse og direktion har været i besiddelse af, kan fastslås, at der var tale om et engagement af en sådan karakter, at direktion eller bestyrelse har pådraget sig erstatningsansvar."* er meget lig tilgangen i Capiordic-dommen jf. udtalelse ovenfor på side 491. (Roskilde Bank-dommen, 493).

I disse udtalelser ses der også i denne sag fra Landsrettens side stor forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, medmindre der er varetaget andre hensyn end bankens egeninteresse, så vil der ses skærpede krav til ledelsen. Det ses også at Landsretten bruger principperne i the business judgement rule ved at vurdere grundlaget og ikke selve beslutningen for de udvalgte engagementer.

Disse tre sager er de første af i alt syv sager, hvor der er indledt civile erstatningssager mod ledelsen i bankerne. Udover de tre nævnte ses det også at der er anlagt sag mod EBH Bank, Løkken Sparekasse, Eik Bank Føroya og Eik Bank Danmark, og de syv banker er i alt påståvnet for over 2,5 mia. kr. (Werlauff 2015a, 1). Efter disse kæmpe tab, som er lidt, kan man uforstående stå tilbage overfor at der sker frifindelser på trods af at der er sket tydelige fejl. Ved disse frifindelser er the business judgement rule, som tidligere nævnt, blandt andet bragt i spil og formålet med denne er at ledelsen netop kan begå fejl uden at blive pådraget et erstatningsansvar. Hvis denne regel ikke var til vil der formentlig ses en hæmmet ledelse, som ikke vil foretage afgørende beslutninger i frygt for senere at blive pådraget et ansvar. Dette ville hæmme selskabers vækst og dermed også samfundets, the business judgement rule giver ledelsen frirum til at træffe de afgørende beslutninger for at undgå dette. Det store spørgsmål inden for the business judgement rule er herefter: *"Hvor bredt et skøn kan ledelsen så foretage?"*

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Når der ses en sag som Capinordic-sagen, hvor der påstået et tab for 400 mio. kr. og der i retssagen kun bliver statueret et tab for 90,4 mio. kr. (Werlauff 2015a, 1, 4), så kan man tænke at ledelsen har et utrolig bredt skøn og der ikke er nogen grænse, i så fald at denne grænse ligger utrolig langt væk.

Bredden på skønnet varierer fra beslutning til beslutning og der er ikke entydige retningslinjer for dette. Ud af retspraksis som ses analyseret i dette speciale kan flere punkter set gengivet i de forskellige sager. For det første ses at en vigtig ting er at der i ansvarsbedømmelsen, som det ses både i Capinordic-dommen og Amagerbanken-dommen er lagt vægt på at ledelsen løbende har fulgt med i udviklingen og truffet deres beslutninger på et informeret grundlag (Werlauff 2017, 12). Netop at beslutningerne er truffet på et informeret grundlag er tillagt en stor betydning i retspraksis gennem tiden jf. tidligere nævnte UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser, UfR 2015.2075 H, Memory Card, UfR 2006.2637 H, AOF, UfR 2016.1870 H, Comitel med flere. Det informeret grundlag opnås blandt andet ved at sikre forsvarlig organisering og i øvrigt følge pligterne som ses i selskabslovgivningen.

Der ses dog en begrænsning til beslutningsgrundlaget, hvis beslutningen giver en fordel på bekostning af kreditorer, så bliver grundlaget skærpet. Dette ses blandt andet i UfR 1989.812 H, Schmidt's Maskinfabrik, at på trods af at anpartshaveren Else Schmidt havde søgt råd og vejledning ved salg af selskabet hos både advokater og revisor, som også stod for salget, så blev Else Schmidt pådraget et erstatningsansvar, da en kreditor ikke opnåede dækning og hun selv bibeholdt sine personlige tilgodehavender i selskabet. Modsat blev bestyrelsen frikendt både i UfR 1977.274 H, Havemann og UfR 2006.2637 H, AOF, netop fordi de havde rådført sig med advokater og andre konsulenter.

Margin for skøn er dermed meget bred, så længe at betingelserne er opfyldt. The business judgement rule er dog ikke den eneste faktor i ansvarsbedømmelsen, hvor culpereglen også spiller en stor rolle. Så selvom man ifølge the business judgement rule har handlet ansvarspådragende skal der stadig tages højde for culpereglen, hvor der blandt andet skal være påvist et tab og være kausalitet mellem tab og handling. Her kan henvises til afsnit 2.1, hvor det blev illustreret i UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser og UfR 1998.1137 H, Fodboldselskabet, at der i Landsretten blev holdt fast i culpareglens princip om at der skal være lidt et tab. Dette var på trods af at der i begge sager var udvist klar uforsvarlighed, samt at håbløshedspunktet var passeret på bekostning af kreditorer.

5.0 KONKLUSION

30 år efter Havemann sås der ikke den store ændring i retspraksis med hen blik på ledelsens erstatningsansvar og her lidt mere end 40 år senere kan det konstateres at der stadig ikke er de store ændringer.

The business judgement rule lever stadig i bedste velgående hvilket blev slået fast i Capinordic-sagen. I Capinordic-sagen blev det også slået fast at der ses en omvendt bevisbyrde for beslutningens grundlag, hvis beslutningen indebærer nærtstående parter.

I og med at the business judgement rule stadig gør sig gældende, så har ledelsen stadig en bred margin for fejlskøn og dermed et stort råderum at tage beslutninger i uden at frygte at blive gjort erstatningsansvarlige for beslutningens udfald. Ledelsens har stadig frihed til at foretage beslutninger, så længe de er i selskabets interesse på et kvalificeret grundlag.

Det kan konkluderes at beslutningen er i selskabets interesse, når kapitalejernes fælles interesse, samt kreditorernes interesser er varetaget. Der er en meget smal skillelinje, for hvornår kapitalejernes interesse skal varetages frem for kreditorernes og omvendt. Dette afhænger af, hvornår selskabets er i en situation, hvor selskabet ikke kan redes og en forsættelse kun vil øge kreditorernes tab u hensigtsmæssigt.

Det kvalificeret grundlag kan konkluderes at bero på flere faktorer afhængig af den specifikke situation. Det gælder dog at selskabslovens pligter skal følges og der skal sikres en forsvarlig organisering og tilsyn. Graden af tilsyn beror på selskabets situation jf. UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser og UfR 2006.2637 H, AOF. I AOF-sagen fulgte ledelsen ekstra meget op på selskabets situation løbende, da de kom i økonomiske vanskeligheder og dette var vægtet højt, da de blev frifundet.

The business judgement rule har derfor en stor betydning for ledelsens erstatningsansvar og ageren i selskaber den dag i dag. Den gør at ledelsen har en vis grad af frihed til at foretage skønsmæssige beslutninger uden hele tiden at være bange for at blive pådraget et ansvar. Dette fremmer både selskabets udvikling, samt samfundets.

6.0 KILDELISTE

Andersen, Lennart Lyng, og Torben Vistisen. 2006. "U 2006.243 H - direktions- og bestyrelsesansvar for tab ved en fonds drift af restaurant ('Mindshipsagen')". *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 231.

Blume, Peter. 2009. *Juridisk metodelære*. 5. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Borch, Ole, og Torben Vistisen. 2007. "30 år efter Havemann". *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 237.

Bunch, Lars, og Jan Schans Christensen. 2011. "Selskabets egeninteresse - navnlig set i lyset af selskabslovens generalklausuler". *UfR Online*, nr. 2011B: 1.

Bøggild, Frank, og Kolja Staunstrup. 2015. "Seneste tendenser i retspraksis om ledelsesansvar". *R&R Online*, nr. 12: 36.

Christensen, Jan Schans. 2017. *Kapitalselskaber*. 5. udgave. Karnov Group.

Erhvervsministeriet. 2019. "Iværksætterselskaber afskaffes og kapitalkrav for anpartsselskaber nedsættes". Erhvervsministeriet. 28. februar 2019.
<http://em.dk/nyhedsarkiv/2019/februar/ivaerksaetterselskaber-afskaffes-og-kapitalkrav-for-anpartsselskaber-nedsaettes/>.

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

Gomard, Bernhard. 1993. "Bestyrelsesansvar". *UfR Online*, nr. 1993B: 145.

Hansen, Lone L., og Erik Werlauff. 2016. *Den juridiske metode*. 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Komitéen for god Selskabsledelse. 2017. "Anbefalinger for god Selskabsledelse". København.

Kölsch, Tim, og Amalie Paludan. 2018. "Bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag". *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 58.

Lund-Hansen, Christoffer, og Kevin Grønnemann. 2016. "Fakta: Her er Danmarkshistoriens største erhvervsskandaler". Børsen Finans. 8. marts 2016.
http://finans.borsen.dk/artikel/1/320965/fakta_her_er_danmarkshistoriens_stoerste_erhvervsskandaler.html.

LEDELSENS ERSATATNINGSANSVAR THE BUSINESS JUDGEMENT RULE

Neville, Mette, og Karsten Engsig Sørensen. 2009. *Den nye selskabslov*. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Samuelsson, Morten, og Kjeld Søgaard. 1997. *Bestyrelsesansvaret*. 1. udgave. Forsikringshøjskolens Forlag.

Sofsrud, Thorbjørn. 1999. *Bestyrelsens beslutning og ansvar*. 1. udgave. Greens Jura.

The American Law Institute. 1994. *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*. Bd. 1. 2 bd.

Werlauff, Erik. 1991. *Selskabsmasken*. Gads Forlag.

———. 2000. "Rolf Dotevall: Bolagsledningens skadeståndsansvar". *UfR Online*, nr. 2000B: 24.

———. 2015a. "Capinordic-dommen". *R&R Online*, nr. 12: 44.

———. 2015b. "Selskabserstatningsrettens 'tilpasningspunkt'". *UfR Online*, nr. 2015B: 244.

———. 2016a. *Erstatningsansvar i selskabsforhold*. 1. udgave. Werlauff Jura.

———. 2016b. *Selskabsret*. 10. udgave. Karnov Group.

———. 2017. "Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion blankt frifundet?" *din§jura*, nr. 3: 11–13.

Økonomi- og Erhvervsministeriet. 2008. "Modernisering af selskabsretten". Betænkning 1498.

6.1 DOMME OG AFGØRELSER

UfR 1977.274 H, Havemann

UfR 1981.973 H, Røde Vejrmølle

UfR 1989.812 H, Schmidt's Maskinfabrik

UfR 1997.364 H, Satair

UfR 1998.1137 H, Fodboldselskabet

UfR 1999.707 H, Future Advance

UfR 1999.1080 V, Protech

UfR 2006.243 H, Mindship Fonden

UfR 2006.2637 H, AOF Århus

UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser

UfR 2010.190 H, Russmarine

UfR 2011.1290 H, Erleben

UfR 2012. 524 H, Uhensigtsmæssig fyring

UfR 2013.1107 H, bankTrelleborg

UfR 2013.1273 V, Star Finans

UfR 2013.1312 H, Skodsborg
Grundejerforening

UfR 2015.257 V, G Kartoffler

UfR 2015.2075 H, Memory Card

UfR 2016.1870 H, Comitel

FED 2010.1 V, Jagt ulykke

FED 2014.85 V, Esbjerg Caravan Center

Østre Landsret dom af 9. oktober 2015, sag
B-876-11, Capinordic Bank

Højesterets dom afsagt tirsdag den 15.
januar 2019, sag 226/2015, Capinordic
Bank