

19. MAJ 2020

BESTYRELSENS ERSTATNINGSANSVAR

KANDIDATSPECIALE, CAND. MERC. JUR., AALBORG UNIVERSITET



AALBORG UNIVERSITET

Alex Møllgaard
Henrik Koustrup-Lund
Mads Gramstrup

Vejleder
Anders Ørgaard

Titelblad

Titel: Bestyrelsens erstatningsansvar
The Board of Directors' liabilities

Uddannelse: Erhvervsjura (Cand.Merc.Jur), Aalborg Universitet
Kandidatspeciale, forår 2020


Antal anslag: 160.534
Antal normalsider: ≈ 66,9

Vejleder: Anders Ørgaard

Udarbejdet af:



Alex Mellergaard
Studie nr. 20154556



Henrik Koustrup-Lund
Studie nr. 20154221



Mads Gramstrup
Studie nr. 20154909

Abstract

The purpose of this thesis is to enlighten some of the situations in which the management can be held liable.

The thesis especially examines the situations regulated through the Danish Companies Act Art. 361, as of where the management can be held liable in cases where their handling of duties, intentionally or negligently has caused damage to the company. Furthermore, the thesis takes a closer look into the culpa assessment of the management and what standard of behaviour is used, for the purpose of determining whether it is a professional liability. It can therefore be concluded that the judgement of the Board of Directors' liabilities is made under a normal culpa assessment of the management, which uses the standard of behaviour related to how other members of a Board of Directors would have dealt/acted in the same situation.

If the Danish courts were to judge the Board of Directors as professionals, it would change the terms of liability due to the fact that it would be different than being judged as non-professionals. During the analysis of this thesis it has been found that the Danish courts judge the Board of Directors as non-professionals, which thereby makes the ruling different. An example here of, is the fact that if a standalone error is made by the Board of Directors it is accepted by the Danish court, which it would not have been if they were regarded as professionals.

The Board of Directors have a wide range of duties which are legislated through the Danish Company Act Art. 115. This thesis has examined if a negligence of these duties would hold the Board of Directors liable. Through the case law used in this thesis it has been found that the basis rule hereby is that the Board of Directors will be held liable, if a violation results in a loss. Furthermore, an analysis was made to give an indication of whether or not incomplete information's given to the Board of Directors would be a mitigating circumstance. The Board of Directors meanwhile have an obligation to ensure that they through reporting systems get ongoing information's about the company's situation. It was hereby found that the Danish court does evaluate the circumstances where incomplete information's is given to the Board of Directors as a mitigating circumstance.

When making a decision as a part of the management it will sometimes make the decisions done as an estimate. These estimates will in some cases be wrong. The thesis has examined this estimate margin and have found that the Danish courts does take the Business Judgement Rule into account when making judgement hereby.

During this thesis it has become clear that there is a problem regarding the point of no return where the company is continuing operation, which is referred to as "the point of hopelessness". This is given as a point where the Board of Directors should have realised that the company's continuing operation would be indefensible. The case law has shown that the Danish courts uses it as parameter whether or not there is not unserious negotiation for continuing the operation.

Indholdsfortegnelse

Titelblad	1
Abstract	2
Kapitel I	4
<i>Introduktion</i>	4
1.1 Indledning.....	4
1.2 Problemformulering	5
1.3 Metode	5
1.4 Kildeafsnit	5
1.4 Specialets opbygning	7
Kapitel II	8
<i>Erstatningsretten</i>	8
1.1 Ansvarsgrundlag	8
1.2 Kausalitet og adækvans	11
<i>Selskabsretten</i>	14
2.1 Ledelsesstrukturen i kapital­selskaber.....	14
2.2 Bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådets opgaver.....	16
2.3 Business Judgement Rule	20
2.4 Håbløshedstidspunktet.....	21
Kapitel III	22
<i>Bestyrelsens culpaansvar</i>	22
1.1 Den grundlæggende culpabedømmelse af ledelsen	22
1.2 Særlovens indvirkning på culpabedømmelse	22
1.3 Kausalitet i selskaberstatningsretten	24
1.4 Ledelsens erstatningsansvar overfor kreditorer.....	27
Delkonklusion	28
<i>Bestyrelsesansvaret som professionsansvar</i>	29
2.1 Bestyrelsens faglighed	29
2.2 Bestyrelsens adfærdsnorm.....	30
2.3 Betydning for bedømmelsen at det ikke er et professionsansvar	31
Delkonklusion	33
<i>Bestyrelsens pligter og forsvarlige beslutningsgrundlag</i>	35
3.1 De informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager	35
3.2 Tilsidesættelse af bestyrelsens pligter	39
3.3 Business Judgement Rule	41
<i>Erstatning for fortsat drift</i>	45
4.1 Fastlæggelse af håbløshedstidspunktet	45
4.2 Elementer der kan være med til at udskyde håbløshedstidspunktet.....	46
4.3 Toledet bedømmelse ved fortsat drift	49
Delkonklusion	50
Kapitel IV	52
<i>Konklusion</i>	52
Litteraturliste	55

Kapitel I

Introduktion

1.1 Indledning

Dette speciale omhandler nogle af de situationer, hvor ledelsen i et selskab kan ifalde erstatningsansvar, samt hvordan det bliver bedømt ud fra retspraksis.

Erstatningsretten har helt grundlæggende betingelser for, at både fysiske og juridiske personer, kan ifalde erstatningsansvar. For at der kan statueres erstatningsansvar, stilles der krav om, at der skal kunne konstateres et tab, ansvarsgrundlag, årsagssammenhæng og påregnelighed.¹

Selskabsretten indeholder tillige en bestemmelse, hvor ledelsesmedlemmer kan drages til ansvar for deres tabsforvoldende handling, hvilket fremgår af ordlyden af selskabslovens § 361: *"Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapital selskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand."* Dette leder imidlertid op til en undring om, hvorledes domstolene fastlægger culpabedømmelsen af bestyrelsen, i kraft af bestyrelsens rolle og muligt veluddannede baggrund. Ligeledes kan der stilles spørgsmål til, hvorvidt bestyrelsen er underlagt en strengere culpabedømmelse, som følge af den adfærdsnorm der gør sig gældende, samt hvorledes bestyrelsesansvaret bevæger sig over mod et professionsansvar.

I kraft af en rolle som bestyrelsesmedlem i et selskab, følger der en række pligter over for selskabet, hvilke fremgår af selskabslovens § 115. Der kan stilles spørgsmål ved, hvorvidt en tilsidesættelse af disse pligter, vil medføre et erstatningsansvar for bestyrelsesmedlemmet. Bestyrelsesmedlemmerne skal som en af disse pligter iværksætte rapporteringssystemer i selskabet, således denne kan få løbende opdateringer om selskabets forhold, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3. Bestyrelsesmedlemmerne er afhængig af informationer, der blandt andet gives af direktionen, hvilke skal hjælpe til, at bestyrelsesmedlemmerne kan varetage deres pligter på den mest forsvarlige måde.² Dette kan vække en undring om, hvorvidt de informationer eller mangel på informationer der tilgår bestyrelsen, kan anses for en formildende omstændighed af domstolene, hvis dette har haft en indflydelse på bestyrelsesmedlemmets handlemåde.

Selskabets ledelse foretager som led i driften af selskabet en række skøn, hvor det til tider kan medføre fejlskøn med tab for selskabet. Amerikansk ret har en betegnelse for disse fejlskøn, kaldet Business Judgment Rule, hvor ledelsen, hvis en række betingelser er opfyldt, ikke bliver fundet erstatningsansvarlige for fejlskøn.³ Hvorvidt denne regel har fundet sit tilpas i dansk ret, kan siges at være interessant, da dette muligvis vil kunne medføre en lempelse i bestyrelsesansvaret.

Ender selskabet i en situation, hvor deres økonomiske forhold bliver af en sådan karakter, at det ikke vil være forsvarligt fortsætte driften af selskabet, vil der kunne opstå spørgsmål om, hvorvidt selskabet bør likvideres. Tidspunktet hvor selskabets ledelse bør være klar over, at fortsat drift ikke er mulig uden yderligere tab som følge, betegnes som håbløshedstidspunktet.⁴ Hvordan dette tidspunkt fastlægges og hvad konsekvensen af fortsat drift herefter vil være, er således interessant at undersøge, i henhold til bestyrelsesansvaret.

¹ von Eyben og Isager: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 27

² Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 466

³ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 722f

⁴ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 644 f

1.2 Problemformulering

I nærværende speciale vil der blive foretaget en undersøgelse af gældende ret, om hvornår ledelsen kan ifalde erstatningsansvar, med særligt fokus på bestyrelsen. Culpabedømmelsen af bestyrelsen og hvorvidt bestyrelsesansvaret kan karakteriseres som et professionsansvar vil i specialet blive undersøgt. Der vil i specialet blive set nærmere på bestyrelsens pligter og forsvarlige beslutningsgrundlag, med dertilhørende undersøgelse af informationerne der tilgår bestyrelsen. Der vil desuden blive foretaget en nærmere analyse af håbløshedstidspunktets indtræden og elementerne i vurderingen heraf.

1.3 Metode

Dette speciale tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. I den retsdogmatiske metode forsøges retstilstanden beskrevet og analyseret, gennem brug og systematisering af relevante retskilder på retsområdet.⁵

Retskilder karakteriseres i mange tilfælde ved at være åbent formulerede, hvorved der dannes grundlag for fortolkning. Fremstillinger skabt af flere retskilder, bygger i argumentationen på kvalificerede valg, hvorved de kan anses som en skabende proces, til trods for at der ikke skabes ny viden. Der anvendes en objektiv tilgang, der er en del af den juridiske tradition, hvor forfatteren i en retsdogmatisk fremstilling således er skjult, men alligevel til stede.⁶

Analysen og systematiseringen af de åbent formulerede retskilder, vil i nærværende speciale blive foretaget ud fra en objektiv tilgang, men da der analyseres og fortolkes på flere forskellige retskilder i argumentationen, vil der til dels også være en vis subjektivitet.

1.4 Kildeafsnit

I den retsdogmatiske fremstilling, beskrives retstilstanden ud fra relevante retskilder, hvorfor det er nødvendigt at beskrive hvilke retskilder der findes og hvilken betydning de har. Retskilderne omfatter navnlig gældende lovgivning, retspraksis, sædvane og forholdets natur.⁷ Herudover skal retslitteraturens betydning også beskrives, da denne også benyttes i nærværende speciale.

Lovgivningen skal følges, hvorfor denne har en særlig retskilde status og betegnes som den højst prioriterede retskilde. Den er autoritativt fastsat af organer, der har kompetence hertil og er karakteriseret ved udtrykkeligt at formulere de regler, som ønskes efterfulgt på det pågældende område.⁸ Selvom lovgivningen er udtrykkeligt formuleret, vil deres præcise mening ofte skulle afgøres ud fra en juridisk fortolkning. Loven er et vigtigt bidrag til at fastlægge gældende ret, men de øvrige retskilder tillægges dog samtidig selvstændig betydning og indgår derved ikke blot, som bidrag til forståelsen af lovens mening.⁹

Specialet vil gennem lovgivningen på nærværende område blive anvendt til dette formål. Her vil det hovedsageligt være Erstatningsansvarsloven og Selskabsloven, der vil blive anvendt. Det skal bemærkes at

⁵ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 205f

⁶ Blume: Juridiske metodelære (2010), s. 161

⁷ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 195

⁸ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 255f

⁹ Blume: Juridisk metodelære (2010), s. 65

Selskabsloven har erstattet den nu udgåede Aktieselskabslov, samt Anpartsselskabslov. Lovændringen i 2010 i forbindelse med modernisering af selskabsretten var i høj grad en videreførelse af gældende ret, der omfattede en sammenslutning af Aktieselskabsloven og Anpartsselskabsloven.¹⁰ Da specialet i flere tilfælde anvender retspraksis fra før Selskabslovens ikrafttræden, vil der i tilfælde blive henvist til Aktieselskabsloven.

Retspraksis, som dækker over afsagte domme, har forskellig retskildemæssig værdi, alt efter hvilken instans disse er afgjort ved. Des højere instans, des større retskildemæssig betydning har afgørelsen, hvorfor en højesterets afgørelse vil have større betydning end en byretsafgørelse.¹¹ Baggrunden for at retspraksis anses som en retskilde, skyldes lighedsidealet om at alle borgere skal behandles lige. Borgerne skal kunne forudse retsstillingen og opnå samme behandling som andre har fået.¹²

I dette speciale, vil både ældre og nyere retspraksis blive inddraget, for at vurdere om der har været en udvikling i retspraksis og tillige se om retstilstanden senere er bekræftet. Dommene under analysen er valgt, da de understøtter specialets problemstilling og derved er relevant for analysen.

Retssædvaner er uskrevne retsregler, hvilket Carsten Munk-Hansen beskriver som *"en adfærd, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en opfattelse af at være retligt (eller retligt berettiget), skaber en retsregel"*.¹³ Retssædvanen har beskeden retskildemæssig værdi og domstolene synes tilbageholdende med at anvende disse som begrundelse ved domsafsigelse.¹⁴

Forholdets natur udspringer af domstolenes afgørelsespligt, hvor de kan være nødsaget til at træffe afgørelse, hvor forholdet ikke er reguleret i lovgivning, tidligere afgjort i retspraksis eller som følge af en retssædvaner. Forholdets natur er således en supplerende retskilde, der er med til at sikre, at dommeren altid når frem til et resultat og at der herved ikke foreligger noget område, der ikke er lovreguleret. Forholdets natur er ikke relevant i offentlig ret, da legalitetsprincippet her er gældende, hvorimod det har betydning indenfor privatretten.¹⁵

Dette speciale vil hovedsageligt tage udgangspunkt i gældende lovgivning, til at beskrive retstilstanden omkring bestyrelsens erstatningsansvar, hvor retspraksis gennem analysen vil blive benyttet, til at beskrive nogle af de tilfælde hvor bestyrelsen kan ifalde erstatningsansvar. Herudover vil retslitteratur blive anvendt, til at underbygge den generelle beskrivelse og analyse af specialets problemstilling, hvorfor en beskrivelse af retslitteraturens retskildeværdi er værd at beskrive.

Retslitteraturens retskildemæssige betydning er omdiskuteret, hvilket skyldes forfatteren kan mangle legitimitet, til at kunne påvirke retstilstanden ved argumentation gennem dennes fremstilling. Den retsdogmatiske fremstilling tager dog som nævnt udgangspunkt i at beskrive og analysere gældende ret, ud fra en objektiv tilgang til arbejdet med retskilderne, således at fremstillingen kan fremstå som en skabende proces. Retslitteraturen må på den baggrund, lægges til grund at være baseret på anerkendte retskilder, hvorfor den accepteres som argumentation.¹⁶

¹⁰ <https://www.finanstilsynet.dk/upload/Nyhedscenter/2010/Selskabsreformen.pdf>

¹¹ Blume: Juridisk metodelære (2010), s. 66f

¹² Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 315

¹³ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 345

¹⁴ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 346f

¹⁵ Munk-Hansen: Retsvidenskabsteori (2018), s. 358

¹⁶ Blume: Juridisk metodelære (2010) s. 68f

Retslitteraturen er i nærværende speciale, benyttet som grundlag for generelle udtalelser indenfor selskabsret og erstatningsret. Normalvis vil det have været gavnligt for specialet, at der var henvist til flere kilder, men på grund af COVID-19 pandemiens restriktioner med blandt andet lukning af biblioteker, har dette været en udfordring. Aalborg Universitets Bibliotek har været behjælpelig med scanning af relevante bøger, men har i nogle tilfælde ikke kunnet skaffe bøgerne specialet har haft brug for. I enkelte tilfælde er der derfor efter aftale med vejleder, således henvist til udgaver af bøger der ikke er seneste udgave, da det er de udgaver, som vi har haft i forbindelse med undervisning i de pågældende fag. For at sikre at litteraturen stadig er retvisende, er der nøje blevet undersøgt om der har været ændringer i relevant lovgivning, hvor retspraksis på området ligeledes er undersøgt, for at sikre at der ikke er sket ændringer i denne, siden udgivelsen af de nye udgaver af bøgerne. På grund af de begrænsede muligheder for at søge yderligere litteratur, har specialets analyse i høj grad taget udgangspunkt i retspraksis. Vi vurderer at dette har været til gavn for specialet og gruppens arbejde med emnet, da det har givet en dybere indsigt i domstolenes bemærkning i henhold til problemformuleringen, end der ellers kunne have været opnået gennem de generelle udtalelser i retslitteraturen.

1.4 Specialets opbygning

Dette speciale er opbygget af fire kapitler. Nærværende kapitel har til formål at introducere specialets problemformulering, samt hvilken metodisk tilgang og retskilder, specialet har taget udgangspunkt i.

Kapitel II vil introducere læseren til de grundlæggende erstatningsretlige og selskabsretlige elementer, der er relevant for specialet, hvilket vil lede op til de problemstillinger Kapitel III vil tage udgangspunkt i. Her vil der blive foretaget en analyse af retspraksis indenfor området, med formålet at besvare specialets problemformulering og fastlægge gældende ret indenfor disse.

Kapitel IV vil ud fra analysen besvare specialets problemformulering, ud fra den tidligere beskrevne og foretagne analyse af gældende ret.

Kapitel II

Erstatningsretten

Erstatningsret er en betegnelse for regler, som gør at en fysisk eller juridisk person kan drages til ansvar for en skade på sådan en måde, at personen bliver forpligtet til at betale en form for erstatning til den skadelidte.¹⁷

Erstatningsretten har generelt to hovedformål, såfremt der er forekommet en skade. Det første er genopretningshensyn, som omhandler skadelidtes kompensation, hvor det andet er præventionshensyn, der omhandler agtpågivenhed. For at der kan opstå et erstatningskrav i dansk ret, er der fire grundlæggende betingelser, der skal være opfyldt. Den første betingelse er at der skal være lidt et tab, der enten er materielt eller for personskade. Den anden betingelse er at der skal være ansvarsgrundlag, enten culpa, objektivt ansvar eller hæftelsesansvar. Den tredje betingelse er at der skal være årsagsforbindelse (kausalitet), hvor den fjerde betingelse er, at der skal være påregnelighed (adækvans).¹⁸ Når betingelserne er opfyldt, kan den skadelidte kræve godtgørelse fra skadevolder. Reglerne i erstatningsretten kan derudfra angive, hvordan et krav kan opstå og hvordan dette kan ske, uden at der foreligger en aftale for forpligtelsen.¹⁹

De fire grundbetingelser gælder for enhver fysisk eller juridisk person. Når fysiske personer gør skade på andre personer, under eksempelvis leg, sport og gæstebud, er det de erstatningsretlige regler, som afgør om der kan rejses et erstatningskrav.²⁰

De erstatningsretlige regler gælder for alle typer af skade og tab, hvor der overordnet sondres mellem person og tingsskader. Ved personskade sondres der endvidere mellem fysisk eller psykisk skade. De fysiske skader vil kunne ses ved skade på legeme, hvor psykiske skader kan negativt afgrænses til, at de ikke er fysiske, og positivt afgrænses til en forringelse af en persons mentale tilstand, eksempelvis posttraumatisk stress syndrom eller depression.²¹

Tingsskade kan defineres som enten en forringelse eller fysisk forandring af et gode, og denne afgrænsning giver sjældent anledning til problemer. En person eller tingsskade kan have følgeskader, som defineres af at være udledt af initialskaaden, altså den oprindelige skade, på tingen eller personen. Dette kan være mere vanskeligt, da det er mere komplekse forløb, hvor en række forskellige årsager kan have påvirket følgeskaden. Det kan eksempelvis være ved et færdsselsuheld, hvor der er opstået en hjerneskade på skadelidte, hvoraf denne hjerneskade kan have påvirkning på en følgeskade opstået længe efter. Der kan dermed være gået lang tid mellem den skadevoldende handling og følgeskaden, hvilket også kan give anledning til tidsmæssige problemer. Ved tingskade kan en følgeskade eksempelvis være et driftstab, hvor initialskaaden er en maskine, som er gået i stykker.²²

1.1 Ansvarsgrundlag

Der findes to ansvarsgrundlag for erstatningskrav, det ene er de særlige erstatningsordninger og det andet er ansvarsgrundlag, hvorunder culpa og objektivt ansvar indgår.²³ De særlige erstatningsordninger bygger på

¹⁷ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 17

¹⁸ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 17

¹⁹ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 23ff

²⁰ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 18

²¹ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 21

²² Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 22

²³ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 26

et andet grundlag end almindelige erstatningsretlige regler, herunder eksempelvis arbejdsskader og skader i forbindelse med lægelig behandling.²⁴

Under ansvarsgrundlaget forekommer culpa og objektivt ansvar, hvor culpa er hovedreglen, der er formet efter retspraksis og objektivt ansvar er lovbestemt. Den juridiske teori omkring culpa, kan spores helt tilbage til romerretten, men fik først sit gennembrud i dansk ret tilbage i 1806, hvor Anders Sandøe Ørsted var den første vægtige fortalere for reglen.²⁵ Culpa er blevet det almindelige ansvarsgrundlag i dansk ret, hvor de andre ansvarsgrundlag må betegnes som undtagelser hertil.²⁶

Når det skal vurderes hvorvidt der kan statueres et erstatningsansvar, vurderes det om skadevolders handling eller undladelse af handling har været culpøs. Der findes to opfattelser af hvordan en culpøs handling vurderes, tidligere er vurderingen foretaget ud fra hvorledes den gode samfundsborger vil have handlet, hvilket betegnes som "Bonus Pater Familias".²⁷ I stedet for bonus pater familias vurderingen, benyttes nu den objektive culpapregel, hvor man fokuserer på at bedømme skadevolders adfærd ud fra et anerkendt adfærdsmønster.²⁸ Dette kaldes også den hypotetiske test, hvor der laves en culpabedømmelse ud fra det faktiske forløb kontra hvordan bonus pater ville have ageret. Vurderingen her lyder på hvordan hændelsen burde være forløbet, hvor der skal tages højde for, om situationen har været forventelig. Denne vurdering er altså lavet ud fra en sædvanemæssig opfattelse og culpavurderingen er dermed skiftet fra den klassiske bonus pater bedømmelse, til en objektiv culpabedømmelse.²⁹ Dette kan lade sig gøre, da der i dag er et stort antal love, samt retspraksis, der gør at der kan vurderes, hvordan der burde være handlet i bestemte situationer, hvorudfra culpabedømmelsen kan bestemmes. Denne metode har haft en positiv indflydelse på dansk ret, da man nu i mange situationer kan forudsige domstolenes ageren ud fra allerede fastsatte love eller retspraksis, fremfor forestillinger omkring bonus paters mulighed for at indse risiko.³⁰

Et eksempel på hvordan domstolene vurderer culpabedømmelsen ses i højesteretsdommen, sag: BS-12521/2019-HJR (Unibet), som viser at ansvarsgrundlaget kan være svært konkret at definere, da Landsretten og Højesteret opnår forskellige resultater. Højesteret fastholder i udgangspunktet at der ikke er handlet culpøst, da lovgivningen på området har været overholdt. Det bemærkes, at Landsretten dømmer, at Unibet har ageret culpøst, hvor Højesteret i deres præmisser lagde vægt på, at Unibet havde handlet indenfor lovens rammer. Det kan udledes af dommen, at der i tilfældet her således skulle have været en lovovertrædelse, før der kunne statueres et erstatningsansvar.

I erstatningsretten vil der ikke være den store forskel på en culpøs eller forsætlig adfærd, da graden af uagtsomhed danner den nedre grænse. Det er mere fastlæggelse af grænsen omkring det uagtsomme og ikke uagtsomme der er vigtigt her. Fortsæt begrebet har først større betydning i strafferetten, hvor det kan blive et større problem, da det har en større relation i forbindelse med de strafferetlige overtrædelser.³¹

²⁴ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 397

²⁵ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 70

²⁶ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 85

²⁷ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 72

²⁸ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 75

²⁹ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 89

³⁰ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 75

³¹ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 88

1.1.1 Objektivt ansvar

Objektivt ansvar er et ansvarsgrundlag, som kan have hjemmel i både lov og retspraksis, hvor der ikke ses på graden af culpa fra skadevolder. Skadevolder kan dermed blive dømt erstatningsansvarlig, uden at have handlet uagtsomt eller forsætligt. Der stilles dermed et strengere ansvar end almindelig culpa, hvor der i nogle situationer kan statueres erstatningsansvar, selvom skaden forekommer som et hændeligt uheld.³² Et eksempel på lovgivet objektivt ansvar, kan der nævnes hundeloven, hvor man kan blive objektivt ansvarlig for skader forvoldt af ens hund, jf. hundelovens § 8.

Ulovgivet objektivt ansvar findes oparbejdet gennem retspraksis, her kan eksempelvis nævnes U1968.84/2H (Aalborg kloster), hvor en bygherre blev fundet objektivt ansvarlig for skade forvoldt ved et byggeri, da der var brugt billige funderingsmetoder, som havde forårsaget skader på de omkringliggende ejendomme. Denne dom viser netop et eksempel på, hvordan man kan holdes objektivt ansvarlig for en handling, som skadevolder muligvis ikke havde overvejet var skadeforvoldende. Domstolen lægger i denne sag vægt på, at bygherren burde have indset hans uforsvarlige adfærd, da han brugte metoder der kunne medføre fare for skade. Sagen viser et eksempel på, hvem der kan holdes erstatningsansvarlig. Bygherren blev dermed i denne sag fundet objektivt ansvarlig, på baggrund af hans uforsvarlige adfærd og blev dømt erstatningsansvarlig, hvorimod entreprenørfirmaet blot var hyret til udførelsen, og dermed fandtes ikke fandtes at have handlet uansvarligt. Et yderligere eksempel på hvorledes objektivt ansvar udspringer fra retspraksis, er U1983.866/2H (Vandforsyningen), hvor den kommunale vandforsyning blev fundet ansvarlig for skader forårsaget af ledningsbrud. Vandforsyningen burde have indset muligheden for at sådanne skader kunne opstå. Dommen bekræfter tilige, at objektivt ansvar kan opstå uden lovhjemmel og ligeledes kan gælde udenfor kontraktforhold.

1.1.2 Professionsansvar

Foruden den normale culpabedømmelse, er der en mere skærpet culpabedømmelse ved professionsansvar, hvor personer med en særlig faglig uddannelse, har et større ansvar indenfor deres hverv som professionelle. Det ses blandt andet, at der i mange professioner skal udvises god skik, hvilket eksempelvis kan være god revisionskik og de brancheetiske regler, som skal følges, hvor en overtrædelse heraf normalt er ensbetydende med at have handlet culpøst. Professionsansvarets culpabedømmelse er baseret på adfærdsstandarder, vurderet efter en almindelig professionsudøver indenfor samme hverv.³³ Professionsansvaret kan ligge både i og udenfor kontraktforhold. Det kan eksempelvis være en advokat, som rådgiver en klient, hvor der oftest vil forelægge et kontraktforhold. Advokatens råd som eventuelt kommer til at påvirke en tredjemand ville dog være udenfor kontraktforhold.

Den grundlæggende ansvarsnorm vurderes ud fra den professionelles pligt, til at præstere en god faglig indsats, som det forventes inden for dennes hverv. Professionsansvaret er baseret på sædvaner og forskrifter skabt ud fra fagets standarder, hvilket ikke nødvendigvis vil være til rådighed på alle områder. Professionsansvarets uagtsomhedsbedømmelse vil ske på baggrund af et sammenligningsgrundlag med hvervets dygtige og veluddannede udøvere. Træder man desuden som ikke professionel ind på et professionelt område, vil man være underlagt samme professionsansvar som den professionelle.³⁴

³² Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 125

³³ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 119f

³⁴ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 122

Dette kommer blandt andet til udtryk i dommen U2002.1868V, hvor en fagforening ifaldt erstatningsansvar over for et medlem, grundet mangelfuld rådgivning. Dommen viser et eksempel på erstatning uden for kontraktforhold under professionsansvaret. Ved fagforeningens vejledning af et medlem, fik medlemmet udfyldt de nødvendige papirer, men fik i sagen ikke den forventelige vejledning omkring efterlønnens forventede størrelse. Fagforeningen gjorde heller ikke opmærksom på usikkerheden i beregningsgrundlaget, hvorfor de blev anset som erstatningsansvarlige for den mangelfulde rådgivning. Fagforeningen blev dømt til løbende at betale differencen, mellem den efterlønnssats medlemmet fik og den han havde fået, såfremt han havde fået den forventelige rådgivning.

Det ses i dommen, at fagforeningen bevægede sig udenfor deres kompetencer og ind på kommunens område, hvorfor dommen giver et eksempel på, hvordan mangelfuld rådgivning kan være ansvarspådragende, når en "ikke professionel" træder ind på et professionelt arbejdsområde.

Der findes ligeledes lempelser i professionsansvaret, da domstolene viser forståelse for, at professionelle må have en vis margin i forhold til at være fuldstændigt ajour med alt i fagets udvikling, jf. U1971.141H. Denne dom omhandler culpa indenfor professionsansvaret, ved erstatning udenfor kontraktforhold. En praktiserende læge havde været tilkaldt ved et astmaanfald, hvor lægen havde givet patienten medicin, hvilket forårsagede en allergisk reaktion som patienten døde af. Lægen blev frikendt for straf, da lærebogslitteraturen endnu var af forskellige opfattelser med hensyn til anvendelsen af medicinen, der blev brugt i forbindelse med astmaanfald. Dommen er med for at vise et eksempel på en afgrænsning af professionsansvaret, hvor den professionelle ikke drages til ansvar på trods af en mulig fejl.

Til trods for at Landsretten i ovenstående dom giver en lempelse i professionsansvaret, tillades det ikke at en revisor eller advokat ikke ajourføre sig indenfor sit speciale, hvortil der kan siges at være et krav til at holde sig opdateret i sit fag. Det vil dog være op til den udviklende retspraksis at pålægge, hvor denne grænse i forhold til ajour førelse ligger. Det fremgår af U1989.394H omkring advokatansvar, at en advokat blev fundet ansvarlig for manglende oplysninger om ændring i skattelovgivningen, dog uden bevis for det heraf følgende tab. Advokaten informerede ikke om muligheden for skattefradrag af tab på spekulation efter ejendomsbeskatningsloven, hvorved deres skattefradrag gik tabt. Denne dom står i kontrast til U1971.141H, da der her ses et eksempel, hvor en advokat ifalder erstatningsansvar, da han fandtes ansvarlig for at ikke ajourføre sig indenfor sit fag. Advokaten måtte altså antages at have begået en ansvarspådragende fejl, da han ikke at havde været ajourført med lovgivningen.

1.2 Kausalitet og adækvans

Foruden ansvarsgrundlag, skal der også forekomme kausalitet og adækvans, for at der kan idømmes et erstatningsansvar. Indtil nu er der blevet set på de forskellige ansvarsgrundlag, hvorunder der indgår culpa, objektivt ansvar og professionsansvar, hvilke hver for sig kan ses som nogle af de grundlæggende betingelser for, at der skulle forefindes et erstatningsansvar. I kausalitet og adækvans, vurderer man nærmere på, hvad årsagen er til den indtrådte skade og hvordan skaden resulterer i et erstatningsretligt tab.³⁵

1.2.1 Kausalitet

Kausalitet betyder årsagsforbindelse, hvilket indebærer at der skal være sammenhæng mellem skaden og handlingen som har påført skaden. Der er krav til årsagsforbindelsens betydning, for at der kan siges at være

³⁵ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 297

kausalitet, hvilket vil sige at den skadevoldende handling skal være nødvendig og tilstrækkelig i forbindelse med skadens opståen, for at den er kausal. Der skal altså være kausalitet mellem skadevolders handling eller undladelse herpå og den indtrådte skade, før der kan ifaldes et erstatningsansvar.³⁶ Betingelsen om kausalitet gælder også, hvis skaden er indtrådt forsætligt eller groft uagtsomt, da det anses for at ville være urimeligt at dømme en ansvarlig for en handling, såfremt der ikke er årsagsforbindelse mellem handlingen og skaden.³⁷ Når der skal fastlægges hvorvidt der foreligger kausalitet, anvendes der i Danmark en test der kaldes SQN-testen eller nødvendighedsbetingelsen. Denne test indebærer en undersøgelse af, hvorvidt det der skete også ville være sket, såfremt den ansvarspådragende handling ikke var sket.

Der findes grundlæggende tre tilfælde af kausalitet. 1) Simple årsag-virkningsrelationer, hvor det er tydeligt hvad der er sket. 2) Samvirkende skadesårsager, hvor der er to eller flere årsager eller personer der er årsag til skadens indtræden. 3) Tilfælde hvor kausaliteten bedømmes ved konkurrerende skadesårsager, hvor der i stedet opvejes argumenter for og imod kausaliteten, hvorefter de opgøres mod hinanden.³⁸

1.2.2 Adækvans

Adækvans begrebet har til formål at afgrænse skadevolders skader, til hvad der er en påregnelig følge, så skadevolder ikke kan pålægges ansvar for tilfældige og atypiske skader, som ikke har været en forventelig følge af skadevolders uagtsomhed. Årsagsforbindelse er således ikke alene nok, men handlingen skal også have øget risikoen for at skaden indtræffer.³⁹

Adækvans bruges til at finde ud af om skaden er påregnelig, som følge af ansvarsgrundlaget/den uagtsomme handling. Det er ikke afgørende hvad skadevolders forventede resultat var, men at der indtræder en påregnelig følge deraf. Det er afgørende, at risikoen for skaden er øget ved den uagtsomme handling. Kravet hertil er blot at det ikke er ubetydelig forøget ved den uagtsomme handling. Er risikoen for skaden ikke blevet forøget ved den uagtsomme handling og er dermed den samme som før handlingen, må den indtrådte skade betragtes som en hændelig ulykke, hvorfor der ikke kan statueres adækvans.⁴⁰

Der findes typisk fire situationer, hvor det kan være vanskeligt at vurdere, om adækvansbetingelsen er opfyldt. 1) Når forholdet mellem enten ansvarshændelsen og initials skaden eller initials skaden og følgeskaden er kompliceret. Det der komplicerer en sådan hændelse mellem ansvar og initials skade, kan eksempelvis være at der er flere årsagsfaktorer, mens det der kan komplicere hændelsen mellem initials skade og følgeskade, kan være et langt tidsrum herimellem. 2) Når tabet der er sket, er meget stort set i forhold til handlingen, hvor spørgsmålet kan opstå om skadevolder skal bære ansvar for hele tabet, eller ansvaret bør begrænses ud fra adækvansbetragtningerne. 3) Når der er tvivl omkring hvordan den givne regel, som skadevolder har overtrådt, har til formål at beskytte mod den indtrådte skade. Altså om skaden ligger indenfor rammerne om den givne lovs beskyttelsesformål. 4) Når skaden også rammer en tredjemand, hvilket eksempelvis kan opstå hvis en ansat kommer til skade udenfor sit erhverv, hvor det også vil påvirke arbejdsgiveren, da personen herefter ikke vil kunne arbejde og arbejdsgiveren bliver dermed indirekte skadelidt. Hovedreglen i sådanne

³⁶ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 297

³⁷ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 182

³⁸ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 183

³⁹ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 254

⁴⁰ von Eyben et al: Lærebog i erstatningsret (2015), s. 310

tilfælde er at den indirekte skadelidte, ikke kan kræve erstatning. Der findes dog undtagelser, hvor det normal ville være adækvansbetragtningerne, som er afgørende.⁴¹

⁴¹ Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 256f

Selskabsretten

Der bliver i Danmark overordnet skelnet mellem to selskabsformer, henholdsvis personselskaber og kapital-selskaber. De to selskabsformer er med til at skabe rammerne for selskabsdrift i Danmark.⁴² De to selskabsformer adskiller sig væsentlig fra hinanden, og dette vil nu blive belyst.

Personselskaber er karakteriseret ved, at de deltagende parter enten enkeltvis eller solidarisk hæfter ubegrænset for selskabet. Dette betyder at ved selskabets konkurs, vil kreditorerne kunne rette deres krav mod de deltagende parter, enten enkeltvis eller solidarisk. Selskabsdeltagerne hæfter enten enkeltvis eller solidarisk med hele deres formue, hvilket betyder at kreditorerne kan rette kravet mod den personlige formue.⁴³ Personselskaber har ikke krav til indskydelse af en bestemt selskabskapital, for at få registreret deres selskab og starte driften. Personselskaber er samtidig ikke undergivet præceptive lovregler til selskabsførelsen af Selskabsloven, som tilfældet er for kapitalselskaber. Dette skyldes at personselskaber kun i et ganske begrænset omfang er reguleret.⁴⁴

Kapitalselskaber er karakteriseret ved at de deltagende parter hæfter begrænset med deres indskud i selskabet. Dette betyder, at ved selskabets konkurs vil kreditorerne kun kunne rette deres krav mod den indskudte kapital i selskabet. Der er imidlertid krav til minimumsindskuddet i kapitalselskaber.⁴⁵ Det fremgår at kapitalselskaberne, aktie- og anpartsselskaber, mindst skal stiftes med en selskabskapital på henholdsvis 400.000 kr. og 40.000 kr., jf. selskabslovens § 4, stk. 2.

Aktie- og anpartsselskaber bliver juridiske personer, idet selskabet bliver registreret ved Erhvervsstyrelsen, jf. selskabslovens § 41. Dette betyder, at aktie- og anpartsselskaber opnår deres rets subjektivitet, som følge af, at være en juridisk person.⁴⁶

Forskellene på personselskaber og kapitalselskaber ses derudfra i det væsentligste, at være hvorledes deltagerne hæfter for selskabet og hvorvidt der er krav til selskabets kapital. Der er desuden en lang række andre forskelligheder, men det er i det væsentligste, forskellene på de to selskabsformer. Dette speciale har fokus på kapitalselskaber, hvorfor der ikke vil blive gjort yderligere ud af personselskaber.

2.1 Ledelsesstrukturen i kapitalselskaber

Kapitalselskaber har mulighed for at vælge mellem tre forskellige ledelsesmodeller til deres selskab, som opdeles i den traditionelle-, enstrengede- og tostrengede ledelsesmodel, jf. selskabslovens § 111. Det er med til at give en øget fleksibilitet og mulighed for, at kapitalselskaberne kan få fundet netop den ledelsesstruktur, der passer til selskabets behov.⁴⁷ Ledelsesstrukturen i kapitalselskaber udgør en central del af selskabets opbygning. Dette skal ses i lyset af, at selskabets ledelsesmodel er med til at definere, hvorledes selskabets ledelse opdeles, hvilket bliver opdelt i det centrale og øverste ledelsesorgan. Denne opdeling betyder, at organet der varetager de egentlige ledelsesmæssige funktioner, er det centrale ledelsesorgan, hvorimod organet der varetager de tilsynsmæssige og overordnede strategiske funktioner for selskabet, er det øverste

⁴² Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 31

⁴³ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 31

⁴⁴ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 31

⁴⁵ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 31

⁴⁶ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 25

⁴⁷ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 455

ledelsesorgan. Det vil være enten direktionen, bestyrelsen eller tilsynsrådet der vil varetage disse funktioner alt afhængig af, hvilken ledelsesmodel selskabet vælger. Det har imidlertid en betydning, hvorvidt ledelsesmodellen vælges til et anpartsselskab (ApS) eller et aktieselskab (A/S).⁴⁸ Valget af ledelsesstruktur skal kunne ses i vedtægterne for selskabet.⁴⁹

Nedenfor vil de tre ledelsesmodeller, henholdsvis den traditionelle-, enstrengede- og tostrengede ledelsesmodel blive gennemgået, hvorefter der nærmere vil blive beskrevet hvilke opgaver bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådet varetager, samt en gennemgang repræsentation- og tegningsret.

2.1.1 Den traditionelle ledelsesmodel, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1

Denne ledelsesmodel er kendetegnet ved, at ledelsesstrukturen består af både en bestyrelse og direktion. Bestyrelsen er i denne ledelsesmodel organet der varetager den overordnede og strategiske ledelse af selskabet. Bestyrelsen skal i aktieselskaber indeholde mindst 3 medlemmer.⁵⁰ Den overordnede og strategiske ledelse af et selskab betyder, at organet fastsætter de overordnede rammer for, hvordan selskabet blandt andet foretager investeringer i aktiver, og hvordan selskabet bliver finansieret i situationer, hvor det kan blive nødvendigt.⁵¹

Direktionen er i denne ledelsesmodel organet, der varetager den daglige ledelse af selskabet. Direktionen skal handle efter de retningslinjer og anvisninger, der bliver givet af bestyrelsen. Den daglige ledelse omfatter beslutninger, der vedrører selskabets løbende drift. Dette kan bl.a. være kontraktindgåelse, indkøb, salg og afskedigelse eller ansættelse af medarbejdere.⁵² Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning eftersom denne kompetence påhviler bestyrelsen. Bestyrelsen kan give bemyndigelse til, at direktionen kan foretage disse beslutninger, men er undergivet at skulle afvente bestyrelsens beslutning. Der kan imidlertid findes tidspunkter, hvor direktionen ikke kan afvente bestyrelsens beslutning, da dette vil medføre en ulempe for selskabet, i disse situationer skal bestyrelsen hurtigst muligt underrettes om den beslutning der er foretaget.⁵³ Det er hertil muligt for både anpartsselskaber (ApS) og aktieselskaber (A/S) at anvende denne ledelsesstruktur.⁵⁴

2.1.2 Den enstrengede ledelsesmodel, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2

Denne ledelsesmodel er kendetegnet ved, at direktionen er selskabets eneste ledelsesorgan. Direktionen skal i denne ledelsesmodel varetage både den daglige ledelse, samt selskabets overordnede og strategiske ledelse. Direktionen varetager dermed de opgaver som ifølge den traditionelle ledelsesmodel påhvilede bestyrelsen, foruden stadig at varetage den daglige ledelse af selskabet.⁵⁵

Det er hertil kun muligt for anpartsselskabet (ApS), at anvende denne ledelsesstruktur. Såfremt betingelser for medarbejderrepræsentation er opfyldt, kan medarbejderne kræve at de får en repræsentant i selskabets

⁴⁸ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 460

⁴⁹ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 455

⁵⁰ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 456f

⁵¹ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 464

⁵² Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 467

⁵³ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 467

⁵⁴ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 460f

⁵⁵ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 456

øverste ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 140. Anpartsselskabet kan desuden uden at have været pålagt det af reglerne om medarbejderrepræsentation, omstrukturerer til en ledelsesstruktur med bestyrelse eller tilsynsråd. Der er hertil ikke et krav om, at bestyrelsen eller tilsynsrådet skal indeholde mindst 3 medlemmer, jf. selskabslovens § 111, stk. 2.⁵⁶

2.1.3 Den tostrengede ledelsesmodel, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2

Denne ledelsesmodel er kendetegnet ved at bestå af både et tilsynsråd og en direktion. Direktionen varetager samtlige ledelsesmæssige opgaver, dermed både den daglige ledelse samt den overordnede og strategiske ledelse.⁵⁷ Et direktionsmedlem kan desuden ikke være medlem af tilsynsrådet.⁵⁸

Tilsynsrådet er imidlertid et organ, der i denne ledelsesmodel fører tilsyn og kontrol med, at direktionen varetager deres hverv på en passende måde. Tilsynsrådet har ingen ledelsesmæssige opgaver, da dette ikke skal anses som værende et organ, hvori der ikke skal varetages ledelsesmæssige beslutninger. Tilsynsrådet varetager, som følge af deres hverv med at føre tilsyn og kontrol med direktionen, også ansættelsen af direktionsmedlemmer i aktieselskaber.⁵⁹

Det er hertil muligt for både anpartsselskaberne (ApS) og aktieselskaberne (A/S) at anvende denne ledelsesstruktur.⁶⁰

2.2 Bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådets opgaver

De tre ledelsesmodeller som giver kapitalsselskaberne mulighed for at vælge imellem den traditionelle-, enstrengede- og tostrengede ledelsesstruktur er nu blevet gennemgået, hvorfor der nu vil blive set på de opgaver, der påhviler bestyrelsen, direktionen og tilsynsrådet at varetage.

2.2.1 Bestyrelsens opgaver, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5

Der bliver i selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5 oplyst en række opgaver, som bestyrelsen skal varetage. Selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5 er ikke en udtømmende liste, men en række opgaver som bestyrelsen har pligt til at skulle påse, for at sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed.⁶¹ En forsvarlig organisation af selskabets virksomhed betyder, at denne skal varetage at fastlægge de overordnede retningslinjer for selskabets politikker og rammerne der skal gælde for blandt andet finansiering og investering.⁶²

Den traditionelle ledelsesstruktur er kendetegnet ved at have en bestyrelse som det centrale- og øverste ledelsesorgan, og en direktion der har til opgave at tilse den daglige ledelse af selskabet, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1. Dette betyder at det er bestyrelsens opgave at foretage den overordnede og strategisk ledelse af selskabet, jf. selskabslovens § 115, stk. 1.

⁵⁶ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 456f

⁵⁷ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 462

⁵⁸ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 456

⁵⁹ Schans Christensen: Kapitalsselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 468

⁶⁰ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 456

⁶¹ Schans Christensen: Kapitalsselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 461

⁶² Werlauff: Selskabsret (2016), s. 466

Den overordnede og strategiske ledelse af selskabet betyder, at bestyrelsen skal varetage at fastlægge rammerne for direktionens daglige ledelse og selskabets politikker. Erik Werlauff argumenterer for, at begrebet "strategisk ledelse" ikke har en selvstændig betydning overfor den "overordnede ledelse", men må imidlertid betyde, at der foretages ledelsesopgaver der ikke hører under den daglige ledelse.⁶³

Bestyrelsen har til opgave at sikre, at bogføringen og regnskabet aflægges på forsvarlig og korrekt måde, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1. En måde hvorpå der kan foretages kontrol hermed, er ved intern eller ekstern revision. Det følger imidlertid, at det daglige tilsyn med bogholderi og revision påhviler direktionen, jf. selskabslovens § 118, stk. 1. Hertil kommer at det ligeledes er direktionen, der sørger for at selskabets formueforvaltning foregår på en betryggende måde.⁶⁴

Det er en bestyrelses opgave at fastsætte procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 2. Dette er forbundet med, at der kan forekomme en række risici som følge af at drive et selskab. Det er derfor op til bestyrelsen at finde ud af, hvordan disse kan undgås og kontrolleres. Der er traditionelle risici såsom miljøhensyn, indgåelse af besværlige kontrakter, men også udefinerbare faktorer som politiske risici og presseomtale der kan medføre, at selskabet får svære ved at opfylde deres målsætninger.⁶⁵

Bestyrelsen skal løbende modtage informationer om selskabets økonomiske forhold, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3. Såfremt bestyrelsen ikke har informationer af en sådan karakter, at de kan foretage beslutninger på selskabets forhold, vil det kunne skade selskabet. Dette vil betyde at beslutninger vil blive truffet på et ufuldstændigt grundlag. Det vil derfor give situationer, hvor bestyrelsen vil have en overbevisning om, at deres beslutning vil give et andet resultat end realiteten vil være. Bestyrelsen er derfor afhængig af, at få informationer af en sådan karakter, at de kan foretage beslutninger på det rette grundlag. Bestyrelsen skal derfor sørge at få oprettet informations- og rapporteringssystemer således denne kan holdes underrettet løbende. Bestyrelsen kan ligeledes søge at få yderligere informationer fra andre kilder, hvis dette findes nødvendigt, som kan kaste et andet lys på selskabets forhold.⁶⁶

Bestyrelsen har desuden til opgave, at sikre direktionen til enhver tid udøver sit hverv på en behørig måde, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 4. Bestyrelsen skal dermed sikre, at direktionen udøver sit hverv efter de anvisninger og retningslinjer, der kommer fra netop bestyrelsen. Bestyrelsen har legitimiteten til at ansætte og afskedige medlemmer af direktionen. Bestyrelsen er derfor forpligtet til at skulle føre tilsyn med direktionen og løbende vurdere, hvorvidt denne lever op til at varetage deres hverv på en ordentlig måde.⁶⁷

Selskabslovens bestemmelser om at sikre at selskabets kapitalberedskab er forsvarligt, er indsat for at sikre selskabets kreditorer. Det er dermed et kreditorbeskyttelsehensyn, da det påhviler selskabets ledelse at sikre selskabet til enhver tid kan opfylde sine forpligtigelser.⁶⁸

⁶³ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 466

⁶⁴ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 464

⁶⁵ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 464f

⁶⁶ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 466

⁶⁷ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 468

⁶⁸ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 468

Bestyrelsen har pligt til at sikre at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 5. Det er imidlertid ikke kun bestyrelsens opgave, at sikre selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt. Dette er en fælles opgave for alle tre organer, herunder også direktionen, jf. selskabslovens § 118, stk. 2. og tilsynsrådet, jf. § 116, stk. 1, nr. 5, i de ledelsesmodeller hvori disse indgår.

Ledelsen er til enhver tid endvidere forpligtet til at vurdere og sikre, at de økonomiske forhold i selskabet er forsvarlige til at driften kan fortsætte. Dette betyder, at selskabets ledelse skal være realistiske omkring, hvorvidt selskabet har en reel chance for kunne opfylde nuværende og fremtidige forpligtelser.⁶⁹

2.2.2 Direktionens opgaver i selskaber med bestyrelse, jf. selskabslovens § 117, stk. 1

Direktionens opgaver i selskaber med en bestyrelse, er givet ved at selskabet er organiseret efter den traditionelle ledelsesstruktur. Selskabslovens § 117, stk. 1 oplister en række opgaver som direktionen skal følge. Direktionen har blandt andet pligt til at skulle imødekomme og rette sig efter de anvisningerne og retningslinjerne, som bliver givet af bestyrelsen, jf. selskabslovens § 117, stk. 1, 2. pkt.⁷⁰ Direktionen er ansvarlige for den daglige ledelse af selskabet i selskaber med en bestyrelse. Dette omfatter imidlertid ikke beslutninger af usædvanlig art eller stor betydning, jf. selskabslovens § 117, stk. 1, 3. pkt.⁷¹ Der er ikke fastsat en given indikation for, hvad der vil blive anset som værende af usædvanlig art eller stor betydning, eftersom dette vil variere fra selskab til selskab. Det er herefter op til bestyrelsen at give en bemyndigelse til direktionen, som tillader at direktionen kan handle i den givne situation, jf. selskabslovens § 117, stk. 1, 4. pkt. Direktionen har imidlertid mulighed for at træffe beslutninger, hvis det vil medføre selskabet en klar ulempe at afvente bestyrelsens beslutning, hvorefter bestyrelsen dog skal oplyses herom, jf. selskabslovens § 117, stk. 1, 5. pkt.⁷²

2.2.3 Direktionens opgaver i selskaber uden bestyrelse, jf. selskabslovens § 117, stk. 2

Direktionens opgaver i selskaber uden en bestyrelse er givet ved, at selskabet enten er ledet ved den enstrengede- eller tostrengede ledelsesstruktur. Tilsynsrådet har ingen ledelsesmæssige beføjelser, men kun til opgave at kontrollere og føre tilsyn.⁷³

Selskabslovens § 117, stk. 2, udvider direktionens opgaver i forhold til delafsnit 2.2.2. Direktionen skal udover den daglige ledelse påtage sig den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, og ligeledes sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, jf. selskabslovens § 117, stk. 2, 2. pkt.⁷⁴ Hvad disse opgaver indebærer er tidligere blevet gennemgået, men betyder at direktionen skal fastlægge selskabets overordnede rammer for en række forhold såsom investering, finansiering og selskabspolitik. Direktionen får dermed en langt større bemyndigelse og langt flere opgaver og arbejdsområder, end i selskaber hvor den traditionelle ledelsesmodel anvendes.⁷⁵

⁶⁹ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 468

⁷⁰ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 469

⁷¹ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 470

⁷² Werlauff: Selskabsret (2016), s. 470

⁷³ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 471

⁷⁴ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 471

⁷⁵ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 471

2.2.4 Yderligere opgaver for direktionen, jf. selskabslovens § 118

Forskellene på hvorvidt direktionens opgaver med eller uden bestyrelse er blevet gennemgået, men der er imidlertid en række opgaver for direktionen, der gælder i begge tilfælde, jf. selskabslovens § 118.

Direktionen har pligt til at skulle varetage en række opgaver, uanset hvilken ledelsesstruktur der anvendes, jf. selskabslovens § 118. Dette leder op til at Selskabsloven udelukkende henvender sig til de direktører, som er indskrevet og registreret i virksomhedsregisteret ved Erhvervsstyrelsen. Der vil imidlertid være flere andre ledende figurer i selskaber, der kan have en stilling hvoraf betegnelsen ”direktør” vil indgå. Dette kan inkludere eksempelvis ”Salgsdirektør” eller lignende, disse er ikke omfattet af selskabslovens betegnelse for direktører, hvis denne ikke fremgår af Erhvervsstyrelsens register.⁷⁶

Direktionen har pligt til at sikre selskabets bogføring sker på forsvarlig vis. Direktionen vil blive anset som havende det primære ansvar, i forbindelse med at skulle sikre at bogføringen i selskabet lever op til de gældende bogføringsregler og registreringspligter, jf. selskabslovens § 118, stk. 1.⁷⁷ Direktionen har desuden pligt til at selskabets formueforvaltning bliver forvaltet så det kommer selskabet til gode, jf. selskabslovens § 118, stk. 1. Dette indebærer ikke kun at have et overblik over selskabets formue, men også sikre at denne bliver forvaltet på en forsvarlig måde.⁷⁸

Direktionen har, som tidligere nævnt, pligt til sikre at selskabets kapitalberedskab altid vil kunne overholde de nuværende og fremtidige forpligtelser. Dette indebærer at direktionen til enhver tid skal bedømme selskabets forhold. Giver dette anledning til, at selskabet har svært ved at opfylde deres forpligtelser vil selskabet ikke længere have et forsvarligt kapitalberedskab.⁷⁹

2.2.5 Tilsynsrådets opgaver, jf. selskabslovens § 116, stk. 1, nr. 1-5

Tilsynsrådets opgaver i selskaber med en direktion, er givet ved at selskabet dermed er ledet ved den to-strengede ledelsesstruktur, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2. Tilsynsrådet opgaver bliver hertil at føre kontrol og tilsyn med direktionens arbejde og sikre, at selskabet ledes på en forsvarlig måde.⁸⁰ Tilsynsrådet skal på samme måde som bestyrelsen mindst have 3 medlemmer i aktieselskaber, jf. Selskabslovens § 111, stk. 2.⁸¹

Det specielle ved tilsynsrådets opgaver er, at der ikke bliver varetaget ledelsesmæssige opgaver modsat bestyrelsen og direktionen. Tilsynsrådet tilsyns- og kontrol pligter er på mange punkter ens med bestyrelsens, idet de indeholder flere af de samme tilsyns- og kontrolpligter. Der er imidlertid en undtagelse hertil, idet bestyrelsen har mulighed for at give retningslinjer til direktionen, som denne skal overholde, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 4. Tilsynsrådet har ikke denne mulighed, da dette vil blive anset som værende en ledelsesmæssige opgave, hvilket ikke er en opgave for tilsynsrådet.⁸²

⁷⁶ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 502f

⁷⁷ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 471

⁷⁸ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 471f

⁷⁹ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 472

⁸⁰ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 468

⁸¹ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 461

⁸² Werlauff: Selskabsret (2016), s. 465

2.2.6 Repræsentationsret og tegningsret, jf. selskabslovens § 135, stk. 1 og 2

Kapitalselskabet kan i forhold til en tredjemand løbe ind i situationer, hvor det ikke nødvendigvis er bestemt, hvem der er retmæssigt legitimeret til at kunne optræde på selskabets vegne i forhold til en tredjemand. Det er i den situation relevant at belyse repræsentationsret, tegningsret og forskellene herpå.⁸³

Repræsentationsret, jf. selskabslovens § 135, stk. 1, er i de situationer, hvor en af selskabets medlemmer ønsker at optræde på selskabets vegne. Denne repræsentationsret er med til at give bestyrelsen og direktionen en mulighed for at kunne mødes med en tredjemand og på denne måde optræde på selskabets vegne, men ikke en ret til at forpligte selskabet, jf. selskabslovens § 135, stk. 1.

Tegningsretten giver mulighed for at kunne forpligte selskabet, modsat repræsentationsretten, jf. selskabslovens § 135, stk. 2. Tegningsretten giver dermed medlemmerne i det centrale ledelsesorgan, mulighed for at kunne forpligte selskabet overfor en tredjemand. Det er hertil ikke muligt for medlemmer af tilsynsrådet at kunne opnå tegningsret, eftersom dette organ ikke har nogle ledelsesmæssige opgaver, men kun tilsyns- og kontrolopgaver at påse, jf. selskabslovens § 116.

Tegningsretten kan imidlertid ende med ikke kun at være et enkelt medlem af bestyrelsen eller direktionen der kan udøve, men kan som følge af selskabslovens § 135, stk. 3, kun udøves i forening af flere medlemmer hvis dette ønskes af selskabet. Dette er yderst anvendt i praksis da tegningsretten bliver afgrænset til, at det kun er nogle enkelte medlemmer der kan udøve tegningsretten eller disse skal udøves i forening. Tegningsretten kan dog imidlertid ikke fjernes for bestyrelsen derfor vil det være hele bestyrelsen der står inde med den tegningsret der udøves.⁸⁴

2.3 Business Judgement Rule

Business Judgement Rule er en rets grundsætning, der tildeler ledelsen en fejlmargen i forbindelse med deres skønskompetence. Reglen har sin oprindelse fra amerikansk ret og tilsiger, at domstolene skal være mere lempelige, ved de forretningsmæssige skøn, ledelsen foretager.

Ikke alle forretningsmæssige skøn vil kunne medføre erstatningsansvar. Skøn foretaget af en loyal og oplyst ledelse, vil som udgangspunkt ikke medføre erstatningsansvar, medmindre der kan statueres grov uagtsomhed. Baggrunden herfor er at bestyrelsen som udgangspunkt må antages at handle ud fra selskabets og kapitalejernes interesser. Det forretningsmæssige skøn, som ledelsen er tillagt, er en relevant kompetence i forbindelse med driften af selskabet.⁸⁵

Det afhænger af hvilke interesser ledelsen har handlet efter, hvor stor en fejlmargen der tillades før disse skøn medfører erstatningsansvar. Har de handlet ud fra egne interesser, vil fejlmarginen, der tillades være betydeligt mindre end hvis de har handlet efter selskabets.⁸⁶

Business Judgement Rule har også indvirkning i dansk ret, hvor den ofte betegnes som ledelsens forretningsmæssige skøn. Der tillades altså også skøn i forbindelse med de forretningsmæssige beslutninger ledelsen der skal træffes. Det fremgår således af betænkning 1498 af 2008 s. 38; at,

⁸³ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 518

⁸⁴ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 518f

⁸⁵ Søndergaard Birkmose, Neville og Engsig Sørensen: Selskaber – Aktuelle emner II (2019), s. 198

⁸⁶ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 634f

”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”.

Det forretningsmæssige skøn er flere gange nævnt i dansk retspraksis, og der vil i Kapitel III delafsnit 3.3 blive kigget nærmere ind i, hvor stor fejlmargen der tillades og således hvad betydning det forretningsmæssige skøn har i praksis, og om dette skaber en form for lempelse i ledelsesansvaret.

2.4 Håbløshedstidspunktet

Ledelsen i selskabet skal som nævnt tidligere, til enhver tid sikre at blandt andet selskabets kapitalberedskab er forsvarligt.⁸⁷ Bestyrelsen har samtidig til opgave at føre kontrol med selskabets økonomiske situation, hvor tilsidesættelse heraf kan være ansvarspådragende, jf. delafsnit 2.2.1

Såfremt de beslutninger og foranstaltninger ledelsen tager, medfører tab for selskabet, hvor fejlmarginen der tillades for det forretningsmæssige skøn ses overskredet, er det ikke utænkeligt at selskabet på sigt ender i en situation, hvor det ikke vil være forsvarligt at fortsætte driften.⁸⁸ Tidspunktet hvor selskabet burde være klar over, at den fortsatte drift ikke er en mulighed, beskrives af Erik Werlauff som håbløshedstidspunktet. Om håbløshedstidspunktet udtaler han: *”Der er tale om det tidspunkt, hvor det står eller bør stå klart for selskabets ledelse, at det er håbløst at videreføre selskabets drift, idet selskabet fra da af ikke kan reddes”.*⁸⁹

Situationer hvor selskabets fortsatte drift ikke ses mulig, kan eksempelvis være hvis selskabets indtægtsgrundlag igennem en længere periode har været usikkert og har været afhængig af tilskud eller sponsorater, jf. U1998.1137H (Fodbolddommen). Samtidig kan det også være situationen, hvor selskabets ordinære drift har givet underskud, hvor indtægter ved salg end ikke har dækket omkostningerne til samme, jf. U2007.497H (Calypso). Konsekvenser ved fortsat drift efter håbløshedstidspunktet, vil således være at ledelsen bliver personligt ansvarlig for nystiftet gæld efter dette tidspunkt. De bliver samtidig også ansvarlige overfor konkursboet, hvis underbalancen øges efter håbløshedstidspunktet, samt hvis der ikke disponeres forsvarligt over selskabets aktiver. Hvorvidt ledelsen i øvrigt har handlet ansvarspådragende, vil skulle afgøres ud fra en culpabedømmelse, hvor erstatningsansvar således vil være en mulighed, for at fortsætte driften af selskabet efter håbløshedstidspunktet er indtruffet.⁹⁰

⁸⁷ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 644

⁸⁸ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 644f

⁸⁹ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 645

⁹⁰ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 646

Kapitel III

Bestyrelsens culpaansvar

Dette afsnit vil tage udgangspunkt i en analyse af retspraksis, med det formål at give et overblik over, hvordan ledelsen kan ifalde erstatningsansvar efter selskabslovens § 361. Der vil blive inddraget forskellige sager fra Lands- og Højesteret, for at vise ledelsens culpaansvar. Dette vil deles op i fire delafsnit, hvor der først vil blive set på teorien for den grundlæggende culpabedømmelse. Dernæst vil der blive analyseret på, hvorledes særlovgivningen kan have indvirkning på culpabedømmelsen.

Kausalitetsbegrebet vil herefter blive analyseret i sammenhæng med selskabslovens § 361. Afslutningsvis vil der ud fra retspraksis blive vist tilfælde, som gør at bestyrelsen kan findes erstatningsansvarlige overfor kreditorer efter overtrædelse af selskabslovens § 361.

1.1 Den grundlæggende culpabedømmelse af ledelsen

Ledelsen er underlagt et culpaansvar, jf. selskabslovens § 361. Erstatningsansvarsloven har ingen forskrifter for ledelsens culpabedømmelse, da bedømmelsen er udviklet gennem retspraksis. Der er imidlertid en almindelig lempelsesregel efter erstatningsansvarslovens § 24, som kan få betydning for direktørens og andre ledende medarbejders erstatningsansvar.⁹¹

Hovedreglen for kapitalejerne er, at de ikke er ansvarlige eller hæfter for selskabets gæld, jf. selskabslovens § 1, stk. 2. Der findes dog i selskabsloven § 362 en regel om, hvornår kapitalejere alligevel kan findes erstatningsansvarlige. Kapitalejere kan kun findes erstatningsansvarlige såfremt de har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, jf. selskabslovens § 362.⁹²

Der er omstændigheder der kan gøre, at undtagelsen for kapitalejerne ikke kan anvendes. Dette er eksempelvis hvis kapitalejeren samtidig er stifter eller medlem af ledelsen, hvor kapitalejeren i så fald kan blive erstatningsansvarlig efter selskabslovens § 361, og kan findes ansvarlig for simpel uagtsomhed. Et yderligere eksempel er, hvis kapitalejeren har grebet ind overfor ledelsen af selskabet gennem instruktionsbeføjelse. I dette tilfælde vil kapitalejeren blive dømt på samme måde som ledelsen, efter selskabslovens § 361, hvor det af ordlyden fremgår *"Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalsekskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand"*. Kapitalejerne kan dermed dømmes ansvarlig, på samme måde som den resterende ledelse, efter den almindelige culparegel, som det fremgår af ordlyden i selskabslovens § 361.

1.2 Særlovens indvirkning på culpabedømmelse

Der vil i dette delafsnit blive analyseret, hvordan særlovgivninger kan få betydning for culpabedømmelsen. Der vil tages udgangspunkt i lov om finansiel virksomhed, som gælder for finansielle virksomheder, eksempelvis banker. Der vil her blive set på to konkrete sager, hvor lov om finansiel virksomhed er blevet overtrådt, samt hvordan det har påvirket Lands- og Højesterets bedømmelse.

Der findes i Selskabslovens § 361 ikke noget krav om retsstridighed, altså et krav om at den culpøse adfærd skal være udført ved overtrædelse af lov. Betydningen heraf ses eksempelvis i U2019.1908H (Capinordic), hvor retsstridighed ikke førte til erstatningsansvar, jf. selskabslovens § 361.

⁹¹ Werlauff: Erstatningsansvar i selskabsforhold (2016), s. 18

⁹² Werlauff: Erstatningsansvar i selskabsforhold (2016), s. 18

U2019.1908H (Capinordic). - *Sagen omhandlede en bestyrelsesformand, et bestyrelsesmedlem og en direktør i Capinordic, der havde pådraget sig erstatningsansvar efter bankens konkurs overfor engagementer, hvortil der var bevilliget udlån fra 2007 til 2009. Finansiell Stabilitet A/S overtog banken, efter den havde meddelt betalingsstandsning d. 11. februar 2010, hvor de overtog eventuelle erstatningskrav mod ledelsen. Finansiell Stabilitet gjorde i sagen gældende, at årsagen til bankens konkurs skyldtes ansvarspådragende handlinger eller undladelser, som dannede grundlag for erstatningsansvar underlagt en skærpet ansvarsnorm. Endvidere var det gjort gældende, at ledelsen skulle findes erstatningsansvarlige for en række konkrete lånesager. Finansiell Stabilitet gjorde blandt andet gældende, at der var sket overtrædelse af lov om finansiel virksomhed og regler fastsat i medfør heraf, herunder eksempelvis bankens kreditpolitik. Det afgørende var dog ikke, at dette var overtrådt, men om det havde været årsag til tab for banken.*

Det der lægges vægt på i landsrettens bedømmelse, er culpabedømmelsen efter selskabslovens § 361 og ikke at lov om finansiel virksomhed var overtrådt. Landsretten fandt efter en samlet gennemgang af bankens engagementer, at der ikke var grundlag for at anse bankens forretningsmodel som ansvarspådragende. Højesteret fandt ligeledes, at banken ikke havde været drevet på en sådan måde, at der kunne pålægges ledelsen erstatningsansvar. Der blev i stedet lagt vægt på de enkelte udlån, som banken havde foretaget, hvor Højesteret fandt dem erstatningsansvarlige i ni ud af elleve lån, grundet ledelsens ansvarspådragende handlinger og varetagelse af ikke nødvendige hensyn under disse. Landsretten udtalte hertil, at *"Sagsøgerne har på en række punkter gjort gældende, at der er sket overtrædelse af lov om finansiel virksomhed og regler fastsat i medfør heraf, såsom Bankens kreditpolitik", "Sådanne mulige overtrædelser indebærer ikke i sig selv, at de ansvarlige for overtrædelserne har pådraget sig erstatningsansvar" og slutteligt "Det afgørende er, om overtrædelserne har været årsag til et tab for banken"*.

Det fremgår af landsrettens bemærkninger, at overtrædelserne af lov om finansiel virksomhed kun er afgørende for erstatningsansvar, såfremt overtrædelserne direkte har været årsag til tab. Det lægges altså til grund, at til trods for at der ikke er handlet indenfor lov om finansiel virksomheds grænser, tillægges dette således mindre betydning, når erstatningsøgsmålet omhandler en overtrædelse af selskabslovens § 361.

Det ses i højesterets bemærkninger om betydning af eventuel overtrædelse af lovgivningen, bemærkes det at *"Banker er undergivet en omfattende regulering efter lov om finansiel virksomhed. Loven indeholder dog kun i begrænset omfang krav til bankers långivning og kreditvurdering. Det er i lovens § 70 fastsat, at bestyrelsen for så vidt angår bankens væsentligste aktivitetsområder skal udfærdige skriftlige retningslinjer, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion fastlægges. I § 71 er fastsat krav til bestyrelsens overordnede og strategiske funktioner samt krav til effektive former for virksomhedsstyring. Efter § 71 må der for hver enkelt finansiel virksomhed tages stilling til, hvilke foranstaltninger der skal træffes, for at reglerne er opfyldt. Finanstilsynet har i en vejledning beskrevet sin praksis vedrørende § 71. Bestemmelserne i § 70 og § 71 i lov om finansiel virksomhed opstiller krav til indretning og drift af en bank. Højesteret finder, at **bestemmelserne ikke har en sådan karakter, at en tilside-sættelse i sig selv vil være tilstrækkelig til at anse et ledelsesmedlem i en bank for erstatningsansvarlig.** For så vidt angår andre bestemmelser i den finansielle lovgivning må det bero på de hensyn, der ligger bag den enkelte bestemmelse, om en overtrædelse vil kunne indebære **erstatningsansvar** for et ledelsesmedlem i en bank."*

Bedømmelsen af om lov om finansiel virksomhed var overtrådt eller ej, var altså ikke i sig selv afgørende for, om bankens bestyrelse blev fundet erstatningsansvarlig. Det er i denne sag meget tydeligt, at der lægges vægt på, om selve lovovertrædelserne har været årsag til et tab.

Et yderligere eksempel på, hvorvidt overtrædelse af særlovgivningen kan betyde erstatningsansvar, kan findes i Eik Bank sagens bedømmelse i Landsretten.

B-1088-12 Østre Landsret (Eik bank) – *Denne sag omhandlede Eik banks drift fra 2005 til september 2010, hvor Finansiell Stabilitet overtog banken. Finansiell Stabilitet gjorde herefter gældende at der var handlet uansvarligt i henhold til bankens generelle indretning og drift, samt tab på konkrete erhvervsudlån, hvorefter Finansiell Stabilitet gjorde krav på kr. 250 mio. fra bankens tidligere direktører samt bestyrelse.*

Det fremgik af sagen, at grundet de store risici der var forbundet med den generelle drift og indretning, herunder at banken havde en sårbar kreditfunktion og manglede funktionsadskillelse mellem kundevedtøede aktiviteter og kontrolfunktioner. Østre Landsret fandt dog at grundet bankens høje risikoprofil, var der ikke grundlag for at finde ledelsen erstatningsansvarlig.

På de konkrete engagementer blev det dog fundet, at en del af ledelsen var erstatningsansvarlige på særligt risikofyldte udlån. Det blev derudover fundet, at der i ledelsen var handlet ansvarspådragende grundet mangelfuld kontrol og administration af bevillinger i engagementerne. Det var af Finansiell Stabilitet gjort gældende, at der havde været tale om en overtrædelse af aktieselskabslovens § 54 og §§ 70 og 71 i lov om finansiel virksomhed. Disse regler omhandler forskellige krav til de overordnede og strategiske funktioner af bestyrelsen, samt krav til virksomhedsstyring. Bestemmelserne fastsatte imidlertid kun i begrænset omfang, hvad der måtte anses for uforsvarlig drift af en bank.

Landsretten bemærker hertil, at *“bestemmelsen må undergives en sædvanlig fortolkning i overensstemmelse med navnlig lovens ordlyd, formål og forarbejder, og at en eventuel fravigelse af den nævnte vejledning – der ikke er retligt bindende – ikke i sig selv er tilstrækkelig til at anse bankens ledelsesmedlemmer for erstatningsansvarlige.”*

Betydningen af overtrædelser af lovgivningen blev altså fundet mindre vigtig, da de ikke ved overtrædelse fastlægger et erstatningsansvar. Det afgørende for disse overtrædelser er udelukkende, om de har været årsag til et påregneligt tab, hvoraf det kan konkluderes, at der må lægges vægt på de hensyn, som ligger bag lovbestemmelserne, når det skal vurderes hvorvidt en overtrædelse vil medføre erstatningsansvar.

1.3 Kausalitet i selskaberstatningsretten

Selskaberstatningsretten har på samme vis, som i almindelig erstatningsret krav om kausalitet, altså årsagsammenhæng mellem den culpøse handling og tabet der er sket. Bliver der ikke påvist at forsømmelsen har været årsag til et tab, skal skadevolderen altså frifindes. Det er derfor et krav at sagsøgeren udover at påvise culpa, også skal påvise kausalitet. Forelægger der egen skyld eller accept af risiko hos skadelidte, vil der ikke kunne statueres erstatningsansvar.⁹³

Gennem retspraksis findes en række eksempler på, at der frifindes grundet manglende kausalitet, her ses eksempelvis U1997.707H, hvor en bestyrelsesformand blev frifundet efter påstand om overtrædelse af aktieselskabslovens § 140.

U.1999.707H (Future Advance) – *På et bestyrelsesmøde i april 1990, blev bestyrelsesformanden bemyndiget til at forvalte Future Advance 10 A/S's (herefter: Future Advance) kapital, ved investering i obligationer eller på aftaleindskud. Bestyrelsesformanden anbragte herefter i december 1991, alle selskabet midler som*

⁹³ Werlauff: Erstatningsansvar i selskabsforhold (2016), s. 42

pengemarkedsindskud i Lannung Bank, som efter aftale med Lannung Bank d. 6. februar 1992, blev bundet i et år. Lannung Bank blev erklæret konkurs d. 1. oktober 1992, hvilket medførte stort tab for Future Advance.

Det tab, der gøres gældende af sagsøger, må anses for at være en følge af dette forløb og de ændrede omstændigheder herefter, således som tabet blev konstateret ved bankens sammenbrud i december måned 1992. Tabet må derfor henføres til bestyrelsens efterfølgende beslutning og ikke til aftalen af 18. december 1991.

Det fremgår af dommen, at Future Advance blev påført et tab grundet bestyrelsesformandens disposition, hvilket opstod som følge af, at alle selskabsmidler blev placeret i Lannung Bank, hvem efterfølgende gik konkurs. Future Advance mente på den baggrund, at bestyrelsesformanden forsætligt eller uagtsomt havde påført selskabet et tab, hvorfor de anså bestyrelsesformanden for at have handlet ansvarspådragende, jf. aktieselskabslovens § 140. Future Advance gjorde således krav mod bestyrelsesformanden, for hele tabet lidt ved konkursen af Lannung Bank, sagsanlægget herfor blev godkendt på generalforsamlingen d. 4. september 1995, jf. aktieselskabslovens § 144.

Landsretten fandt at bestyrelsesformanden havde indgået aftalen om det kontante indskud, velvidende at indskuddet var begrundet i andre hensyn end Future Advance interesser, samt at aftalen indebar brud på retningslinjer om anbringelsen af kapitalen i obligationer. Der var desuden handlet i strid med bestyrelsesbeslutningen truffet d. 6. december 1991, hvor det blev aftalt, at ved udløb af deres norske obligationer, skulle beløbet anbringes i danske obligationer. Derudover måtte anbringelsen af den samlede frie kapital i ét engagement, anses for at være usædvanlig og meget risikobetonet. Landsretten bemærkede hertil at *“Det tab, der gøres gældende af sagsøger, må anses for at være en følge af dette forløb og de ændrede omstændigheder herefter, således som tabet blev konstateret ved bankens sammenbrud i december måned 1992. Tabet må derfor henføres til bestyrelsens efterfølgende beslutning og ikke til aftalen af 18. december 1991.”*, hvorfor bestyrelsesformanden blev frifundet.

Endvidere fremgår det af sagsfremstillingen, at der d. 6. februar 1992, telefonisk af andet medlem af bestyrelsen, var givet tilslutning til beslutningen om investeringen. Tabet måtte derfor anses som en følge af et ændret forløb, hvorfor tabet måtte henføres til efterfølgende beslutninger i bestyrelsen og ikke af bestyrelsesbeslutningen i december 1991. Det kunne ikke lægges til grund at bestyrelsesformanden på egen hånd havde godkendt indskuddet i Lannung Bank, da bestyrelsen havde godkendt en ændring af vilkårene for anbringelsen, måtte tabet være en følge af det ændrede forløb. Højesteret fandt på den baggrund, at til trods for at bestyrelsesformanden havde anbragt hele kapitalen på en aftalekonto i én bank, der efterfølgende gik konkurs, kunne der ikke findes at være sammenhæng mellem den culpøse handling og tabet, grundet den senere godkendte ændring i Future Advance vilkår for anbringelse. Tabet kunne derfor ikke sættes forbindelse med investeringen i december 1991, men i stedet med de ændrede omstændigheder efter generalforsamlingen af d. 21. august 1991. Ledelsen vurderede her at en fornuftig indtjening måtte betinges af en ændret investeringsstrategi, hvorfor Højesteret på den baggrund stadfæstede Landsrettens dom og frifandt bestyrelsesformanden.

Dommen viser at på trods af en forvaltning af midler, som i en grad har været uansvarlig, frifindes bestyrelsesformanden. Det kan tillige ses, hvad der kan lægges til grund for frifindelsen, da det grundet omstændighederne udgjorde en samlet bestyrelsesbeslutning. Det kunne anses herfor, til trods for at den specifikke

investering ikke var godkendt af hele bestyrelsen, at beslutningen var i overensstemmelse med bestyrelsens planlagte strategi.

Af nyere retspraksis kan ses U2015.2075H (Memory Card), hvor manglende kausalitet førte til frifindelse.

U 2015.2075 H (Memory Card) - *Dommen omhandler selskabet Memory Card Technology A/S (herefter: Memory Card), der i 2001 blev begæret konkurs. Memory Card begærede konkurs, da deres strategi omfattede opbygning af et stort varelager, med forventning om prisstigning på produkterne, hvilket hovedsageligt var finansieret gennem store banklån i USD, ikke lykkedes. Det fremgik af de aflagte årsregnskaber, at de optagede lån ikke kunne betales tilbage ved almindelig drift. Memory Card forsøgte at opnå kapitaltilførsel gennem notering på den amerikanske børs NASDAQ, men grundet det såkaldte it-boble brast i foråret 2000, som medførte kraftige kursfald, faldt råvareprisen i løbet af det følgende halve år til ca. en fjerdedel, samtidig med at USD-kursen steg og blev derfor ikke gennemført. Selskabet meddelte i fondsbørsmeddelelse af 6. november 2000, at egenkapitalen med stor sandsynlighed var tabt, grundet kurstab og værdiforringelse af varelageret. Konkursboet anlagde sag mod direktøren, revisoren og Memory Cards bestyrelse, med krav om erstatning for fortsat drift af selskabet, efter tidspunktet hvor driften burde have været indstillet eller tilpasset. Konkursboet krævede erstatning for tabet opgjort til mindst kr. 100 mio., af det samlede tab på godt kr. 500 mio.*

Memory Cards direktør, var dømt for groft bedrageri efter straffelovens § 279, i en tidligere straffesag ved Landsretten, for at have foretaget uberettigede opskrivninger af selskabets varelager og angivet fiktive tilgodehavender for Memory Card ved regnskabsmanipulation. Landsretten kom frem til, at eftersom direktøren tidligere var dømt for bedrageri, fandtes det bevist at han havde handlet ansvarspådragende overfor selskabet, hvorfor konkursboet kunne gøre erstatningskrav gældende. Ligeledes blev revisoren fundet erstatningsansvarlig og blev solidarisk ansvarlig sammen med direktøren, for betaling af konkursboets krav på kr. 100 mio.

Formanden og den menige bestyrelse frifandtes, eftersom Landsretten hertil udtalte, at bestyrelsen var berettiget til at gå ud fra, at revisionen udførte deres opgaver efter reglerne og at der på den baggrund ikke var anledning til at statuere erstatningsansvar overfor konkursboet, da de i øvrigt ikke havde handlet uagtsomt. Der blev desuden lagt vægt på at bestyrelsen havde sikret en forsvarlig organisation, forretningsorden og ansvarsopdeling mellem de forskellige organer i selskabet.

Revisoren ankede landsretsdommen til Højesteret, hvor konkursboet samtidig ankede dommen vedrørende bestyrelsesformandens erstatningsansvar. Det bemærkes af sagsfremstillingen vedrørende revisoren at *”Långivningen og det deraf følgende tab er i væsentligt omfang udtryk for en chancebetonet og meget risikovillig kreditgivning baseret på andet end de reviderede regnskaber, og det må føre til, at konkursboets krav mod revisionen må bortfalde som følge af bankernes accept af risiko og egen skyld og den deraf følgende manglende årsagssammenhæng mellem revisionens adfærd og det mulige tab.”*

Højesteret fandt så vidt angår revisionens erstatningsansvar, at de havde handlet erstatningspådragende, men da det imidlertid ikke var godtgjort, at der var årsagsforbindelse mellem de erstatningspådragende fejl og det tab Memory Card havde lidt, blev de frifundet for ansvar. Bestyrelsesformandens dom fra Landsretten blev stadfæstet og blev ligeledes frifundet for erstatningsansvar.

Det fremgår af de to ovenstående domme, at manglende årsagsforbindelse har ført til frifindelse. Dette tilføjer afsnittet om generel erstatningsret værdi, da det stemmer overens med præmisserne for at ifalde et

erstatningsansvar heri. Det er set i dette delafsnit, at der til trods for culpøs adfærd, altså bliver frifundet grundet manglende kausalitet.

1.4 Ledelsens erstatningsansvar overfor kreditorer

Dette afsnit vil beskrive nogle af de tilfælde, hvor ledelsen yderligere kan ifalde erstatningsansvar overfor selskabets kreditorer. Opstår der eksempelvis et tilfælde, hvor der sker en overtrædelse af selskabsloven § 361, stk. 1, nr. 1, vil det såfremt selskabet er solvent, være generalforsamlingen der anlægger sag mod ledelsen. Er selskabet derimod under konkurs, vil det være konkursboet der anlægger sag. Konkursboets tab kan i tilfælde opgøres som en forøgelse i underbalancen, hvor ledelsen ved fortsat drift af selskabet har forøget passiverne eller mindsket værdien af aktiverne ved en culpøs handling. En skade kan også være påført af en tredjemand, jf. selskabslovens § 361, stk. 1., nr. 2. I dette tilfælde, vil det være de enkelte kreditorer, som anlægger sag. Der findes altså en række tilfælde, hvorpå ledelsen kan blive ifalde erstatningsansvar.⁹⁴ Ledelsen vil endvidere kunne findes erstatningsansvarlig, hvis deres culpøse adfærd har været skyld i en forminskelse af aktiver, som har medført konkurs. Det fremgår eksempelvis af U2013.1273V (Star Finans), hvor selskabets konkurs skyldtes direktørens uforsvarlige forvaltning af virksomhedens aktiver.

U2013.1273V (Star Finans) – *Konkursboet i Star Finans ApS anså, at selskabets konkurs skyldtes direktørens uforsvarlige forvaltning af virksomhedens aktiver i selskabet. Direktøren havde solgt selskabets aktiver, goodwill m.v. og derudover at have overdraget samtlige anparter i selskabet til et engelsk selskab. Efter at selskabet som følge af overdragelse og salg af aktiver gik konkurs, blev der anlagt sag mod direktøren, med påstand om at han som direktør var erstatningsansvarlig.*

Det var i denne sag direktøren, som udgjorde selskabets ledelse og dermed stod for at selskabets aktiver, blev anvendt til dækning af kreditorer. Direktøren burde have konkursbegæret selskabet, i stedet for løse problemstillingen ved at sælge selskabets aktiver, hvilket må anses for uforsvarligt. I dette tilfælde valgte direktøren, i stedet for at forvalte disse aktiver på forsvarlig vis overfor selskabets kreditorer, at sælge alle aktiver til et andet selskab i et forsøg på at redde selskabet. Det bemærkes i Landsrettens begrundelse at *“Det påhvilede i denne situation selskabets ledelse, der bestod af G som direktør, at sikre, at selskabets aktiver blev anvendt til dækning af kreditorerne i overensstemmelse med konkurslovens regler”*.

Direktøren havde således ikke opfyldt sin forpligtelse omkring forsvarlig forvaltning af virksomhedens aktivitet, grundet forminskelsen af aktiver ved salget. Da selskabet var insolvent og det ikke stod til at redde, skulle direktøren altså have brugt selskabets aktiver, til at dække kreditorerne i selskabet i overensstemmelse med konkurslovens regler. Direktøren blev dermed fundet ansvarlig jf. selskabslovens § 361, stk. 1.

Ledelsen vil ligeledes kunne findes erstatningsansvarlige, såfremt deres culpøse adfærd har været skyld i en forøgelse af passiver, som efterfølgende har medført konkurs. Et eksempel herpå er U1998.1137H (Fodbolddommen), hvor handlepligten i forbindelse med kapitaltab blev tilsidesat. Ledelsens handlepligt ved kapitaltab blev tilsidesat i forbindelse med generalforsamlingen 4. april 1989, hvilket var medvirkende til selskabets tab og virkede som en skærpende omstændighed i relation til ledelsesansvaret.

Højesteretten fastslog at selskabet burde have været indstillet på generalforsamlingen d. 4. april 1989, hvorefter fremlæggelsen af det underskudsbetonede regnskab, burde have stået ledelsen klart at fortsat drift af selskabet ville medføre yderligere tab. Den samlede bestyrelse må antages ved fremlæggelse af regnskabet,

⁹⁴ Werlauff: Erstatningsansvar i selskabsforhold (2016), s. 22p

at være blevet bekendt med den alvorlige situation. Til trods for indtægtsførte ikke realiserede rettigheder, var underskuddet stort og egenkapitalen var tabt. Det bemærkes her i højesterets begrundelse, at *“Højesteret tiltræder, at konkursboet kan gøre det erstatningsansvar gældende, som bestyrelsens medlemmer måtte have pådraget sig ved uforsvarligt at fortsætte selskabets drift.”* Og *“Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltrædes det endvidere, 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 fortsætte driften.”*

Det fremgår således at konkursen skyldes bestyrelsens uforsvarlige drift af selskabet, som har påført et yderligere tab, hvorved bestyrelsesmedlemmerne blev erstatningsansvarlige.

Delkonklusion

Det kan ud fra dette afsnit konkluderes, at bestyrelsesansvaret ligger indenfor den almindelige culpanorm. Der er i dette afsnit blevet set på lov om finansiel virksomhed og dens betydning i sager, hvor ledelsen er underlagt denne lov. Det kan ud fra retspraksis konkluderes, at i erstatningsretlige sager, bliver dette ikke tillagt betydning i denne forbindelse, medmindre overtrædelserne har direkte tilknytning til tabet.

Det vil helt grundlæggende altid tage udgangspunkt i, at bestyrelsens ageren enten har forøget selskabets passiver eller omvendt formindsket selskabets aktiver, hvilket derudfra har medført en konkurs.

Denne culpabedømmelse er underlagt en række forudsætninger, hvor der ses flere punkter, som domstolene skal tage højde for, end ved almindelige erstatningsretlige sager, hvilket blandt andet omfatter de forskellige særlovgivninger, man som ledelse er underlagt. Dette afviger ikke i sig selv fra, at det skulle være en almindelig culpabedømmelse som tidligere fastlagt, da det samtidig følger af culpanormen, at der først ifaldes erstatningsansvar, når den culpøse adfærd afviger fra det anerkendte adfærdsmønster.

Samtidig er alle de grundlæggende ligheder stadig til stede, som eksempelvis kausalitetskravet, som her i afsnittet er blevet analyseret set i selskabsforhold.

Bestyrelsesansvaret som professionsansvar

Dette afsnit vil tage udgangspunkt i en analyse af retspraksis, med formålet at give et overblik over bedømmelsen af bestyrelsens erstatningsansvar. Der vil blive set nærmere på, hvorledes der foreligger en skærpet culpabedømmelse af bestyrelsesansvaret, således at dette kan anses som et professionsansvar. Først vil der blive set nærmere på betydningen af bestyrelsens faglighed, hvorefter adfærdsnormen for bestyrelsen vil blive analyseret, for at give et bedre indblik i hvornår bestyrelsen har handlet uforsvarligt. Dette skyldes netop at der er flere perspektiver der skal tages hensyn til, i forhold til i den "almindelige erstatningsretlige culpabedømmelse".

2.1 Bestyrelsens faglighed

Ansvarsbedømmelsen påvirkes, som tidligere nævnt i delafsnit 1.1, hvilket også er et karakteristika ved professionsansvaret, der er karakteriseret ved at personer med særlig faglig uddannelse, har et større ansvar indenfor deres fag. Der har været en udvikling af bestyrelsens opgaver gennem tiden, tidligere førte bestyrelsen mest blot tilsyn med direktionen, hvorimod der i dag anvendes en mere aktiv ledelsesmodel, da denne hjælper selskaberne til at agere smartere og dermed formindsker fejlskøn ved beslutningstagningen. Dette kræver at bestyrelsen er langt mere aktiv, hvilket også gælder et tættere samarbejde med direktionen. Det er dermed også en forudsætning, at bestyrelsen er kvalificeret, hvilket sætter højere krav til bestyrelsens faglighed, for at direktionen kan drage nytte heraf. Den daglige ledelse er imidlertid stadig direktionens opgave at varetage. Det fagligt stærke bestyrelsesmedlem kan samtidig have et større grundlag for at indse givne problemstillinger, som ellers ikke vil have været indset, af et mindre fagligt stærkt bestyrelsesmedlem. Der er altså i dag i mange virksomheder, et større krav til bestyrelsens faglighed, hvilket kan kvalificere til en skærpet adfærdsnorm. Konsekvensen heraf kan være ikke ubetydelige, da det kan sætte større krav til bestyrelsesmedlemmernes kvalifikationer.⁹⁵

Ovenstående teoretiske udgangspunkt om bestyrelsens faglighed, har set anvendelse i retspraksis, hvor domstolene har givet sit syn på, hvorvidt bestyrelsesmedlemmer kan dømmes efter et professionsansvar grundet deres faglighed. Dette ses eksempelvis i Roskilde Bank sagen, hvor Finansiell Stabilitet forsøgte at få bestyrelsesmedlemmer dømt under en skærpet ansvarsnorm.

B-1291-10 & B-1851-10 Østre Landsret (Roskilde Bank) - *Roskilde Bank sagen omhandlede medlemmerne af direktion, bestyrelse samt den eksterne revisions erstatningsansvar, grundet bankens drift fra 2005 til august 2008, hvor banken blev erklæret konkurs. Der blev rejst et samlet erstatningskrav på kr. 1 mia. mod medlemmer af bestyrelsen og direktion. Det blev overordnet anført, at ledelsen havde handlet uforsvarligt ved driften af banken, hvor især 10 engagementer blev fremhævet. Landsretten fandt at der var kritisable forhold, hvilket især drejede sig om bankens strategi og kritisable eksponering i ejendomsbranchen, hvoraf der dog ikke fandtes grundlag for at ledelsen havde drevet banken uforsvarligt. Derimod fandt Landsretten vedrørende udlånene til store engagementer, hvoraf der ikke var foretaget kreditvurdering, at disse forhold havde været ansvarspådragende.*

Af sagen fremgik det, at der for bankens bestyrelsesmedlemmer skulle gælde et professionsansvar eller skærpet ansvarsnorm, grundet bestyrelsens faglighed, hvilket rejser spørgsmålet om ledelsens culpabedømmelse. Af sagen fremgår det, at Finansiell Stabilitet fremhævede at "Ansvarsbedømmelsen i forhold til direktionen i et pengeinstitut er streng og skærpet som følge af professions krav og de skærpede krav til drift og indretning af et

⁹⁵ Ballegaard: Når bestyrelsen skaber værdi (2014), s. 17 ff.

pengeinstitut, der gælder i henhold til lov om finansiel virksomhed.” og ”Hver især har medlemmerne af bestyrelsen haft sådanne individuelle forudsætninger, at ansvarsbedømmelsen ikke kan lempes, men tværtimod må blive skærpet.” Det ses således at Finansiell Stabilitet ønskede at få ledelsen dømt under en strengere ansvarsbedømmelse, grundet deres individuelle forudsætninger, som fagligt veluddannede bestyrelsesmedlemmer.

Landsretten går imidlertid ind og tager stilling til netop dette, hvor der under Landsrettens begrundelse udtale følgende vedrørende ansvarsgrundlaget for ledelsen: *”Aktieselskabslovens § 140, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, bygger på et almindeligt culpaansvar. Der er hverken i bestemmelsens ordlyd, lovgivningen i øvrigt, teori eller praksis grundlag for at fastslå, at der gælder et skærpet ansvar for direktion og bestyrelse i en bank, herunder i form af et særligt professionsansvar. Ansvar for det enkelte ledelsesmedlem må imidlertid på sædvanlig vis vurderes i lys af den særlige indsigt, den pågældende eventuelt måtte have.”*

Bankens ledelse kunne ifølge Landsretten hverken dømmes under et professionsansvar eller en strengere culpanorm, da Landsretten lagde til grund, at selskabslovens § 361, stk. 1., ikke skaber grundlag for mere end et almindeligt culpaansvar. Dette resulterede i, at der på trods af de kritisable forhold i forbindelse med driften af banken, ikke kunne statueres erstatningsansvar for uforsvarlig drift.

Denne dom viser altså et tydeligt eksempel fra retspraksis, hvor omstændighederne omkring bestyrelsens faglighed, gør at et professionsansvar ellers kunne være oplagt. I denne sag, har der været tydeligt at bestyrelsen var yderst fagligt kompetente, men Landsretten afviser at denne omstændighed ville medføre at der er tale om et professionsansvar. Denne dom kan altså vise et eksempel på, at domstolene er afvisende overfor krav, hvor bestyrelsen og direktionen skal dømmes under en skærpet ansvarsnorm eller professionsansvar, hvorfor dette kan afvises. Landsretten tillægger således ordlyden af selskabslovens § 361 stor betydning, hvoraf culpaansvaret netop fremgår. Det fremgår således at bestyrelsesmedlemmer og direktionen kun vurderes, ud fra det de burde have vidst, samt hvorledes de burde have handlet ud fra den adfærdsnorm, som de er underlagt grundet omstændighederne.

2.2 Bestyrelsens adfærdsnorm

Adfærdsnormen bestyrelsesmedlemmer vurderes ud fra er essentiel at fastlægge, da man herved kan finde ud af hvorvidt bestyrelsen har handlet uforsvarligt, hvilket tillige ses beskrevet i delafsnit 1.1. Udover bestyrelsens faglighed, har eksempelvis selskabsloven og lov om finansiel virksomhed, i de tilfælde hvor den finder anvendelse, ligeledes stor indvirkning herpå. Selskabsloven og lov om finansiel virksomhed har, foruden vurderingen om bestyrelsens faglighed, stor indvirkning, da der oftest stiller en række yderligere krav til, hvad man skal forholde sig til som ledende medlem i et selskab. Med det ansvar der til bestyrelsen gennem lovgivningen er givet, er det samtidig nødvendigt at fastlægge normen for, hvornår disse lovgivninger er overtrådt, da culpanormen ellers ikke vil kunne fastlægges. Ledelsen har i dag gennem lovgivningen en række ansvarsområder tillagt, som kan have indflydelse på bestyrelsesmedlemmers adfærdsnormer. Her kan de eksempelvis stilles ansvarlige for at apportindskud ikke er til skade for selskabet eller kapitalejere, jf. selskabslovens § 38, stk. 2. Erhvervelse af aktiver fra stiftere, kapitalejere og medlemmer af kapital selskabets ledelse ikke er til skade for selskabet, dets kapitalejere eller kreditorer jf. selskabslovens § 42. De er derudover som tidligere nævnt i afsnittet omkring generel selskabsret ansvarlige for at sikre en forsvarlig organisation af virksomheden jf. selskabslovens § 115.

Ansvar som disse gør, at der stilles specifikke krav til hvordan ledelsen skal agere, hvilket gør at det ligner en skærpet bedømmelse.

Det ses samtidig her at bestyrelsen i lov om finansiel virksomhed, underlagt nogle krav, som er med til at underbygge en specifik adfærdsnorm.

I lov finansiel virksomhed § 70, nævnes en række pligter man som bestyrelse i finansiel virksomhed, finansiel holding virksomhed og forsikringsholdingsvirksomhed skal påtage sig. Herefter kan der i lov om finansiel virksomheds § 71 findes, hvad en finansiel virksomhed skal under deres virksomhedsstyring. Værdien af disse lovgivninger har dog mindre betydning, når der skal bedømmes et erstatningsansvar, hvilket ses beskrevet i tidligere afsnit delafsnit 1.2, hvor lov om finansiel virksomhed har en mindre betydning, såfremt overtrædelse heraf ikke er direkte årsag til tabet.

Ud fra de pligter der er for ledelsesmedlemmer ved lov i finansiel om virksomheds §§ 70 og 71, samt selskabslovens pligter for ledelsen, kan der sættes spørgsmålstegn ved, hvorvidt det peger mod et professionsansvar.

Culpanormen blev understreget ved Højesterets begrundelse og resultat i U2019.1908H (Capinordic), omkring grundlaget for erstatningsansvar i ansvarsgrundlaget, hvor det fremgår af Højesterets bemærkninger: *"Af den dagældende aktieselskabslovs § 140, 1. pkt., fremgår, at bestyrelsesmedlemmer og direktører, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet selskabet skade, er pligtige at erstatte denne. Bestemmelsen, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, 1. pkt., fastsætter et almindeligt culpaansvar. Der er ikke i lovgivningen i øvrigt eller efter retspraksis grundlag for at fastslå, at der gælder en skærpet ansvarsnorm for ledelsesmedlemmer i en bank."*

Dommen understreger, ligesom Roskilde Bank dommen, at der er tale om et almindeligt culpaansvar og ikke et professionsansvar. Det ses endvidere i U2019.1908H (Capinordic), at fastlæggelsen af adfærdsnormen ud fra lovgivningen er besværliggjort, da en overtrædelse af særlovgivningen ikke er ensbetydende med et erstatningsansvar, hvortil Højesteret i dommen udtaler; *"bestemmelserne ikke har en sådan karakter, at en tilsidesættelse i sig selv vil være tilstrækkelig til at anse et ledelsesmedlem i en bank for erstatningsansvarlig"*.

Det må derfor lægges til grund, at det i hver sag er nødvendigt med en nøje individuel vurdering, hvor der ses på adfærden i de individuelle tilfælde. Før der kan dømmes for overtrædelse af selskabslovens § 361, skal ledelsen ikke blot have overtrådt en pligt i selskabsloven eller lov om finansiel virksomhed, men den udviste adfærd skal samtidig have en vis grad af forsæt eller uagtsomhed, som kan tilregnes tabet før der kan dømmes et erstatningsansvar.⁹⁶

Der må således i hver sag vurderes om adfærden har været ansvarspådragende, da adfærdsnormen må anses som værende forskellig fra sag til sag. Bedømmelsen vil altså være forskellig ud fra det anerkendte adfærds-mønster, som man er underlagt. Dette betyder at selvom man ikke er underlagt et ansvar på baggrund af sin profession, ville man stadig være underlagt et ansvar ud fra det adfærds-mønster ens kvalifikationer retfærdiggøre. Her vil adfærds-mønstret netop være forskelligt, om man er bestyrelsesmedlem i en stor bank med stort fagligt kendskab, eller om man er bestyrelsesmedlem i et mindre selskab.⁹⁷

2.3 Betydning for bedømmelsen at det ikke er et professionsansvar

Det er i foregående afsnit fastlagt, at ledelsens erstatningsansvar ikke er et professionsansvar. Det understreger samtidig at det er et almindeligt culpaansvar, hvorfor der nu vil blive set nærmere på, hvilken betydningen dette har for bedømmelsen af ledelsesansvaret.

⁹⁶ Fode: Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger (2020), s. 84

⁹⁷ Fode: Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger (2020), s. 90

Det fremgår af Roskilde Bank og Capinordic dommene at ledelsen ikke er underlagt en lige så streng bedømmelse, som hvis det var et professionsansvar, hvilket kan have forskellige fordele for ledelsen. Blev ledelsesansvaret i stedet i dommene anset som et professionsansvar ville der falde dom så snart der færdes ved siden af adfærdsnormerne, da individuelle undskyldningsgrunde ikke eksistere i professionsansvaret, hvilket derimod gør sig gældende ved culpaansvar, hvor individuelle undskyldningsgrunde kan føre til frifindelse.⁹⁸ Dette er set i flere domme, hvor enkeltstående fejl ikke har været ansvarspådragende for de tiltalte, dette kommer blandt andet til udtryk i U2014.345H (Charteraftalen).

U2014.345H (Charteraftalen) - *Direktøren havde været direktør i de succederende selskaber, hvor en anden ansat havde været ansvarlig for ombygning af et skib, med det formål at opnå en charteraftale. Efter ombygningen af skibet opstod der dog vanskeligheder, da de ikke kunne få farttilladelse for skibet, da myndighederne ikke havde fået nødvendigt dokumentationsmateriale. Bestyrelsen lagde dermed sag an mod direktøren, da direktøren havde formået at indhente farttilladelsen, samt at orientere bestyrelsen herom.*

Direktør blev ikke fundet erstatningsansvarlig på trods af enkeltstående fejl, da han ikke havde tilvejebragt den myndighedstilladelse, der var nødvendig for selskabets opfyldelse af den indgåede charteraftale.

Hovedspørgsmålet var i denne dom, om direktøren havde handlet ansvarspådragende, da han burde have bidraget til, at myndighederne havde fået de relevante dokumenter til opnåelse af den nødvendige tilladelse. Direktøren burde ligeledes have orienteret bestyrelsen om problemerne.

Det blev anført at direktøren havde forsømt at udfærdige en erklæring om succession, samt undladt at følge op på budgetter og orientere bestyrelsen om virksomhedens økonomiske situation. Disse forsømmelser af direktøren blev imidlertid ikke anset af Højesteret til have haft den nødvendige kausalitet til tabet det medførte. Højesteret bemærker dog hertil at *“Det må imidlertid antages, at der på det tidspunkt, hvor direktøren fratrådte, stadig var tilstrækkelig tid til at få fremskaffet og indsendt det relevante dokumentationsmateriale, således at dispensationen kunne have foreligget i tide.”* endvidere udtaler Højesteret at *“Efter en samlet vurdering finder Højesteret, at de nævnte fejl ikke har været af en sådan grovhed og ikke har haft en sådan betydning for det påberåbte tab, at der er grundlag for at pålægge direktøren erstatningsansvar.”*

Direktøren blev således frifundet for erstatningsansvar, da indhentelsen af farttilladelsen ikke var til hindring for at fremskaffe den manglende tilladelse, grundet skibets særlige sejlads ved Grønland og Antarktis i sommerperioderne, hvor en dispensation for tilladelsen samtidig kunne være opnået. Højesteret finder at disse enkeltstående fejl var af mindre betydning, hvilket førte til frifindelse på trods af at direktørens fejl, da fejlene ikke var af en grovhed, der gav grundlag for at pålægge et erstatningsansvar.

Det kan udledes af dommen, hvorledes direktørens enkeltstående fejl kan få betydning for et eventuelt erstatningsansvar. Højesteret finder her at fejlene er af mindre væsentlighed, hvorfor direktøren altså frifindes. Hvorvidt enkeltstående fejl kan anses som en individuel undskyldningsgrund, ses ligeledes i den tidligere behandlede dom, U2015.2075H (Memory Card). Memory Cards konkurs skyldtes blandt andet direktørens uberettigede opskrivninger af varelageret, samt angivelse af fiktive tilgodehavender, hvilket resulterede i at regnskabet fremstod bedre end det reelt var, hvoraf selskabets blev fortsat på fejlagtigt grundlag.

Det fremgik af sagen, at selskabets revisorer ved revisionsgennemgangen i forbindelse med optagelse på NASDAQ, burde have opdaget problemstillingen vedrørende værdiansættelsen af varelageret, hvorfor

⁹⁸ Werlauff: Selskabsret (2016) s. 611

Højesteret fandt at revisorerne havde handlet ansvarspådragende. Ud fra bestyrelsesmøde referater, fra møder hvor revisionen var til stede, fremgik det endvidere at der flere gange blev stillet spørgsmål fra bestyrelsen, hvor revisionen og direktøren besvarede dem på en sådan måde, at bestyrelsen måtte gå ud fra at der ikke var problemer med opgørelsen af varebeholdningen. Revisionen gav desuden udtryk for, at de efter drøftelse med direktøren omkring usikkerheden ved værdiansættelsen, ved stikprøver havde konstateret at lagerbeholdningen var forsvarlig.

Landsretten udtalte hertil, at bestyrelsen var berettiget til at gå ud fra, at revisionen udførte deres opgaver efter selskabets regnskabspraksis og at der på den baggrund, grundet deres organisering og forretningsordning, ikke var anledning til at statuere erstatningsansvar overfor konkursboet, da de i øvrigt ikke havde handlet uagtsomt. Landsretten lægger således vægt på, at virksomheden ellers var drevet på forsvarlig vis, samt at bestyrelsens kritiske og velforberejede tilgang til bestyrelsesmøderne, medførte at de havde varetaget deres pligter.

Ved Landsretten blev der ligeledes taget stilling til bestyrelsesformandens ansvar. Det fremgår som nævnt, at bestyrelsesformanden havde modtaget en mod direktøren rettet kritik, hvilken han ikke oplyste de øvrige bestyrelsesmedlemmer om. Landsretten udtaler hertil i deres bemærkninger: *"Det må altid give anledning til overvejelser, når et selskabs økonomidirektør siger op efter kort tids ansættelse på grund af uenighed med selskabets administrerende direktør om regnskabsprincipperne"*. Landsretten lægger dog til grund, at grundet bestyrelsen ellers varetog sine pligter, var der ikke grundlag for at anse det enkeltstående tilfælde fra bestyrelsesformanden, som værende erstatningspådragende.

Højesteret fandt på samme vis som Landsretten, at bestyrelsesformanden havde levet op til sine pligter som formand i forbindelse med bestyrelsesmøderne. Der blev ved Højesteret ligeledes lagt vægt på, at bestyrelsen havde stillet spørgsmål til forholdene omkring blandt andet værdiansættelse af varelageret, hvilket ikke gav anledning til at de skulle anse at der var problemer ved værdiansættelsen af varelageret. Bestyrelsesformanden burde dog stadig have oplyst de øvrige bestyrelsesmedlemmer om den fratrådte økonomidirektørs kritik af direktøren. Dette blev også af Højesteret anset som en enkeltstående fejl, der ikke var med til at ændre vurderingen af at bestyrelsen ellers i øvrigt havde varetaget deres hverv forsvarligt, hvorfor Landsrettens dom om frifindelse blev stadfæstet.

Det fremgår således af dommen, at Højesteret accepterer at bestyrelsen må begå enkeltstående fejl, uden at det nødvendigvis medfører et erstatningsansvar, hvis bestyrelsen som i tilfældet her ellers opfylder de pligter, der påhviler dem at varetage. Såfremt der for bestyrelsen havde været tale om et professionsansvar, hvoraf den skærpede culpabedømmelse opstår, vil det imidlertid ikke være sikkert at Højesteret havde frifundet bestyrelsesformanden, eftersom de individuelle undskyldningsgrunde her ikke tages i betragtning.

Delkonklusion

Det bemærkes i dette afsnit, at bestyrelsens faglighed har en vis betydning for fastlæggelsen af erstatningsansvar. Der er forskel på fastlæggelsen af adfærdsnormer, som ledelsen er underlagt alt efter deres faglige grundlag, hvorfor bedømmelsen kan afvige herefter. Ledelsens personlige kvalifikationer kan dermed tillægges en værdi i culpabedømmelsen. Det kan dog konkluderes at der ikke er et professionsansvar, da dette tydeligt afvises af Lands- og Højesteretten. Der bemærkes, at når adfærdsnormen skal fastlægges har lovgivningen i vis indflydelse herpå, da den er med til at fastlægge visse normer for bestyrelsen. Her har bestyrelsens erfaring og faglighed vist sig at have betydning, når adfærdsnormen skal fastlægges. Dette skyldes at et

fagligt stærkt bestyrelsesmedlem er pålagt en "strengere" adfærdsnorm end et fagligt svagt bestyrelsesmedlem, da det fagligt stærke medlem burde have større indsigt i selskabets situation. Dette ses dog ikke værende i strid med den almindelige culpanorm, som bestyrelsesansvaret er underlagt. Vedrørende betydningen af at det ikke er et professionsansvar, må det især bemærkes at der er tale om en mindre streng bedømmelse, da man i culpaansvaret kan undskylde sig under enkeltstående fejl. Dette har den betydning, at noget man vil blive dømt for efter et professionsansvar, ikke medfører ansvar efter den almindelige culpanorm. Det må ud fra den foretagne analyse kunne konkluderes, at bestyrelsesansvaret ikke er et professionsansvar eller underlagt en skærpet culpanorm.

Ledelsen er underlagt en culpanorm ud fra adfærdsnormer, hvilket stadfæstes gennem retspraksis og som er i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige grundsætninger.

Bestyrelsens pligter og forsvarlige beslutningsgrundlag

Dette afsnit vil tage udgangspunkt i en analyse af retspraksis, med det formål at belyse både omstændigheder, der af domstolene kan anses som formildende, og bestyrelsens tilsidesættelse af de pligter de skal varetage. Først vil der blive set nærmere på, hvorledes domstolene forholder sig til de informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager som en formildende omstændighed. Dernæst vil der blive foretaget en analyse af udvalgt retspraksis, der vil se nærmere på tilsidesættelse af de pligter, der påhviler dem efter selskabsloven og hvorledes domstolene forholder sig hertil. Slutteligt vil der ved hjælp af udvalgt retspraksis, blive set på hvorledes Business Judgement Rule er blevet anerkendt som en formildende omstændighed af domstolene.

3.1 De informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager

Der vil i dette delafsnit blive foretaget en analyse af, hvorledes de informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager forekommer i retspraksis. Afsnittet vil først komme ind på nogle grundlæggende overvejelser omkring informationsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmer, med inddragelse af udsagn fra Jan Schans Christensen.

Det fremgår ikke af selskabsloven, hvad et forsvarligt beslutningsgrundlag indebærer, hvorfor der vil blive set nærmere på ud fra retspraksis, hvad der sker i de tilfælde hvor bestyrelsen mangler eller får vildende information. For at bestyrelsen er i stand til at udføre sine opgaver tilfredsstillende, kræves det at bestyrelsen har et fornuftigt beslutningsgrundlag, der giver et relevant og aktuelt billede af selskabet.⁹⁹

Bestyrelsen har samtidig pligt til at sikre, at de modtager informationer der kan hjælpe deres beslutningsgrundlag, således de har et aktuelt og pålideligt billede af selskabet, ved at iværksætte fornuftige rapporteringssystemer, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3.

Bestyrelsen bør overveje andre kilder end blot direktionen, således at de får et mere nuanceret billede af selskabets situation.¹⁰⁰

En dom hvori de informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager er blevet behandlet, er U2001.873H. Dommen er relevant, da Højesteret tager stilling til, hvorvidt manglen på informationer der tilgår et bestyrelsesmedlem, kan være en formildende omstændighed.

U2001.873.H (ASX A/S): *Aktieselskabet ASX A/S, der var taget under konkurs, havde tidligere opført et bilhus, hvilket grundet økonomiske vanskeligheder blev overdraget fra aktieselskabet til et anpartsselskab under samme ejerkreds. Konkursboet i ASX A/S krævede erstatning for forskellen mellem den overdragende værdi, og den aktuelle værdi af bilhuset, betalt af ledelsen. Under sagsforløbet afgik et af bestyrelsesmedlemmerne imidlertid ved døden.*

Selskabet ASX eneste aktiv, bilhuset, blev overdraget til en værdi, der lå væsentlig under den aktuelle værdi. Konkursboet i ASX krævede erstatning for forskellen mellem den aktuelle værdi, og den overdragte værdi af samtlige ledelsesmedlemmer i selskabet, hvilket indebar selskabets direktør og de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Ved Landsretten blev samtlige ledelsesmedlemmer fundet solidarisk erstatningsansvarlige.

⁹⁹ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s 466

¹⁰⁰ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 466

Sagen ved Højesteret angik alene boet efter det ene bestyrelsesmedlem, der havde appelleret afgørelsen om erstatningsansvar. Det fremgik af sagen at bestyrelsesmedlemmet ikke modtog informationer om overdragelsen, hvilket burde være hændt, da der var tale om salg af selskabets eneste aktiv. Højesteret udtaler i sine bemærkninger, at bestyrelsesmedlemmet burde have været oplyst, eftersom dette var en disposition af særlig karakter. Højesteret anså det desuden for et "muligt kritisabelt moment" at selskabets professionelle rådgivere, herunder både revisoren, der hjalp til med regnskabsaflæggelsen af overdragelsen og advokaten, der hjalp med at få færdiggjort overdragelsen.

Højesteret lagde samtidig til grund, at bestyrelsesmedlemmet ikke deltog i bestyrelsesarbejdet i selskabet, hvilket betød at han ikke orienterede sig om selskabets økonomiske forhold. Endvidere fremgår det, at Højesteret tillægger det stor betydning, at bestyrelsesmedlemmet ikke formåede at søge nærmere oplysninger og dermed gribe ind over for overdragelsen, eftersom det fremgik af regnskabet, at dispositionen var gennemført. Højesteret anerkendte dog, at det ikke kunne læses direkte af regnskabet, men at det ville have kommet til bestyrelsesmedlemmets kendskab, ved et forsvarligt tilsyn af selskabet. Disse omstændigheder gjorde at Højesteret fandt det bevist, at bestyrelsesmedlemmet var erstatningsansvarligt.

Højesteret lægger dog vægt på, at erstatningen reelt kun ville ramme den efterlevende ægtefælle, da bestyrelsesmedlemmet under sagen afgik ved døden. Højesteret anerkendte samtidig at erstatningskravet var af en særdeles stor størrelse, hvilket ikke ville kunne betales af den efterlevende ægtefælle og den omstændighed, at det reelt kun ville ramme den efterlevende ægtefælle. Højesteret anså det endvidere som en formildende omstændighed, at bestyrelsesmedlemmet ikke modtog informationer om overdragelsen og det at erstatningen reelt kun ville ramme den efterlevende ægtefælle, hvorefter Højesteret nedsatte erstatningssummen.

Det at Højesteret udtaler, at overdragelsen af bilhuset var en disposition af særlig karakter, giver anledning til at anse at bestyrelsen skulle have fået informationer om overdragelsen. Dette skyldes at direktionen er ansvarlig for den daglige ledelse af selskabet, hvilket imidlertid ikke omfatter beslutninger af en usædvanlig art eller stor betydning, jf. selskabslovens § 117, stk. 1, 3. pkt. Den pågældende overdragelse må dermed anses, som en beslutning der ikke alene skulle foretages af direktionen, men med inddragelse af bestyrelsen. Bestyrelsen burde således have været informeret om overdragelsen, hvilket bestyrelsesmedlemmet ikke blev.

Bestyrelsen skal som nævnt selv sikre rapporteringssystemer, således denne får relevant og tilstrækkelig information af høj kvalitet og relevans fra direktionen, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3. Jan Schans Christensen udtaler desuden om dette, at bestyrelsen bør overveje i hvilket omfang man kan trække på andre kilder til information end blot direktionen.¹⁰¹ Der var i bestyrelsen ikke blevet etableret et tilstrækkelig rapporteringssystem, hvorved informationer som den pågældende overdragelse kunne være tilkommet bestyrelsesmedlemmet. Jan Schans Christensens udtalelse om andre kilder til information end blot direktionen, underbygger Højesterets udtalelse om, at det var et muligt kritisabelt moment at bestyrelsesmedlemmet desuden ikke fik informationer om overdragelsen fra selskabets professionelle rådgivere.

Det interessante i dommen er således, at informationsgrundlaget for at kunne foretage en forsvarlig beslutning som bestyrelsesmedlem blev et af de punkter, der udgjorde en nedsættelse af det oprindelige erstatningskrav på 900.000 kr. fra Landsretten. Dommen kan dermed give en indikation af, at den yderst

¹⁰¹ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 466

mangelfulde videregivelse af informationer til et bestyrelsesmedlem, kan være en formildende omstændighed, som Højesteret tillægger en vis værdi. I denne sag var bestyrelsesmedlemmets tilsidesættelse af sine pligter dog så væsentlige, at det gav et erstatningsansvar herfor, da han dybest set ikke deltog i selskabets bestyrelse, til trods for manglen på information.

En anden dom der tillige giver indblik i bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag, er U2011.2052H. Dommen kaster et andet blik på problemstillingen omhandlende bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag og den dertilhørende problemstilling, omhandlende de informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager for at kunne have et forsvarlig beslutningsgrundlag. I denne dom tages der udgangspunkt i bestyrelsesformandens forhold overfor Midt Factoring A/S, som det blev bedømt af Landsretten eftersom Højesteret stadfæstede denne del af Landsrettens dom.

U2011.1052H (Ulmadan): *Ulmadan Production A/S og Ulmadan Research & Development A/S indgik en factoringaftale med selskabet Midt Factoring A/S, hvortil der blev overdraget en fordring mod et italiensk selskab. Fordringen blev ikke betalt af det italienske selskab, hvorfor Midt Factoring A/S rettede sit krav mod direktøren og bestyrelsesformanden i Ulmadan selskaberne i forbindelse med disses konkurs.*

Det fremgik af sagen, at fordringen mod det italienske selskab, af Ulmadan Production A/S og Ulmadan Research & Development A/S (Herefter: Ulmadan selskaberne) blev overdraget til Midt Factoring A/S (herefter: Midt Factoring), i forbindelse med en factoringaftale. Efterfølgende havde direktøren for Ulmadan selskaberne kontaktet det italienske selskab og fået modregning i et tilgodehavende med fordringen, trods denne var overdraget, hvilket samtidig skete uden Midt Factorings samtykke.

Midt Factoring anså bestyrelsesformanden for at have haft viden om direktørens handling i forbindelse med modregningen, hvortil han ikke foretog de rette indgreb der kræves, af en person der besidder hverv som bestyrelsesformand. Midt Factoring gjorde desuden gældende, at bestyrelsesformanden burde have foretaget yderligere foranstaltninger, der kunne være med til at sikre at modregningen ikke var sket. Midt Factoring krævede på den baggrund fordringen betalt af direktøren og bestyrelsesformanden i Ulmadan selskaberne.

Det fremgår af sagsfremstillingen at bestyrelsesformanden ikke havde sin daglige omgang i selskabet, og dermed ikke havde et lige så dybdegående indblik og berøringsflade som direktøren. Til trods herfor havde bestyrelsesformanden gennem en længere periode henvendt sig til direktøren, for at få et præcist likviditetsbudget over selskabet. Likviditetsbudgettet skulle hjælpe til at få overblik over, hvorvidt Ulmadan selskaberne havde mulighed for at opfylde deres forpligtelser. Bestyrelsesformanden indså, efter gentagne forsøg at rykke efter yderligere præcise likviditetsbudgetter, at direktøren forsøgte at foretage modregning, hvilket ud fra direktørens udsagn, var efter aftale med det italienske selskab på Ulmadans fordring ved overdragelse af maskiner som forudbetaling. I Landsrettens bemærkninger lægges der til grund, at bestyrelsesformanden havde fået at vide af direktøren, at Midt Factoring var informeret og indforstået med modregningen og alle skridt i forbindelse hermed. Endvidere lagde Landsretten til grund, at forholdet ikke var af sådan en karakter, at bestyrelsesformanden skulle have foretaget yderligere foranstaltninger. Landsretten udtalte således, at det ikke kunne kræves, at bestyrelsesformanden skulle rette henvendelse eller kræve dokumentation fra Midt Factoring. Bestyrelsesformanden blev derfor frifundet ved Landsretten, hvorved Højesteret stadfæstede denne del af Landsrettens dom.

Det fremgår af Landsrettens bemærkninger, at bestyrelsesformanden gjorde direktøren klar over problemet vedrørende modregningen, men fik en forsikring af direktøren om, at Midt Factoring både vidste og var indforstået hermed. Bestyrelsesformanden havde således forsøgt at gøre problemstillingen klar over for direktøren, men eftersom han hertil blev mødt af en forsikring om, at alting var i overensstemmelse med Midt Factoring A/S, må hans beslutningsgrundlag for at handlet anderledes, anses for at være blevet særdeles forvrænget. Det interessante bliver her, at bestyrelsesformanden har handlet i god tro. Landsretten vurderede herved, at selvom bestyrelsesformanden ikke foretog yderligere tiltag for at sikre at modregningen ikke skete, måtte det anses for at have været følge af at han var af den overbevisning, at modregningen var i overensstemmelse med Midt Factoring.

Det kan på denne baggrund udledes af dommen at de informationer, der tilgår bestyrelsen fra selskabets direktion, er informationer som bestyrelsen kan støtte ret på, når de skal handle som en del af deres hverv, hvilket tillige bekræftes af Højesteret der stadfæstede dommen.

Dommen giver på samme tid en indikation om den problemstilling, der kan forekomme ved at bestyrelsen, er distanceret fra selskabets daglige drift, som direktionen varetager efter den klassiske ledelsesstruktur. Denne distancering bliver problematisk i de situationer, hvor direktionen giver decideret ukorrekte oplysninger, som vil medføre at bestyrelsen ikke kunne have handlet på et forsvarligt beslutningsgrundlag. Dette underbygger ligeledes, at bestyrelsen bør overveje i hvilket omfang man kan trække på andre kilder til information, end blot direktionen.¹⁰²

En dom der tillige bekræfter U2011.1052H (Ulmadan) og bemærkninger om at bestyrelsen kan støtte ret på de informationer de modtager af direktionen, er U2015.2075H (Memory Card Technology), hvilken tidligere er behandlet i delafsnittet 1.3. Dommen er ligeledes relevant her, da bestyrelsesformanden i Memory Card, ikke fortalte de andre bestyrelsesmedlemmer om den kritik der havde været af direktøren, da han ikke havde handlet i overensstemmelse med selskabets regnskabsprincipper. Direktøren forsikrede bestyrelsesformanden om, at problemet med opgørelsen af varelageret var blevet løst og at det ligeledes blev opgjort efter den regnskabspraksis, der var gældende i selskabet. Landsretten lagde til grund i deres bemærkning, at den menige bestyrelse på bestyrelsesmøderne havde forholdt sig kritisk til forholdene i selskabet og dermed iagttaget deres pligter på en sådan måde, der ikke gjorde dem erstatningsansvarlige. Den menige bestyrelse blev i dommen frifundet, da Landsretten lagde til grund, at de havde varetaget deres pligter. Sagen ved Højesteret angik bestyrelsesformandens og revisorerens erstatningsansvar. Ved Højesteret blev der lagt til grund, at han ikke oplyste de øvrige bestyrelsesmedlemmer om, at der var tale om en enkeltstående fejl, hvorefter der ikke kunne statueres erstatningsansvar.

Dommen støtter således op om bemærkningerne i U2011.1052H (Ulmadan), eftersom det også fremgår her, at bestyrelsen kan støtte ret på de informationer og forsikringer de får af direktionen.

3.1.1 Delkonklusion

I dommen U2001.873H (ASX) fremgik det, at bestyrelsesmedlemmet ikke fik informationer om overdragelsen af selskabets eneste aktiv. Bestyrelsesmedlemmet blev ikke informeret herom af hverken selskabets direktion, revisor eller advokat. Samtidig stod det dog klart, at bestyrelsesmedlemmet havde tilsidesat sine pligter, men den yderst mangelfulde tildeling af informationer blev en formildende omstændighed, eftersom dette

¹⁰² Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 466

kunne have medvirket til at have ændret på hans adfærd. Det kan på den baggrund konkluderes, at mangel på informationer der tilgår bestyrelsen, kan være en formildende omstændighed ved domstolenes bedømmelse

Det fremgik af U2011.1052H (Ulmadan), at bestyrelsesformanden blev vildledt af selskabets direktør, vedrørende modregning som Midt Factoring ikke var indforstået med. Bestyrelsesformanden fik forkerte informationer af direktøren, det havde en klar indvirkning på bestyrelsesformandens handleevne, hvilken blev svækket eftersom han blev forsikret om alt var i orden. Landsretten frifandt på den baggrund bestyrelsesformanden, hvilket Højesteret ligeledes stadfæstede. Det kan på den baggrund konkluderes, at bestyrelsen kan støtte ret på de informationer de modtager fra direktionen, hvilket tillige blev bekræftet af U2015.2075H (Memory Card).

I både U2001.837H (ASX) og U2011.1052H (Ulmadan), må det samtidig lægges til grund, at der forelå en problemstilling ved bestyrelsens distancering fra den daglige ledelse. Det skal ses i forbindelse med situationen, hvor bestyrelsen får vildende eller forkerte information af selskabets direktion, hvilket tillige bekræfter at bestyrelsen bør overveje andre kilder til information end blot direktionen.

3.2 Tilsidesættelse af bestyrelsens pligter

Der vil i dette delafsnit blive foretaget en analyse af bestyrelsens tilsidesættelse af de pligter og konsekvensen heraf, der påhviler dem efter selskabsloven. Der vil være nogle grundlæggende overvejelser omkring de pligter der påhviler bestyrelsen, med inddragelse af synspunkter fra Jan Schans Christensen.

Bestyrelsesmedlemmer har som tidligere nævnt i dette speciale, en række forpligtelser de skal varetage og føre tilsyn med som følge af deres hverv. Disse fremgår af selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5, hvorved der oplystes en række pligter for bestyrelsesmedlemmerne. Bestyrelsens tilsidesættelse af deres pligter blev berørt i delafsnit 3.1, hvor der i dommen U2001.873H, blev set på bestyrelsesmedlemmets tilsidesættelse af sine pligter. Bestyrelsesmedlemmet havde dybest set ikke deltaget i bestyrelsens arbejde på nogen måde, i den periode han varetog hvervet. Dette medførte en negligering af de pligter, som et bestyrelsesmedlem er givet til at skulle varetage. Højesteret lagde vægt på, at bestyrelsesmedlemmet ved en normal varetagelse af sine pligter, ville have indset problematikken om overdragelsen af bilhuset.

Dommen viste hvorledes Højesteret tager problematikken med en fuldstændig mangelfuld varetagelse af de pligter, som påhviler et bestyrelsesmedlem i dag efter selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5, som værende ansvarspådragende på trods af den mangelfulde tildeling af informationer til bestyrelsesmedlemmet.

En dom hvori der bliver taget stilling til, hvorvidt et selskabs bestyrelse havde tilsidesat deres pligter på en ansvarspådragende måde, er U2007.497H (Calypso). Dommen er taget med, da den giver en indikation af bestyrelsens tilsidesættelse af de pligter de skal varetage, som tillige fremgår af U2001.873H (ASX).

U2007.497H (Calypso): *Rejseselskabet Calypso Verdensrejser A/S der på trods af en startkapital på kr. 1 mio., opnåede efter kun 9 måneders drift et underskud på kr. 38 mio., hvorefter de blev taget under konkurs. Højesteret anså selskabet for at have været drevet uforsvarligt igennem hele perioden, hvor selskabet blandt andet havde solgt rejser til priser, der end ikke formåede at dække de direkte omkostninger forbundet med de solgte rejser.*

I sagen fremgik det, at Calypso Verdensrejser A/S (*herefter: Calypso*) havde til formål at sælge pakkerejser til destinationer i Europa og resten af verden. Selskabets forretningsplan indebar, at finansieringen til den løbende drift skulle ske gennem forudbetaling fra kunderne. Selskabets rejser var imidlertid prissat til en lavere pris end hvad de direkte omkostninger forbundet hermed. Denne prispolitik var en del af selskabets plan, for at få fat på en markedsandel af de danske rejsende. Selskabet justerede imidlertid ikke prispolitikken, hvilket medførte en fortsat underskudsgivende drift af selskabet, hvor der til sidst var oparbejdet et underskud på kr. 38 mio. Der blev endvidere i selskabet ikke informeret eller afholdt bestyrelsesmøder, om udviklingen i selskabets økonomiske problemer som følge af prispolitikken. Konkursboet mente på den baggrund, at Calypso's bestyrelsesmedlemmer havde handlet ansvarspådragende, ved ikke at have grebet ind overfor den underskudsgivende forretning, grundet tilsidesættelse af deres pligter som bestyrelsesmedlem, med at føre tilsyn med selskabets økonomi. Endvidere gjorde de gældende, at selskabet ikke på noget tidspunkt igennem driftsperioden formåede at have et forsvarligt kapitalberedskab. Konkursboet krævede herefter at bestyrelsen, enten solidarisk eller enkeltvis, skulle erstatte gælden der var oparbejdet, efter selskabet burde have været indstillet, hvilket var begrænset til kr. 10 mio. Hvis ikke kravet kunne udgøre kr. 10 mio., krævede de erstatning for det tab domstolen måtte fastsætte som værende rimeligt.

Landsretten lagde vægt på, at konkursboet ikke kunne godtgøre eller sandsynliggøre, at størrelsen var i overensstemmelse med perioden der blev gjort erstatning gældende mod. Bestyrelsesmedlemmerne blev ved Landsrettens dom frifundet, da erstatningens størrelse ikke kunne opgøres.

Ved sagen i Højesteret blev der i særdeleshed lagt vægt på, at den underskudsgivende drift specielt skyldtes den kontinuerlige prispolitik, med at udbyde rejser til priser, der ikke formåede at dække de direkte driftsomkostninger. Selskabet var stiftet med en egenkapital på kr. 1 mio., hvilket Højesteret anså som værende klart uforsvarlig, grundet finansieringsplanen med forudbetalinger fra kunder. Selskabets finansieringsplan krævede i særdeleshed en løbende og effektiv kontrol af selskabets økonomiske forhold. Bestyrelsen fik imidlertid aldrig lavet retningslinjer herfor, hvilket betød at bestyrelsens informationsgrundlag om selskabets økonomiske forhold var mangelfuld. Højesteret lagde desuden vægt på, at bestyrelsen aldrig fik afholdt et bestyrelsesmøde, hvor samtlige bestyrelsesmedlemmer var indkaldt og den økonomiske situation kunne drøftes. Højesteret fandt på den baggrund, at bestyrelsen havde forsømt sine pligter med at føre tilsyn med selskabets økonomi og forhold i øvrigt efter aktieselskabslovens § 54, stk. 3, hvoraf de havde udvist en betydelig grad af uagtsomhed. Højesteret fandt at samtlige ledelsesmedlemmer havde handlet ansvarspådragende og blev derfor idømt erstatningsansvar.

Vedrørende opgørelse af tabet, blev der benyttet en skønsmand, hvortil Højesteret fandt det godtgjort at selskabets tab, som minimum kunne være mindsket med kr. 5 mio., hvorfor de solidarisk blev fundet erstatningsansvarlige til dette beløb. Højesteret udtaler herefter, at selskabets direktion havde været bekendt med selskabets alvorlige økonomiske problemer, men havde derimod ikke videregivet informationer om selskabets reelle økonomiske situation. Højesteret fandt herefter at direktionen skulle friholde bestyrelsesmedlemmerne for at betale erstatningskravet.

Bestyrelsen er, som nævnt ovenfor, forpligtet til at iværksætte tiltag, der kan sikre et rapporteringssystem, således de er bekendt med selskabets økonomiske forhold, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3. Højesteret udtalte hvorledes bestyrelsesmedlemmerne ikke fremsatte krav om udarbejdelsen af oversigter, der kunne hjælpe med at skabe et overblik over selskabets økonomiske forhold, hvorom der ej heller blev afholdt

møder. Bestyrelsesmedlemmerne kunne ved hjælp af rapporteringssystemerne og ved afholdelse af bestyrelsesmøder have dannet sig et fornuftigt billede af selskabets økonomiske forhold og dermed have drøftet situationen, hvilket kunne have medført en anden adfærd af bestyrelsesmedlemmerne. Denne dom er således med til at bekræfte, at det er en ansvarspådragende handling, når selskabets bestyrelse på en sådan måde tilsidesætter de pligter, der påhviler dem, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5.

Det er samtidig værd at bemærke, at der forekommer en parallel mellem delafsnit 3.1 og nærværende afsnit. Parallellen forekommer ved at Højesteret i U2007.497H anerkender, på samme måde som i U2001.873H, at det er en formildende omstændighed, at bestyrelsesmedlemmerne ikke bliver informeret om selskabets økonomiske situation. Det er dermed et forhold, der kan have indvirkning på domstolens bedømmelse. Bestyrelsen i U2007.497H og bestyrelsesmedlemmet i U2001.873H blev begge fundet at have tilsidesat de pligter, der påhviler denne som bestyrelsesmedlem, men det blev en formildende omstændighed, at bestyrelsen havde haft en mangelfuld tildeling af informationer.

3.2.1 Delkonklusion

Det ses i U2001.873H (ASX) og U2007.497H (Calypso), at bestyrelsesmedlemmerne havde handlet ansvarspådragende, ved tilsidesættelse af deres pligter om at føre tilsyn med selskabets økonomiske forhold. I begge tilfælde blev bestyrelsesmedlemmerne fundet erstatningsansvarlige, hvorved det kan konkluderes, at ved tilsidesættelse af bestyrelsens pligter vil der ifaldes erstatningsansvar.

Endvidere ses det, at der ved nogle forretningsplaner for selskaber, forekommer et skærpet krav om varetagelse af pligten om at føre tilsyn med selskabets økonomi, hvis finansieringsgrundlaget er bygget på blandt andet forudbetalinger.

Det fremgår samtidig af disse domme, at hvis informationerne der tilgår bestyrelsen, er mangelfulde eller ikke tilstede, kan dette være en formildende omstændighed.

3.3 Business Judgement Rule

Der vil i dette delafsnit blive foretaget en analyse af, hvorledes Business Judgement Rule forekommer i retspraksis. Der vil først være nogle grundlæggende overvejelser omkring Business Judgement Rule med inddragelse af citat fra Jan Schans Christensen. Der vil herefter blive set på retspraksis, hvor domstolene har udtalt sig om den fejlskønsmargin der kan tildeles ledelsen, hvilket i dag vil blive betegnet som "Business Judgement Rule".

Business Judgement Rule omhandler ledelsens forretningsmæssige skøn, hvilket tidligere er beskrevet i Kapitel 2 delafsnit 2.3. Den juridiske forfatter Jan Schans Christensen udtaler sig ligeledes om dette, med følgende opsummering af hvorledes domstolene forholder sig til Business Judgement Rule: *"Det må nok erkendes, at forretningsfolk gennemgående er bedre egnede til at træffe forretningsmæssigt betonedede beslutninger end domstolene, hvilket er baggrunden for, at der i praksis accepteres, at forretningsmæssige beslutninger under visse omstændigheder er "fredet" for domstolens prøvelse. Dette betegnes med et fra amerikansk ret kendt udtryk som the "business judgment rule"*.¹⁰³

Det interessante ved ovenstående er, at der fra domstolens side tilsyneladende er en anerkendelse af, at forretningsfolk har bedre forudsætninger for at træffe forretningsmæssige beslutninger end domstolene.

¹⁰³ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s 723

Dette medfører, at disse beslutninger imidlertid *”under visse omstændigheder”* kan medføre at undgå at være ansvarspådragende på trods af evt. tab for det pågældende selskab. Jan Schans Christensen kommer desuden ind på, hvad der er en grundlæggende forudsætning og dermed en indikation af hvad *”under visse omstændigheder”* vil tage udgangspunkt i: *”Det er imidlertid en grundlæggende forudsætning for at business judgment-reglen kan bringes i anvendelse, at den eller de, der disponerer, gør dette på et tilstrækkeligt oplyst og dermed kvalificeret grundlag”*.¹⁰⁴

Der er tidligere i nærværende speciale blevet set på de informationer eller mangel på informationer bestyrelsen modtager, med udgangspunkt i retspraksis, hvor der var klare tilfælde af vildledende eller mangel på informationer. Det interessante bliver imidlertid, at det er en forudsætning for at Business Judgement Rule kan bruges, at ledelsen foretager beslutningen på grundlag af at have haft informationer der vil give et *”tilstrækkeligt oplyst og dermed kvalificeret grundlag”*.

Den første gang domstolene kommer ind på principperne bag Business Judgement Rule, er i dommen U1977.274H (Stormagasinet). Denne dom gav nogle af de første indikationer på, hvad der i dag bliver betegnet som Business Judgement Rule. Stormagasinet bestyrelse havde en formodning om, at en videreførelse af selskabet kunne lykkes, hvorfor driften ikke blev indstillet trods økonomiske vanskeligheder. Dette blev underbygget af seriøse forhandlinger om videreførelse, herunder forhandling om fusion eller opkøb, hvorved Højesteret anså selskabet for med rette at have bevaret håbet for videreførelse. Dommen viser, hvorledes selskabets ledelse havde skønnet at der var mulighed for videreførelse, selvom dette ikke lykkedes, hvorved der blev statueret en vis fejlmargen for skøn.

En anden grundlæggende dom i forbindelse med Business Judgement Rule er U1981.973H. Dommen er interessant, eftersom det er en af de tidligere domme der viser, problematikken vedrørende det forretningsmæssige skøn/*Business Judgement Rule*.

U1981.973H (Røde Vejmølle): *Røde Vejmølle A/S, der producerede brødprodukter samt pulvervarer, såsom rasp, blev taget under insolvent likvidation. Direktøren der blev ansat i Røde Vejmølle, var ligeledes hovedaktionær i A/S Larkgate (herefter: Larkgate). Røde Vejmølle havde haft en eneforhandlingskontrakt med Larkgate i en lang årrække, hvorved al produktion af raspprodukter blev solgt til Larkgate. I direktørens ansættelseskontrakt, var der anført en betingelse om, at han skulle stille efter at øge dækningsbidraget, for varegruppen hvorunder rasp tilhørte. Afsætningen af Røde Vejmølles produkter blev den efterfølgende tid stærk presset, hvorved direktøren foretog prisnedsættelser overfor Larkgate.*

Der blev i direktørens ansættelseskontrakt indskrevet, at denne skulle stille efter at få Røde Vejmølle A/S's (Herefter: Røde Vejmølle) dækningsbidrag for varegruppen, hvor rasp tilhørte, til at stige fra 6,31% til 8% på årlig basis. Det blev imidlertid vist at direktøren ved sin prisnedsættelse for denne varegruppe at have medført et dækningsbidrag der lå på 0,28-0,73%. Forskellen var dermed signifikant forskellig, fra det dækningsbidrag der blev stilet efter og det aktuelle dækningsbidrag efter prisnedsættelserne. Prisnedsættelserne var imidlertid foretaget overfor Larkgate, hvilken direktøren var hovedaktionær i. Bestyrelsen havde ved ansættelsen af direktøren lavet en afvejning, hvortil det blev anset, at de på trods af direktøren var hovedaktionær i et samarbejdende selskab, godt kunne ansætte ham.

¹⁰⁴ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 723

Grundet prisnedsættelsen, hvilket medførte fald i dækningsbidraget, krævede likvidator at direktøren og Larkgate, skulle betale kr. 482,146,70 kr., således dækningsbidraget ville blive på 8%. Der blev tillige gjort gældende, at det forekom som en problemstilling at direktøren netop havde givet en så signifikant prisnedsættelse, over for et selskab som han selv var hovedaktionær i.

Landsretten lægger i deres bemærkninger vægt på, at der i efteråret 1975 var opstået en hårdere konkurrence på rasp markedet, hvorved der som følge heraf og selskabets højere priser end de nærliggende konkurrenter, krævede en prisnedsættelse, for at kunne opnå en omsætning. Ved Højesteret blev der lagt vægt på, at der af direktørens kontrakt ikke fremgik et udtrykkeligt påbud om at priserne på rasp skulle fastsættes, så de opnåede et dækningsbidrag på mindst 6,31 %, men at direktøren i stedet skulle stile herefter. Der blev endvidere nævnt i bemærkningerne, at direktøren løbende burde have oplyst bestyrelsen om prisudviklingen, grundet hans særlige forhold overfor Larkgate. Direktøren havde dog oplyst bestyrelsen om prisnedsættelsen, uden at denne havde taget afstand herfra og ansås samtidig for at have handlet ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn, hvorfor han eller Larkgate ikke kunne anses for at have handlet ansvarspådragende.

Det fremgår af dommen, at Højesteret ikke anså at ansættelseskontrakten havde klart krav om, at prisen på raspprodukter skulle give et dækningsbidrag på mindst 6,31%. Dette skyldes formuleringen i kontrakten, hvor der blev skrevet at der skulle "stiles efter", at varegruppens dækningsbidrag steg fra 6,31% til 8%. Det at dækningsbidraget skulle stige, blev derved mere anset som et mål, men den konkurrencemæssige situation for Røde Vejmølle gjorde, at selskabets priser var højere end konkurrenternes. Direktøren havde nævnt over for bestyrelsesmedlemmerne, at situationen omkring konkurrencen og den prismæssige udfordring betød, at prisnedsættelserne var en nødvendighed heraf. Bestyrelsesmedlemmerne tog ikke afstand fra denne prisnedsættelse, da de blev bekendt med at direktøren havde i sinde at foretage denne. Bestyrelsesmedlemmerne var imidlertid ikke bekendt med, at prisnedsættelserne var af et så stort omfang, hvilket havde ændret deres adfærd, såfremt de var klar over det. Højesteret lægger her til grund, at direktøren burde have underrettet bestyrelsen mere løbende om prisudviklingen. Informationstildelingen fra direktøren blev imidlertid af Højesteret, ikke anset som værende så mangelfuld, at det på baggrund heraf kunne være ansvarspådragende for ham. Der bliver endvidere rejst spørgsmålstegn ved direktørens illoyale interesse, som hovedaktionær i Larkgate, om hvorvidt han havde interesse i at skabe uberettiget vinding for Larkgate.

En yderligere forudsætning for anvendelsen af Business Judgement Rule, er at ledelsen har handlet ud fra selskabets interesser, ved ikke at have handlet illoyalt eller ude fra egne interesser.¹⁰⁵ Højesteret anså i sagen direktøren, for at have handlet loyalt og dermed ikke have forfulgt egne interesser, for at skabe uberettiget vinding til Larkgate eller sig selv. Direktøren foretog således et forretningsmæssigt skøn, grundet konkurrencesituationen på markedet og Højesteret anerkendte, at dette blev gjort loyalt overfor Røde Vejmølle.

Dommen må således anses for at give en indikation af, hvorledes domstolene forholder sig til Business Judgement Rule. Der ses en tilbageholdende med at dømme ledelsen, når denne har foretaget et forretningsmæssigt skøn på et oplyst og kvalificeret grundlag, hvor denne har handlet loyalt overfor selskabets interesser og ikke forfulgt uvedkommende interesser.

¹⁰⁵ Schans Christensen: Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret (2017), s. 723

3.3.1 Delkonklusion

Det er ud fra den ovenstående retspraksis blevet belyst, hvorledes domstolene forholder sig til ledelsens fejlskønsmarginen. Det ses ud fra retspraksis, hvorledes domstolene har taget Business Judgement Rule til sig og bruger den til at vurdere, om ledelsen kan ifalde erstatningsansvar for fejlskøn. Domstolene lægger vægt på både at ledelsen har været oplyst og foretaget valget på baggrund heraf, samt at ledelsen ikke har forfulgt egne interesser, hvorved de ikke har handlet imod selskabets interesser. Der ses derfor en tilbageholdenhed fra domstolene om at dømme ledelsens fejlskøn, hvis disse har været i overensstemmelse med ovenstående vurdering, hvilket stemmer overens med de udsagn der løbende har været inddraget af Jens Schans Christensen. Det kan dermed konkluderes, at domstolene har en vis tilbageholdenhed med at dømme ledelsen, hvis denne har opfyldt betingelserne for at skønnet hører under Business Judgement Rule, hvilket må anses for at kunne medføre en formildende omstændighed, ved bedømmelse af ledelsens ansvar.

Erstatning for fortsat drift

Dette afsnit vil tage udgangspunkt i en analyse af retspraksis, med formålet nærmere at beskrive hvornår håbløshedstidspunktet foreligger. Der vil i delafsnit 4.1 blive set nærmere på, hvilke elementer domstolene lægger vægt på ved afgørelse om håbløshedstidspunktets indtræden, samt hvordan disse elementer kan være med til at udskyde eller helt afholde det fra at indtræde. Analysen af retspraksis vil tage udgangspunkt i udvalgte domme, hvilke er med til at illustrere, hvornår håbløshedstidspunktet kan indtræde.

I afsnit 4.2 vil der blive set på en toledet bedømmelse, der til trods for håbløshedstidspunktet ikke er indtrådt, kan medføre erstatningsansvar for fortsat drift. Afslutningsvis vil der i dette afsnit om erstatningsansvar for fortsat drift, blive foretaget en delkonklusion ud fra den gennemgåede retspraksis.

4.1 Fastlæggelse af håbløshedstidspunktet

Håbløshedstidspunktet er tidspunktet, hvor det vil være håbløst at fortsætte driften af selskabet, som nævnt tidligere under Kapitel II delafsnit 2.4. Erik Werlauff udtaler om håbløshedstidspunktet, at dette tidspunkt afgøres ud fra hvornår ledelsen burde indse, at den fortsatte drift af selskabet, ikke vil være muligt uden yderligere tab for selskabet og kreditorerne.¹⁰⁶ En nærmere analyse af hvornår ledelsen burde indse det ikke vil være forsvarligt at fortsætte driften af selskabet, vil nu blive foretaget ud fra retspraksis.

Hvornår håbløshedstidspunktet konkret kan fastlægges afviger i retspraksis, afhængigt af de faktiske omstændigheder. En dom der er med til at vise hvornår håbløshedstidspunktet foreligger, er U1998.1137H. Denne dom er et eksempel på, hvornår håbløshedstidspunktet indtræder og driften herved burde have været indstillet.

U1998.1137H (Fodbolddommen) - Aktieselskabet, der drev professionel fodboldklub, blev erklæret konkurs d. 5. januar 1990. Konkursboet anbragte påstand om, at fem medlemmer af bestyrelsen var erstatningsansvarlige for tab opstået som følge af fortsat drift af selskabet. Selskabet var ikke blevet indstillet, til trods for at bestyrelsen var forelagt et årsregnskab d. 4. april 1989, som viste betydeligt underskud og tab af hele egenkapitalen.

Selskabet, der var forholdsvist nyt, var i høj grad afhængig af sponsorindtægter grundet dets begrænsede kapitalgrundlag. Bestyrelsen valgte på generalforsamlingen d. 4. april 1989, at udskyde yderligere drøftelser om virksomhedens økonomiske situation, til aftalen med deres hovedsponsor var indgået. Dette var til trods for, at bestyrelsen fik forelagt revideret regnskab, der viste betydeligt underskud og tab af hele egenkapitalen.

Landsretten lagde i sine bemærkninger til grund, at regnskaberne forud for det på generalforsamlingen fremlagte regnskab, havde vist underskud af selskabets primære drift, hvortil der samtidig var oparbejdet en ikke ubetydelig gæld i forbindelse med A-skat og moms. Det fremgik endvidere af tidligere bestyrelsesreferater fra møder i årene forinden, at likviditetsproblemerne var af tilbagevendende karakter, hvorfor det på generalforsamlingen d. 4. april 1989 burde have stået bestyrelsen klart, at fortsat drift af selskabet ville medføre yderligere tab og at driften burde have været indstillet. Landsretten fandt således, at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende overfor selskabet, men til trods for at landsretten udtalte, at selskabet burde

¹⁰⁶ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 644f

havde været indstillet, fandt landsretten det ikke skønsmæssigt muligt at opgøre tabet selskabet havde lidt, hvorfor bestyrelsens påstand blev taget til følge og de blev frifundet for erstatningsansvar.

Højesteret tiltrådte landsrettens bemærkninger, vedrørende bestyrelsens modtagelse af årsregnskabet d. 4. april 1989. Til trods for betydeligt underskud og tab af hele egenkapitalen, fortsatte bestyrelsen driften i månederne op til konkursen. De burde have indset at fortsættelse af drift uden yderligere tab ikke var muligt, hvorudfra Højesteret tillige fandt at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende. Vedrørende opgørelsen af tabet, blev der i Højesteret fremlagt en opgørelse af en skønsmand. Tabet blev opgjort til kr. 1 mio., hvilket udgjorde forskellen mellem underbalancen fra det fremlagte årsregnskab og til selskabets konkurs, medregnet en nedsættelse af beløbet i forbindelse med spillernes lønkrav og andre kreditors accept af risiko. Højesteret fandt det bevist, at der var lidt et tab, samtidig med at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende, hvorfor de fandtes erstatningsansvarlige overfor konkursboet.

Denne dom er taget med, da den klart illustrerer, i tilfældet her, hvornår håbløshedstidspunktet foreligger. Håbløshedstidspunktet i denne dom, blev fastlagt til at være generalforsamlingen d. 4. april, hvor regnskabet viste betydeligt underskud og tab af hele egenkapital. Den alvorlige situation i selskabet burde for alle parter have stået klart, hvorfor de burde have indset, at det ikke var forsvarligt at fortsætte driften af selskabet uden yderligere tab, hvorved der var handlet erstatningspådragende. Tillige fastslår dommen, at for at erstatningsansvar kan ifaldes, skal de grundlæggende erstatningsretlige betingelser om, at der skal være et tab og at dette skal kunne opgøres, være til stede, som fastslået i afsnittet om den generelle erstatningsret.

Højesterets begrundelse i denne sag, blev tillige bekræftet i U2007.497H. Her blev ledelsen, efter frifindelse ved Landsretten, fundet erstatningsansvarlige ved Højesteret, grundet ledelsens fortsatte drift af selskabet, efter det burde have stået ledelsen klart, at dette ikke var muligt uden yderligere tab. Håbløshedstidspunktet kunne i denne sag dog ikke præcist fastlægges, eftersom både direktion og bestyrelse havde tilsidesat deres pligter, da ingen møder med drøftelse om selskabets økonomi var blevet afholdt. Højesteret antog alligevel, at det måtte have stået ledelsen klart, at hvis de havde handlet ud fra deres pligter, ville de have indset at selskabet burde have været indstillet flere måneder forinden. Erstatningsansvaret blev således opgjort til kr. 1 mio., hvilket Højesteret vurderede tabet som minimum kunne have været mindsket med.

4.2 Elementer der kan være med til at udskyde håbløshedstidspunktet

I dette delafsnit vil der blive foretaget en analyse af udvalgte domme, der er med til at illustrere hvilke elementer domstolene tillægger vægt, når håbløshedstidspunktet skal fastlægges. Afsnittet har samtidig til formål at beskrive, hvad der kan være med til at udskyde eller helt afholde håbløshedstidspunktet fra at indtræde.

En dom der viser hvad der kan være med til at afholde håbløshedstidspunktets indtræden, er U1977.274H. Dommen er relevant da den fremviser elementer der kan indgå, ved fastsættelsen af håbløshedstidspunktet og ligeledes kan være med til at udskyde eller helt afholde det fra at indtræde.

U1977.274H (Stormagasinet) – Aktieselskab der drev stormagasin, trådte d. 18. februar 1975 i insolvent likvidation efter afholdt bestyrelsesmøde og generalforsamling. Selskabet blev sagsøgt af en leverandør, der tidligere på

insolvensdagen havde leveret et parti varer på kredit, hvoraf han krævede købesummen erstattet af bestyrelsesformanden og 2 andre medlemmer af bestyrelsen.

Leverandøren til stormagasinet, havde gennem en længere periode leveret pelsjakker hertil. Leverandøren krævede efter stormagasinet konkurs, erstatning for det parti varer der var leveret d. 18. februar. Til støtte for kravet mod bestyrelsen gjorde leverandøren gældende, at det burde have stået bestyrelsen klart, at levering af yderligere varer på kredit skulle have været stoppet, da det d. 17. februar næsten var sikkert at selskabet ville træde i likvidation. Aktieselskabet var igennem efteråret 1974, blevet opmærksomme på den kritiske situation i selskabet, men havde blandt andet gennem lån fra banken, sikret et bedre resultat for året gennem julehandlen, hvorfor de også havde fået tilsagn om yderligere lån. Før julen i 1974 havde selskabet indledt forhandlinger med både indenlandske og udenlandske selskaber, der var interesseret i at overtage selskabets aktivitet, hvilket dog ikke var muligt.

Efter aktieselskabets modtagelse af revideret regnskab d. 14. februar 1975 stod det klart, at der var et betydeligt underskud ved driften. Ledelsen rådførte sig herefter med en højesteretsadvokat, hvem d. 17. februar rådede bestyrelsen til at indkalde til bestyrelsesmøde og generalforsamling, med henblik på likvidation af selskabet. Bestyrelsen i aktieselskabet havde d. 17. og 18. februar 1975, før selskabet trådte i likvidation, forsøgt gennem forhandlinger at tilvejebringe en løsning. Der var d. 17 februar seriøse forhandlinger med både en mulig køber og banken, hvor det først d. 18. februar stod klart at dette ikke blev en realitet.

Højesteret lagde i deres bemærkning vægt på, at ledelsen indtil beslutningen om likvidation, havde seriøse forhandlinger med bankerne og den mulige køber, for at tilvejebringe en løsning, hvorfor sagsøger ikke kunne gives medhold i, at likvidationen d. 17. februar var uundgåelig og i realiteten allerede var besluttet. Højesteret stadfæstede derfor Sø- og Handelsrettens afgørelse, hvorved bestyrelsen blev frifundet for erstatningsansvar.

Denne dom er taget med, da den viser at til trods for at situationen i et selskab er kritisk og at der er meget ringe chance for at selskabet kan føres videre, kan erstatningsansvar ikke pådrages, hvis der fortsat er mulighed for at selskabet kan føres videre. Dette ses ved at håbløshedstidspunktet således ikke blev fastlagt til d. 17. februar, da det for bestyrelsen ikke kunne anses, at alt håb var ude for fortsat drift af selskabet, grundet de seriøse forhandlinger om overtagelse af selskabets aktiviteter.

Seriøse forhandlinger om overtagelse af virksomheden, må dermed anses som værende et af elementerne, der kan være med til at udskyde tidspunktet for, hvornår håbløshedstidspunktet er indtrådt og erstatningsansvar for yderligere tab opstår.

En tilsvarende dom, der tillige viser noget om håbløshedstidspunktet og ledelsens indsats mod at undgå at forværre selskabets økonomiske situation, er U2015.257V. Dommen viser samtidig, at udviklingen i retspraksis fra 1977 til 2015 har haft mindre betydning for fastlæggelsen af håbløshedstidspunktet, da retsstillingen på området ligeledes bliver bekræftet i nedenstående dom, med lignende faktiske omstændigheder.

U2015.257V (Kartoffelavlerven) - Andelselskabet, hvis forretning var at formidle videresalg af kartoffelavlervens kartofler, meldte betalingsstandsning d. 12. maj 2010, hvorefter de d. 27. maj 2010 blev erklæret konkurs. Indtjeningen for kartofler var året forinden faldet væsentligt og årsregnskabet for 2008/2009, viste et underskud i underkanten af kr. 1. mio. efter indregning af offentligt tilskud på godt kr. 1,2 mio. I det følgende regnskabsår viste

driften fortsat underskud og den økonomiske situation var ikke blevet bedre, hvor der d. 3. januar og 4. april, henholdsvis kunne konstateres et underskud på kr. 4,3 mio. og kr. 6,4 mio. Andelsselskabet blev sagsøgt af en kartoffelavler, der havde leveret kartofler til andelsselskabet på kredit i perioden fra d. 29. januar til d. 4. maj 2010.

Konkursboet gjorde i sagen gældende, at ledelsen havde handlet ansvarspådragende, da det for ledelsen i januar 2010 burde have stået klart, at selskabet grundet det oparbejdede underskud på kr. 4,3 mio. og det dårlige resultat for det tidligere regnskabsår, var konkurstruet. Endvidere gjorde konkursboet gældende, at selskabet burde have været indstillet og yderligere køb på kredit burde have været afholdt, eftersom håbløshedstidspunktet for længst var overskredet.

Frem til andelsselskabets betalingsstandsning, var der afholdt en række bestyrelsesmøder, hvor der var blevet talt om mulighederne for, hvad der kunne gøres for at forbedre selskabets økonomiske situation. Der blev her undersøgt mulighederne for en fusion eller et salg af andelsselskabet, hvilket blev bakket op af selskabets sparekasse. Efter et møde med sparekassen, deres revisor, advokat, direktør og bestyrelse, havde sparekassen varslet, at de ikke ville forlænge trækingsretten på kassekredit. Det blev derfor d. 3. maj 2010 gjort klart, at det ikke ville være muligt at videreføre andelsselskabet uden yderligere tab. Andelsselskabet havde på dette tidspunkt i starten af 2010, købt kartofler af sagsøger på kredit, hvilket ikke kunne betales, da pengeinstituttet ikke længere ville yde kredit, hvorfor der blev anmeldt betalingsstandsning d. 12. maj 2010. Konkursboet gjorde derfor gældende, at ledelsen havde handlet ansvarspådragende, da det blev gjort gældende, at ledelsen i januar 2010 skulle have været klar over, at selskabet var konkurstruet. Konkursboet mente derfor, at ledelsen ikke skulle have tilladt at købe på kredit, da håbløshedstidspunktet var overskredet.

Ledelsen gjorde gældende, at de ikke havde handlet ansvarspådragende, da de ikke har haft indflydelse på kartoffelbranchens meget lave afregningspriser, hvilket var en af grundene til deres store underskud. Ligeledes blev det gjort gældende, at fortsat drift var realistisk helt frem til betalingsstandsningen, grundet de seriøse forhandlinger om en fusion, samt sparekassens opbakning af selskabet.

Landsretten lagde i sine bemærkninger vægt på, at grundet sparekassens opbakning af andelsselskabet, hvor den af sparekassen ydede kassekredit samtidig ikke var trukket helt op, samt det at andelsselskabet var i forhandlinger, med ikke ringe muligheder for at indgå i en fusion med andre kartoffelavlere, at der ikke kunne statuere erstatningsansvar. Ledelsen blev således frifundet, da de ikke kunne anses for at have handlet erstatningspådragende, grundet deres forsøg på at finde en løsning for selskabets økonomiske situation.

Denne dom viser ligesom U1977.274H, at til trods for at selskabet er i en alvorlig økonomisk situation, hvor der i tidligere perioder har været negativt årsregnskab og det ikke er blevet vendt til selskabets fordel, kan håbløshedstidspunktet således udskydes eller helt afholdes fra at indtræde, selv hvis muligheden for selskabets videreførelse anses for ringe. Dette kan lade sig gøre såfremt, at selskabets ledelse stadig forsøger at finde en løsning, hvortil der således skal være en spinkel mulighed for at det kan gennemføres. Det må tillige siges, at opnår selskabet opbakning fra deres bank, vil det også være et element som domstolene tillægger vægt, når indtræden af håbløshedstidspunktet skal fastslås.

Mødet d. 3. maj 2010, hvor ledelsen, revisoren, advokaten og sparekassen deltog, var der det stod klart at selskabets fortsat drift ikke var mulig uden yderligere tab, hvis selskabet således havde fortsat driften herefter, med yderligere tab som følge heraf, ville ledelsen nok ifalde erstatningsansvar for fortsat drift efter håbløshedstidspunktet, jf. U1998.1137H.

4.3 Toledet bedømmelse ved fortsat drift

Dette afsnit vil belyse situationen, hvor selskabets fortsatte drift beror på et fejlagtigt regnskab. Denne situation kan medføre at bestyrelsen kan ifalde erstatningsansvar, hvilket kan belyses ud fra den under delafsnit 1.3 behandlede dom, U2015.2075H (Memory Card). Denne dom bidrager således med nogle bemærkninger om fortsat drift af selskabet der er værd at nævne til trods for, at den ikke tager stilling til håbløshedstidspunktet, men i stedet fortsat drift af selskabet, hvor dette beror på en fejl i regnskabet.

Det fremgik af sagen ved Landsretten, at den omhandlede bestyrelsen og revisionen, og om hvorvidt de havde handlet ansvarspådragende. Direktøren i Memory Card blev fundet erstatningsansvarlig, idet han allerede i en tidligere landsretsdom, var blevet dømt for groft bedrageri, i forbindelse med at han havde begået regnskabsmanipulation.

Bestyrelsen var ved sagens domsbehandling klar over, at selskabet burde have været indstillet på et tidligere tidspunkt, hvilket fremgår af sagsfremstillingen i Landsretten, som *"Set i bakspejlet kan man se, at selskabets drift burde have været tilpasset eller indstillet noget før, men der er ingen, der kan sige, hvornår bestyrelsen skulle have grebet ind"*. Landsretten lagde dog stadig til grund, at bestyrelsen havde levet op til deres forpligtelser, da de på bestyrelsesmøder hvor revisionen og direktøren var til stede, gentagende gange havde stillet spørgsmål til opgørelsen af varelageret. Der blev lagt vægt på at bestyrelsen var højt kvalificerede erhvervsfolk, der altid var velforberedte og deltog aktivt i bestyrelsesmøderne. Endvidere kunne det lægges til grund, at bestyrelsen kunne støtte ret på, at revisionen ville have fundet fejlene i regnskabet, ved deres gennemgang af selskabet, i forbindelse med børsnoteringen på NASDAQ, hvorfor bestyrelsen ikke kunne findes erstatningsansvarlige. Bestyrelsesformanden, der ikke videregav oplysningerne om kritikken af direktørens håndtering af værdiansættelsen af varelageret, ansås dog som en kritisabel handling. Grundet dette var en enkeltstående fejl af bestyrelsesformanden, kunne han ikke anses for at have handlet erstatningspådragende.

Bestyrelsesformandens frifindelse blev anket til Højesteret, der tiltrådte landsrettens bemærkninger om bestyrelsen. Der blev endvidere i Højesterets præmisser lagt til grund, at hvis bestyrelsen havde modtaget et korrekt regnskab, der ikke indeholdte fejl vedrørende opgørelsen af varelageret, ville det ikke have betydet at bestyrelsen ville have tilpasset eller indstillet driften af selskabet. Dette fremgår af Højesterets præmis som, *"Det er heller ikke godtgjort, at sådanne ændringer i årsregnskabet værdiansættelser og revisionspåtegning i sig selv ville have ført til, at bestyrelsen ville have indstillet eller tilpasset virksomhedens drift"*.

Det interessante i denne dom er, at Højesteret tager stilling til det at selskabets bestyrelse ikke har fået et korrekt regnskab, hvor fortsættelsen af selskabets drift er baseret herpå. Det kunne i dommen således lægges til grund, at hvis bestyrelsen havde modtaget et korrekt regnskab, ville det i dette tilfælde ikke have fået bestyrelsen til at handle anderledes. Samtidig ville det ikke have fået banken eller leverandører til at afstå fra at give kredit, hvorfor bestyrelsesformanden også blev frifundet, da han ud fra sit hverv havde opfyldt sine pligter. Højesteret fandt det således ikke godtgjort, at der var kausalitet mellem den ansvarspådragende fejl i forbindelse med årsregnskabet og tabet. Bestyrelsesformanden havde ikke oplyst den øvrige bestyrelse om

kritikken af direktøren, hvilket blev anset som en fejl, men da dette var en enkeltstående fejl og bestyrelsesformanden ikke i øvrigt havde handlet uagtsomt frifandtes denne.

Erik Werlauff kommer tillige med nogle bemærkninger vedrørende dette og fremstiller det således ud fra Memory Card dommen, at ledelsens erstatningsansvar ved fejl i regnskabet, i forbindelse med den fortsatte drift af selskabet, kan fastlægges ud fra en toleddet bedømmelse. Punkt et er, at der skal vurderes om regnskabet burde have set anderledes ud, hvorefter punkt to tager stilling til, hvorvidt ledelsen i givet fald ville have indstillet eller tilpasset driften ud fra det korrekte regnskab. Hvis der de to punkter i bedømmelsen kan besvares bekræftende, vil ledelsen således kunne findes erstatningsansvarlige.¹⁰⁷

Det kan således udledes, fra Højesterets bemærkninger i dommen og Erik Werlauffs kommentarer hertil, at bestyrelsen kan ifalde erstatningsansvar for fortsat drift af selskabet, hvor dette er gjort på baggrund af et fejlbetonet regnskab. Dette kræver dog at bestyrelsens pligter, i forbindelse med opfølgning af den økonomiske situation i selskabet, skal være tilsidesat. Hvis ikke bestyrelsens pligter er tilsidesat, skal der kunne svares bekræftende til, at regnskabet burde have set anderledes ud, hvor ledelsen herudfra ville have indstillet eller tilpasset driften af selskabet, før erstatningsansvar kan ifaldes.

Delkonklusion

Ud fra gennemgangen af ovenstående retspraksis vedrørende fastlæggelsen af håbløshedstidspunktet, ses det i U1998.1137H, at håbløshedstidspunktet blev fastsat til en generalforsamling, hvor det underskudsbetonede regnskab blev fremlagt. Her burde det for ledelsen have stået klar, at fortsat drift ikke var muligt uden yderligere tab. Håbløshedstidspunktet blev i U2007.497H, i stedet skønsmæssigt fastsat af Højesteret, da der ikke var afholdt nogle bestyrelsesmøder eller andre møder, hvor selskabets økonomi var drøftet, da det tidligere burde stået ledelsen klart at fortsat drift ikke var muligt uden yderligere tab.

Håbløshedstidspunktet kan således fastlægges til at være tidspunktet, hvor bestyrelsen bliver oplyst om det kritiske regnskab eller bekendt med den alvorlige økonomiske situation. Domstolene ses samtidig at være villige til at fastlægge tidspunktet, hvor situationen burde have stået ledelsen klar. I begge domme tillægges det ligeledes betydning, at selskabets økonomiske vanskeligheder har været af tilbagevendende karakter, hvorfor det således må konkluderes, at der ikke må være tale enkeltstående tilfælde. Det kan på den baggrund konkluderes at håbløshedstidspunktet tidspunktet i høj grad indtræder, når selskabets regnskab viser stort underskud og tab af store dele, eller hele egenkapitalen. Det er begrundet i, at det her bør stå klart for ledelsen, at fortsat drift ikke vil være muligt uden yderligere tab, jf. U1998.1137H, understøttet af U2007.497H.

Til trods for selskabet har haft underskud og likvidetsproblemer igennem en længere periode, kan håbløshedstidspunktet dog ikke altid fastlægges. Dette ses ud fra gennemgangen af U1977.274H og U2015.257V, hvor sagsøger i begge tilfælde mente at håbløshedstidspunktet var passeret. Ledelsen blev i begge tilfælde frifundet, grundet deres indsats med at finde en løsning på selskabets situation. Det kan dermed konkluderes, at nogle af de elementer der kan være med til at udskyde håbløshedstidspunktet, eller helt afholde det fra at indtræde, er hvis selskabets ledelse gennem en vedvarende indsats, har forsøgt at etablere en løsning, hvor ikke useriøse forhandlinger om salg af virksomheden eller indgåelse af fusion har været i gang. Dette lader især til at være tilfældet, hvis selskabet samtidig har haft opbakning fra deres bank.

¹⁰⁷ Werlauff: Selskabsret (2016), s. 646

Endvidere kan det konkluderes, at til trods for et selskabs regnskab ikke har vist underskud, hvor regnskabet senere viser sig at være fejlbetonet, kan ledelsen dog stadig ifalde erstatningsansvar for fortsat drift af selskabet. Bestyrelsens pligter i forbindelse med opfølgning af den økonomiske situation i selskabet, skal dog her være tilsidesat, jf. delafsnit 3.2. Hvis ikke bestyrelsens pligter er tilsidesat, skal der kunne svares bekræftende til den toleddede bedømmelse, om at regnskabet burde have set anderledes ud, hvor ledelsen herudfra ville have indstillet eller tilpasset driften af selskabet, før erstatningsansvar kan ifaldes for fortsat drift heraf.

Kapitel IV

Konklusion

Dette speciale har til formål at undersøge gældende ret om, hvornår ledelsen kan ifalde erstatningsansvar, med særligt fokus på bestyrelsen.

Det kan ud fra analysen konkluderes, at culpabedømmelsen af bestyrelsesansvaret gennem specialet har vist sig at være underlagt den almindelige culpanorm, som er kendt fra de almindelige erstatningsretlige grundsatninger. Denne ses påvirket af flere forskellige faktorer, grundet de adfærdsnormer som et ledende medlem i et selskab er underlagt, som det eksempelvis fremgår af selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5. Det er samtidig fastlagt i afsnittet om culpabedømmelsen af bestyrelsen, at de almindelige erstatningsretlige grundsatninger finder anvendelse. Når der skal vurderes hvorvidt bestyrelsen har handlet erstatningspådragende ved overtrædelse af selskabslovens § 361, vil de almindelige erstatningsretlige betingelser om tab, ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans således stadig være gældende.

Vedrørende overtrædelse af lov om finansiel virksomhed, medfører dette ikke nødvendigvis erstatningsansvar, når erstatningsspørgsmålet er rejst efter selskabslovens § 361, da domstolene i erstatningsretlige spørgsmål udelukkende har fokus på, hvorvidt overtrædelsen af særlovgivninger har direkte tilknytning til tabet.

Et spørgsmål, der tillige er rejst i dette speciale, er hvorvidt culpabedømmelsen af ledelsen nærmer sig et professionsansvar. Det kan konkluderes ud fra analysen, at bestyrelsesansvaret ikke kan anses som et professionsansvar. De i stedet er underlagt den almindelige culpabedømmelse og skal følge adfærdsnormen, som er gældende på baggrund af deres kvalifikationer som bestyrelsesmedlem.

Når adfærdsnormen skal fastlægges, ses blandt andet på bestyrelsens personlige kvalifikationer, hvorunder erfaring og faglighed har vist sig at have betydning. Dette skyldes, at et fagligt stærkt bestyrelsesmedlem er pålagt en "strengere" ansvarsnorm, end et fagligt svagt bestyrelsesmedlem, da det fagligt stærke medlem, burde have større indsigt i selskabets situation. Dette er ikke i strid med den almindelige culpanorm, som bestyrelsesansvaret er underlagt. Det har betydning for bedømmelsen i retspraksis, at bestyrelsen ikke er underlagt et professionsansvar, da der ved professionsansvaret ikke forefindes individuelle undskyldningsgrunde for enkeltstående fejl.

Der er i nærværende speciale blevet undersøgt, hvorledes domstolene forholder sig til bestyrelsesmedlemmernes ansvarspådragende handling, ved tilsidesættelse af deres pligter, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5. I dommene U2001.873H (ASX) og U2007.497H (Calypso) blev det fundet, at bestyrelsesmedlemmerne var erstatningsansvarlige for deres tilsidesættelse af pligter, hvorved det kan konkluderes, at ved tilsidesættelse af bestyrelsens pligter, vil der som udgangspunkt kunne statueres erstatningsansvar.

Dommen U2007.497H (Calypso), hvor et rejsebureau havde en forretningsplan, der beroede på forudbetalinger, viste at domstolene ved nogle forretningsplaner, endvidere vil kunne anvende et skærpet krav til bestyrelsens varetagelse af pligten om at føre tilsyn med selskabets økonomi. Dermed kan det konkluderes, at forretningsplaner, der blandt andet beror på forudbetalinger, kan medføre et skærpet krav om varetagelse af bestyrelsens pligter, om tilsyn af selskabets økonomiske forhold.

Ud fra analysen blev der set på dommen, U2001.873H (ASX), hvor bestyrelsesmedlem ikke fik informationer om overdragelsen af selskabets eneste aktiv, viste hvorledes domstolene forholder sig til mangelfuld tildeling

af informationer til bestyrelsen. Bestyrelsesmedlemmet havde tilsidesat pligterne der påhvilede ham, hvorved bestyrelsesmedlemmet blev fundet erstatningsansvarlig. Det blev imidlertid en formildende omstændighed at bestyrelsesmedlemmet ikke havde modtaget informationer om overdragelsen. Det kan derfor konkluderes, at mangel på informationer der tilgår bestyrelsen, kan være en formildende omstændighed ved domstolenes bedømmelse.

Dommen, U2011.1052H (Ulmadan), hvor bestyrelsesformanden blev vildledt af selskabets direktør, vedrørende modregning, viste hvorledes domstolene forholder sig til den situation, hvor bestyrelsen får vildledende informationer af direktionen. De vildledende informationer medførte en svækkelse af bestyrelsesformandens handleevne. Det kan herudfra konkluderes, at bestyrelsen kan støtte ret på de informationer de modtager fra direktionen.

Det ses i analysen, hvorledes domstolen i U1981.973H (Røde Vejmølle) lagde vægt på, både at ledelsen ikke forfulgte egne interesser og ikke handlede imod selskabets interesser. Det kan på denne baggrund konkluderes, at domstolene har en vis tilbageholdenhed med at dømme ledelsen, hvis denne har opfyldt betingelserne for at skønnet hører under Business Judgement Rule, hvilket må anses for at kunne medføre en formildende omstændighed, ved bedømmelse af ledelsens ansvar.

Ud fra undersøgelsen af, hvornår håbløshedstidspunktet indtræder, kan det konkluderes, som værende tidspunktet hvor ledelsen er eller bør være klar over, at selskabets drift ikke vil være mulig uden yderligere tab. Dette tidspunkt ses i dommen U1998.1137H, som værende fastlagt til generalforsamlingen, hvor der blev fremlagt et regnskab, der viste underskud og tab af hele egenkapitalen. Domstolene ses tillige at lægge vægt på, at likviditetsproblemerne gennem en længere periode var tilbagevendende, hvorfor det kan konkluderes at enkeltstående tilfælde af underskud, ikke vil kunne medføre at håbløshedstidspunktet indtræder. Domstolene ses endvidere i dommen U2007.497H, ikke at være tilbageholdende med selv at fastslå, hvornår håbløshedstidspunktet er indtrådt, såfremt bestyrelsen ikke har varetaget deres pligter om at føre tilsyn med selskabets økonomiske situation.

Det kan ud fra analysen tillige konkluderes, at nogle af de elementer, der kan være med til at udskyde håbløshedstidspunktet, eller helt afholde det fra at indtræde, er hvis selskabets ledelse gennem en vedvarende indsats har forsøgt at etablere en løsning, hvor ikke useriøse forhandlinger om salg af virksomheden eller indgåelse af fusion har været i gang. Dette lader især til at være tilfældet, hvis selskabet samtidig har haft opbakning fra deres bank.

Konsekvensen ved fortsat drift af selskabet efter håbløshedstidspunktets indtræden, kan konkluderes til, at være forøgelsen af selskabets gæld, fra netop tidspunktet hvor håbløshedstidspunktet indtræder.

Det kan ud fra analysen endvidere konkluderes, at bestyrelsen vil kunne findes erstatningsansvarlige for fortsat drift af selskabet, såfremt den fortsatte drift beror på et fejl betonet regnskab. Dette kræver dog en bekræftelse til, at regnskabet burde have set anderledes ud og at det herefter, ville have fået bestyrelsen til at indstille eller tilpasse driften.

Afslutningsvis kan det konkluderes, at bestyrelsen vil kunne ifalde erstatningsansvar, såfremt de ud fra deres handle måde har påført selskabet et tab, jf. selskabslovens § 361. Bestyrelsen er ifølge selskabslovens § 361, samtidig underlagt de fire grundlæggende erstatningsretlige betingelser, hvor culpabedømmelsen ved

ansvarsgrundlaget vil ske ud fra den adfærdsnorm, der vurderes gældende for, hvordan andre bestyrelsesmedlemmer vil have handlet.



Litteraturliste

Bøger

Andreas Bloch Ehlers, "Grundlæggende erstatningsret", 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2019

Bo von Eyben og Helle Isager, "Lærebog i erstatningsret", 8. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2015

Carsten Fode, "Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger", 1. udgave, DJØF FORLAG 2020

Carsten Munk-Hansen, "Retsvidenskabsteori", 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018

Erik Werlauff, "Erstatningsansvar i selskabsforhold – ledelse, ejere, revisor", 1. udgave, 1. oplag, WERLAUFF Publishing A/S, 2016

Erik Werlauff, "Selskabsret", 10. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2016

Hanne Søndergaard Birkmose, Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen, "Selskaber – Aktuelle emner II", 1. udgave, 1 oplag, DJØF FORLAG 2019

Jan Schans Christensen, "Kapitalselskaber - Aktie- og Anpartsselskabsret", 5. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2017

Peter Blume, "Juridisk metodelære", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010

Torben Ballegaard, "Når bestyrelsen skaber værdi", 1. udgave, Gyldendal Business 2014

Hjemmesider

Finanstilsynet, Selskabsreformen (<https://www.finanstilsynet.dk/upload/Nyhedscenter/2010/Selskabsreformen.pdf>)

Lovgivning

LBKG 2014-01-06 nr. 11 Konkursloven

LBKG 2017-11-30 nr. 1373 Hundeloven

LBKG 2018-08-24 nr. 1070 Erstatningsansvarsloven

LBKG 2019-07-23 nr. 763 Selskabsloven

LBKG 2019-09-06 nr. 937 Finansiell virksomhed, lov

LBKG 2019-09-17 nr. 976 Straffeloven

Domme i ugeskrift for retsvæsen

U1968.84/2H
U1971.141H
U1977.274H
U1981.973H
U1983.866/2H
U1989.394H
U1998.1137H
U1999.707H
U2001.873.H
U2002.1868V
U2007.497H
U2011.2052H
U2013.1273V
U2014.345H
U2015.2075H
U2015.257V
U2019.1908H

Utrykte domme

B-1088-12 Østre Landsret
B-1291-10 & B-1851-10 Østre Landsret
BS-12521/2019-HJR

Anslag

Antal anslag er optalt uden Abstract, indholdsfortegnelse, litteraturliste og fodnoter.

Ordoptælling

Statistik:

Sider	51
Ord	22.636
Tegn (uden mellemrum)	138.083
Tegn (med mellemrum)	160.534
Afsnit	336
Linjer	1.849

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk