



HVORNÅR IFALDER BESTYRELSEN I UNOTEREDE SELSKABER ERSTATNINGSANSVAR?

Hvilke elementer lægges der vægt på i
bedømmelsen?

Aalborg Universitet
Kandidatafhandling - cand.merc.aud.
Maj 2020

Pernille Rex Duch - 20171145

Contents

1. Abstract	3
2. Indledning	4
2.1 Problemformulering	5
2.2 Metode	6
2.2.1 Skrevne retskilder	7
2.2.2 Uskrevne retskilder	7
2.3 Afgrænsning	8
2.4 Opbygning	9
3 Lovgrundlag	10
3.1 Selskabsloven	11
3.1.1 § 115 Bestyrelsens opgaver	12
3.1.2 § 119 Kapitaltab	14
3.1.3 § 127 Utilbørlige dispositioner samt aftaler indgået med enekapitalejer	15
3.1.4 § 130 Bestyrelsens og tilsynsrådets forretningsorden	16
3.1.5 § 361 Erstatning, tvungen overdragelse mv.	17
3.2 Vedtægter	18
4 Ledelsens sammensætning	19
5 Begreberne ansvar og hæftelse	21
5.1 Ansvar	22
5.1.1 Objektivt ansvar	22
5.1.2 Professionsansvar	23
5.2 Culpa	24
5.2.1 De erstatningsretlige betingelser	27
5.2.2 Kritik af den traditionelle ansvarsmodel	28
5.3 Hæftelse	29
6 Ansvarsforsikring	30
7 anbefalinger om god selskabsledelse	31
8 Bestyrelsens beslutningsgrundlag	33
8.1 Bestyrelsesmedlemmernes forskellige viden	34
8.1.1 Advokaten som det professionelle medlem	34
8.1.2 Medarbejderrepræsentant	36

8.1.3	Familiemedlemmet.....	41
9	Bestyrelsens informationskilder	42
9.1	Information internt i bestyrelsen	43
9.2	Direktionen	44
9.3	Revisor	47
9.3.1	Aflæggelse af årsrapport	49
9.4	Rådgivning fra eksterne parter.....	52
10	Det forretningsmæssige skøn (Business Judgement Rule).....	53
10.1	Fortsat drift.....	54
10.2	Risikoprofil	56
10.3	Loyalt forretningshensyn.....	58
11	Bestyrelsesansvaret i et fremtidsperspektiv	61
11.1	Bliver bestyrelsens ansvar i fremtiden mere lignende et professionsansvar?	61
11.2	Hvordan påvirkes bestyrelsens ansvar under corona-krisen?.....	62
12	Konklusion	64
13	Oversigt over litteratur m.v.	67
	Lovgivning mv.	67
	Bøger mv.....	67
	Hjemmesider	67
	Domsregister	68

1. Abstract

The purpose of this thesis is to clarify when the board of directors of unlisted companies falls into responsibility and which elements that are included in the assessment. The thesis will only explain unlisted companies in Denmark as we have a big amount of them, and they are very important in our community.

The thesis is based on legislation in the Danish Companies Act and the court practice in Danish company law. Based on the law and the court practice, the thesis will examine which elements the court takes into mind in their assessment.

The thesis will analyze relevant court practice. It will both be new litigations, but also older litigations, that are still relevant today. In reviewing the court practice, the most important fact is that the management's disposition has been justified and loyal to the company, which is the most essential factor in the assessment of responsibility. Other elements to the court's assessment will also be analyzed e.g. the management structure, the Board's sources of information, and the Business Judgement Rule. Analyses of court practice and the court's arguments lead to a discussion. Internal and external relationships and factors will be discussed.

Corporate Governance will be reviewed and its effect on Danish company law will be discussed. Listed companies must consider the recommendations on good corporate governance, which, is not a requirement for the unlisted company. They can use the users as guidelines.

The expected development of board members' responsibilities will be discussed. The reason for assuming if responsibility can develop others is due to an increase in regulation and soft law, liability insurance and management training. However, this thesis concludes that the board's responsibility, in an unlisted company cannot be responsible in the same level as a professional standard. In addition, the Danish Companies Act does not have any requirements for the skills that a board member must have.

The thesis concludes that the board of directors must have acted intentionally or negligently to incur liability. As a final note, the most important aspects of the Court's liability winner are brought. These writings - men are not limited to the basis of a management's discretion, a company's program, loyalty and the justification of dispositions.

2. Indledning

Alle aktieselskaber er ifølge Selskabsloven (efterfølgende benævnt SL) forpligtet til at have en bestyrelse. Da bestyrelsen har det overordnede ansvar for selskabet, har bestyrelsens arbejde en stor samfundsmæssig betydning. Der er rigtig mange aktieselskaber i Danmark, og der har historisk også været mange retssager omhandlende bestyrelsen og deres handlinger eller mangel på samme. Oftest også fordi bestyrelsens ansvar tit kan være en del af de erhvervsskandaler, som trækker overskrifter i medierne. I Danmarks erhvervsskandaler, hvor investorer, samarbejdspartnere og andre interessenter, lider et økonomisk tab, er bestyrelsens ansvar ofte genstand for diskussion. I løbet af den seneste årrække har sager som OW-bunker, IT Factory og især retssager mod bank bestyrelser efter finanskrisen stillet spørgsmålstejn ved ledelsens handlinger i forbindelse med tabet.¹

Der er rigtig mange unoterede kapitalselskaber i Danmark, og faktisk kan 99% af alle danske virksomheder betegnes som små og mellemstore virksomheder (SMV'er), og 75 % af de danske SMV'er er uafhængige af koncernrelation.² Derfor er de en rigtig stor og vigtig del af Danmarks økonomi og erhvervsliv. Dette speciale omhandler derfor bestyrelsen i unoterede selskaber, da de danner grundlag for vores økonomi i Danmark og giver arbejdspladser til rigtig mange mennesker i Danmark. Definitionen på SMV og unoterede selskaber er dog ikke det samme, men en stor del af SMV-virksomheder består af unoterede selskaber, hvorfor det er naturligt at drage paralleller heraf.

Derudover er der også valgt at tage udgangspunkt i de unoterede selskaber, da der her er færre retningslinjer end hos de noterede selskaber, og derudover er det også her, vi ser bestyrelser, som består af bestyrelsesmedlemmer, som ikke er professionelle og derfor er det her ekstra vigtigt at belyse det ansvar, som bestyrelsesmedlemmer har. Bestyrelsesmedlemmerne er nemlig stadig underlagt ansvar og pligter, selvom der ikke er tale om en professionel bestyrelse. Her skal det huskes, at der ikke er nogle krav til kompetencer hos bestyrelsesmedlemmerne.

Det er derfor meget relevant at spørge sig selv, hvor ansvaret ligger, når virksomheder må dreje nøglen om, eller hvor der på baggrund af ledelsesbeslutninger er sket et økonomisk tab for virksomheden. Her er det meget nærliggende at starte med at kigge på bestyrelsen, da bestyrelsen har det overordnede og strategiske ansvar for selskabet.

Hvor stor en indflydelse har "det forretningsmæssige skøn", og hvor går grænsen i forhold til loyalitet og forsvarlighed, når man snakker om bestyrelsens ansvarsvurdering. Dette er det store spørgsmål, når

¹ (Faurfelt, 2017)

² (Anne Katrine Bach Jensen, 2016)

domstolene skal vurdere hvornår bestyrelsen skal stå til ansvar for et eventuelt tab som kapitalselskabet kan have lidt.

For at kunne gå i dybden med dette emne vil retsgrundlaget i den danske selskabsret blive gennemgået. Ligeledes vil tidligere relevante domme blive gennemgået for at kunne fastlægge retspraksis inden for området.

I dag bliver bestyrelsens ansvar dømt ud fra culpereglen, men spørgsmålet er, om denne ansvarsvurdering er tilstrækkelig eller om det er nødvendigt at der kommer en skærpelse hertil, eftersom der jævnligt er aktive sager, hvor der stilles spørgsmålstejn ved, om bestyrelsen har taget sit ansvar.

Når bestyrelsen skal foretage beslutninger, kræver det en vis indsigt i virksomheden. Dette kan både være i form af indsigt i selskabets økonomiske forhold, lovgivning i branchen samt generelle forhold i det marked, som selskabet opererer i. Oftest er det vigtigste spørgsmål, hvad selskabets ledelse burde vide på tidspunktet for beslutningstagningen.

Erik Werlauff mener, at der i fremtiden kan komme en specialisering af bestyrelsesansvaret som vil komme til at få betydning for ansvarsvurderingen.³

2.1 Problemformulering

Dette speciale omhandler vurdering af bestyrelsens ansvar i et dansk unoteret selskab. Formålet i denne afhandling er at analysere bestyrelsens ansvar i danske selskaber, samt hvornår bestyrelsen kan ifalde ansvar. Derfor er nedenstående problemformulering udarbejdet.

Hvornår ifalder bestyrelsen i unoterede selskaber erstatningsansvar og hvilke elementer lægges der vægt på i bedømmelsen?

³ (Werlauff, Bestyrelsens arbejde og ansvar, 2010, s. side 13)

2.2 Metode

For at kunne besvare problemformuleringen er der anvendt den retsdogmatiske metode. Det vil sige, at der vil være beskrivelser, analyser, fortolkninger og systematiseringer af den gældende ret, som er i Danmark i dag.⁴ Derfor er det vigtigt at kunne definere, hvad den gældende ret er, hvorfor retskilder vil blive inddraget, da de definerer vores retsgrundlag og retsstillingen. Derudover vil der også blive inddraget soft law, da Anbefalingerne om god selskabsledelse behandles i dette speciale.

Når man har med lovgivning og regler at gøre, er der især tre generelle principper, som er vigtige at have kendskab til. Det ene af disse principper er "lex superior" princippet, som siger at en højere lovregel trumfer en lavere lovregel.⁵ Dette kan betyde at f.eks. grundloven trumfer en anden lov, eller at en lov trumfer en lovebekendtgørelse. Dernæst findes der også "lex posterior" princippet, som siger at en ny lov altid vil være gældende fremfor en ældre lov.⁶ Dette princip skal især anvendes, når man har to forskellige love, som er på samme niveau i lovhierarkiet, hvor anvendelse af de to forskellige love, vil give to forskellige afgørelser. I sådan et tilfælde skal man anvende den nyeste af de to love. Til sidst er der princippet om "lex specialis" som siger at en speciel lovregel altid skal anvendes frem for en generel lovregel.⁷

⁴ (Munk-Hansen, 2014, s. side 86)

⁵ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 138)

⁶ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 139)

⁷ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 137)

2.2.1 Skrevne retskilder

Vores retskilder i Danmark består både af skrevne og uskrevne retskilder.⁸ De skrevne retskilder består af grundloven, som står øverst i lovhierarkiet. Derudover er der de danske love, samt lovbekendtgørelser.⁹ Der er også forordninger og direktiver, som er gældende i Danmark på grund af vores medlemskab i EU. Skrevne retskilder kan derudover være aftaler indgået mellem parter. Overalt i vores samfund indgås der mange aftaler mellem forskellige parter. Derfor er aftaler og i mange tilfælde Aftaleloven en væsentlig del, når vi snakker retskilder. Aftaler er dog altid meget forskellige og kan enten være i skriftlig eller mundtlig form.¹⁰

I dette speciale vil det i overvejende grad være selskabsloven, der bliver anvendt som de skrevne retskilder.

2.2.2 Uskrevne retskilder

De uskrevne retskilder er ofte sværere at tolke i forhold til de skrevne retskilder. Når det kommer til de uskrevne retskilder, er det især retssædvaner, der for dette emne, har en vigtig betydning. Retssædvaner er udbredt inden for flere lovgivninger, da det oftest har haft en betydning i en længere periode og derfor kan det i mange tilfælde også blive sidestillet med en lov.¹¹ Sædvaner kommer fra praksis, og med retspraksis forstås tidligere domme, som danner grundlag for efterfølgende domme, og dermed danner praksis inden for et bestemt område. Et eksempel på en retssædvane kan være culpereglen, som anvendes i erstatningsretten.¹² Dermed får en retssædvane også en stor betydning for ansvarsvurderingen i dette speciale.¹³

Udover ret sædvaner og retspraksis findes der også noget der hedder kutyper. Disse kan være endnu sværere at tolke, da det nærmere er en form for skik inden for en bestemt branche, og derfor er det også kun dem, som befinder sig inden for den branche, som kender til de respektive kutyper, og derfor kun i disse tilfælde kan de anvendes af domstolene til at afgøre en sag.¹⁴

Da de skrevne retskilder i form af love, sjældent er udtømmende, er retspraksis og rets sædvaner også en vigtig del af dette speciale.

⁸ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 85)

⁹ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 86)

¹⁰ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. side 102)

¹¹ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. 99)

¹² (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. 99)

¹³ (Bergenser, 2012, s. 328)

¹⁴ (Werlauff & Hansen, Den juridiske metode - en introduktion, 2013, s. 111)

2.3 Afgrænsning

Emnet om bestyrelsens ansvar kan være et meget bredt emne, hvorfor det er vigtigt at lave afgrænsninger, så det er muligt at holde fokus på emnet i dette speciale.

Dette speciale er heller ikke udtømmende i forhold til emnet, men der er lavet bevidste fravalg, for at kunne belyse emnet som ønsket.

Der afgrænses fra udenlandske selskaber samt udenlandsk lovgivning. Herudover er der alene tale om ledelsesansvaret i unoterede selskaber i form af aktieselskaber og anpartsselskaber. Senere i denne opgave omtales dette som kapitalselskaber eller blot selskaber.

Der skelnes ikke mellem betegnelsen selskab eller virksomhed, da dette speciale kun omhandler kapitalselskaber i form af aktieselskaber og anpartsselskaber, og der menes eller henvises derfor kun til kapitalselskaber. Derfor menes der heller ikke iværksætterselskaber eller partnerselskaber. Derudover vil specialet heller ikke omhandle fonde og foreninger.

Lovgivning og retspraksis for børsnoterede selskaber samt finansielle virksomheder såsom banker inddrages kun på et overfladisk plan i besvarelsen. Det samme er gældende for andre virksomheder med særregler og lovgivning. Ansvar analyses kun for bestyrelsen og dermed ikke direktion eller tilsynsråd.

Vurdering af strafansvar og de strafferetlige regler er ikke en del af specialet. Retssager som er blevet dømt ud fra straffeloven og ikke selskabsloven vil ikke blive inddraget i specialet. Teorien og lovgivningen bag kan dog blive overfladisk behandlet i specialet.

Det har været en bestræbelse at anvende den nyeste lovgivning og teori på området, men da en stor del af lovgivningen er bygget videre på tidligere selskabslove, er der også anvendt teori og praksis af ældre dato.

I dette speciale vil der være fokus på bestyrelsens ansvar, og derfor vil der ikke være fokus på ejernes ansvar og hæftelse. Ejere og bestyrelsesmedlemmer kan godt være samme person, men i dette speciale vil der kun være fokus på ansvaret som bestyrelsesmedlem og ikke som kapitalejer.

2.4 Opbygning

Det første afsnit starter ud med et abstract, som er et kort resume af hele specialet.

Det andet afsnit indeholder en indledning til specialet, præsentation af problemformulering, de metoder som er anvendt i specialet samt de afgrænsninger som er foretaget.

Afsnit 3 omhandler gennemgang af udvalgte dele af Selskabsloven, som regulerer ledelsens pligter.

Derefter følger afsnit 4, som indeholder gennemgang af de muligheder der er for sammensætning af ledelsens i kapitalselskaber.

Det femte afsnit omhandler begreberne ansvar og hæftelse, og hvad forskellen på disse begreber er.

Afsnit 6 omhandler ansvarsforsikring. Herunder hvilke fordele der kan være, ved at have en ledelsesforsikring samt hvilke brancher og tilfælde, hvor det er lovpligtigt at have en ansvarsforsikring.

Derefter følger afsnit 7, som omhandler "Anbefalinger om god selskabsledelse", og en analyse af om anbefalingerne kan anvendes på unoterede selskaber.

Afsnit 8 omhandler bestyrelsens beslutningsgrundlag herunder de forskellige bestyrelsesmedlemmers forskellige viden på baggrund af kompetencer, for bagefter at analysere, bestyrelsesmedlemmernes forskellige viden og om det har betydning for ansvarsvurderingen.

Dernæst kommer afsnit 9 som omhandler bestyrelsens informationskilder. Herunder vil de enkelte informationskilder blive behandlet samt hvilke fordele og ulemper samt udfordringer, der kan opstå i samarbejde med bestyrelsen.

Afsnit 10 er en analyse af det forretningsmæssige skøn, herunder vil punkterne fortsat drift, risikoprofil og loyalt forretningshensyn blive gennemgået.

I afsnit 11 vil der være en perspektivering omkring fremtiden for ledelsen i kapitalselskaber. Herunder også hvordan bestyrelsen skal forholde sig til samfundsrelevante udfordringer som f.eks. corona-krisen.

Afsnit 12 vil indeholde en konklusion på hele specialet. Her konkluderes og sammendrages de elementer, der er blevet belyst, analyseret, og diskuteret i specialet

Afsnit 13 er en samlet oversigt over alt den litteratur, som er anvendt til udarbejdelse af specialet.

3 Lovgrundlag

Dette afsnit har til formål at beskrive ledelsens regelgrundlag, da en overtrædelse af disse regler kan medføre erstatningsansvar. Bestyrelsen er reguleret af gældende love, selskabets vedtægter og andre forskrifter, herunder f.eks. forretningsordenen.¹⁵

Når der skal laves en vurdering af bestyrelsens ansvar i kapitalselskaber, skal gældende ret findes i selskabsloven. Selskabsloven gennemgik i 2009 en større reform. Formålet med denne modernisering af lovgivningen var at forenkle reglerne for at kunne lette de administrative byrder for selskaberne, så længe det ikke skete på kompromis af kreditorerne og kapitalejernes retsbeskyttelse.¹⁶ For at give en kort gennemgang af de mest væsentlige ændringer blev aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven lagt sammen og der skete en stor forenkling af lovgrundlaget. Den nye selskabslov medførte ligeledes en større handlefrihed for bestyrelsen, da deres pligter ikke er nedskrevet i samme omfang. Derfor har det også været nødvendigt at få præciseret hvornår bestyrelsen kan ifalde ansvar, samt hvornår der er en handlepligt for bestyrelsen.¹⁷

Derfor vil de kommende afsnit i dette speciale omhandle relevante paragraffer som findes i Selskabsloven.

¹⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 417)

¹⁶ KBET 2008, nr. 1498, side 39

¹⁷ KBET 2008, nr. 1498, side 41

3.1 Selskabsloven

I selskabslovens kapitel 7, som omhandler kapitalselskabers ledelse, ses det, at loven er opbygget som et samspil mellem ledelsen, hvor pligter og ansvar ligeledes er opdelt. Bestyrelsens opgaver er angivet i § 115 og direktionens opgaver i § 117 og § 118. Her ses det, at et bestyrelsesmedlem og en direktør ikke har de samme opgaver, og derfor er det heller ikke det samme ansvar. Selvom der er forskel på ledelsens opgaver, må der gerne være sammenfald mellem personerne i bestyrelsen og direktionen, dog må bestyrelsesformanden og direktøren ikke være den samme jf. SL§ 111, stk. 1. Dette betyder at den samme person kan indtage flere roller, og herunder ansvar, overfor det samme kapitalselskab.

Ledelsens opgaver findes i Selskabslovens § 115-119, som regulerer hvordan vi sikrer at den samlede ledelse driver selskabet forsvarligt. Hvad der menes at være forsvarligt, er et definitionsspørgsmål, og at kunne undersøge dette tages der udgangspunkt i retspraksis og normer på området.

I dette speciale vil selskabsloven § 115, § 119, § 127, § 130 og §361 blive gennemgået, da det vurderes at være de mest væsentlige lovgrundlag til vurdering af bestyrelsens arbejde, som samtidig giver det mest overordnede indsigts i det arbejde, som en bestyrelse påtager sig.

3.1.1 § 115 Bestyrelsens opgaver

"I kapitalelskaber, der har en bestyrelse, skal denne ud over at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalelskabets virksomhed påse, at

- 1. Bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalelskabets forhold er tilfredsstillende,*
- 2. Der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,*
- 3. Bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om kapitalelskabets finansielle forhold,*
- 4. Direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer og*
- 5. Kapitalelskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalelskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt."*

Med ovenstående lovformulering ses det, at det er bestyrelsens ansvar at varetage den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, samt at sikre at der er en forsvarlig organisation. Med en forsvarlig organisation mener der, hvordan selskabet skal tilrettelægges herunder, rammer for investeringer, finansiering, ansættelses- og ledelsespolitikker.¹⁸ Domstolene kan have svært ved at idømme bestyrelsen et erstatningsansvar på baggrund af en manglende forsvarlig organisation, for hvordan vurderer man om en organisation er forsvarlig eller ej? Derudover skal det også kunne bevises at der er en årsagssammenhæng mellem den uforsvarlige organisation samt et økonomisk tab for selskabet.¹⁹

Ifølge punkt 1 er det bestyrelsens opgave at sikre at bogføring og regnskabsaflæggelsen sker på en tilfredsstillende måde. Dette er selvsagt på et overordnet niveau, at bestyrelsen skal påse dette, da det i praksis ikke kan lade sig gøre at have det overordnede ansvar for en virksomheds drift samtidig med at være i detaljen i forhold til virksomhedens økonomi.²⁰

Derfor giver punkt to rigtig god mening i forlængelse heraf, da bestyrelsen ligeledes har ansvaret for, at der er indført procedurer for risikostyring samt de nødvendige interne kontroller. Det giver derfor god mening at de første to punkter stort set ses som et punkt, da det går meget hånd i hånd.

¹⁸ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 466)

¹⁹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 466)

²⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 467)

I punkt nummer tre handler det om at bestyrelsen har ansvar for at de modtager den nødvendige rapportering om selskabets finansielle forhold. Dette vil i praksis være direktionen, som forelægger månedsrapportering eller kvartalsrapportering til bestyrelsen på bestyrelsesmøderne. Dette punkt er altså med til at fastlægge hvordan samspillet med direktionen og bestyrelsen skal finde sted.

I forlængelse heraf kommer vi også til punkt nummer 4, hvor bestyrelsen skal påse at direktionen udfører sit hverv, og efter retningslinjer fra bestyrelsen. Som det også fremgår af SL§ 111 stk. 1. punkt 1. er det også bestyrelsens ansvar at ansætte en direktion.

Som det fremgår af SL §115 punkt 5 er det bestyrelsens ansvar at sikre at selskabet har et forsvarligt beredskab, og at selskabet kan betale sine forpligtelser, når de forfalder. Dermed har bestyrelsen et ansvar for at sikre en forsvarlig økonomi i den daglige drift, og ikke kun at sikre at selskabet ikke mister over halvdelen af den tegnede kapital. Udover at bestyrelsen skal påse at selskabet har et forsvarligt beredskab, skal bestyrelsen ligeledes vurdere om driften skal indstilles, hvis det ikke er muligt at selskabet kan videreføres forsvarligt.²¹

Det kan altså konkluderes at ovenstående punkter er minimum for, hvad bestyrelsen skal sikre sig, for at der er styr på virksomheden. Ovenstående punkter er altså også minimum for hvilke informationer, som bestyrelsen skal have stillet til rådighed for at have et forsvarligt beslutningsgrundlag. Bestyrelsens beslutningsgrundlag vil blive gennemgået senere i afsnit 8.

²¹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 468)

3.1.2 § 119 Kapitaltab

"§ 119. Ledelsen i et kapitalsekskab skal sikre, at generalforsamling afholdes, senest 6 måneder efter at det konstateres, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. På generalforsamlingen skal det centrale ledelsesorgan redegøre for kapitalsekskabets økonomiske stilling og om fornødent stille forslag om foranstaltninger, der bør træffes, herunder om kapitalsekskabets opløsning."

I SL § 119 fremgår loven om ledelsens oplysningspligt til generalforsamlingen. Denne lov er især vigtig i de tilfælde, hvor selskabet har lidt et kapitaltab, og hvor selskabets egenkapital kommer til at udgøre mindre end halvdelen af den tegnede kapital. Det er også vigtigt, om dette tab er sket på baggrund af en enkeltstående hændelse eller løbende underskud af den daglige drift. Ledelsen har pligt til at oplyse om selskabets økonomi, så kapitalejerne har mulighed for at kunne handle på baggrund heraf, og tage de beslutninger, som kræves for at kunne fortsætte den daglige drift eller vælge at selskabet muligvis skal ophøre.

Beslutninger som generalforsamlingen for eksempel kan tage, kan være beslutninger om at sælge selskabet, fusionere selskabet eller indskyde mere kapital i selskabet.²² Selvom det fremgår at ledelsen er forpligtet til at oplyse kapitalejerne om et kapitaltab er loven ikke indført for at tage hensyn til kapitalejerne, men derimod for at tage hensyn til selskabets kreditorer. Der fremgår ikke nogen regler om hvordan ledelsen har pligt til at handle, eller hvad de f.eks. kan gøre for at redde selskabet ud af denne situation.²³ Herunder er der heller ikke noget krav til at de genopretter selskabskapitalen, det kan jo også være at generalforsamlingen vælger, at selskabet skal indtræde i konkurs. Dette overlades til forretningsmæssig beslutning og skøn. Årsagen hertil skyldes også, at alle selskaber er forskellige og dermed er det også forskelligt for alle virksomheder hvad definitionen på et forsvarligt kapitalberedskab er.

Hvis man sammenholder SL § 115 stk. 1 pkt. 5 og § 119 vil man kunne se, at det er et krav at bestyrelsen løbende forholder sig til den økonomiske situation i selskabet og dermed kunne være med til at påvirke, at selskabet ikke lider et økonomisk tab. Når bestyrelsen har til opgave at holde sig ajour med selskabets økonomiske situation, indtræder de på samme tidspunkt i en handlepligt, hvis de får kendskab til økonomiske vanskeligheder.²⁴

²² (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 328)

²³ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 645)

²⁴ (Andersen, 2013, s. side 322)

3.1.3 § 127 Utilbørlige dispositioner samt aftaler indgået med enekapitalejer

"Medlemmerne af kapitalselskabets ledelse må ikke disponere således, at dispositionen er åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapitalselskabets bekostning. Medlemmerne af kapitalselskabets ledelse må ikke efterkomme generalforsamlingsbeslutninger eller beslutninger truffet af andre selskabsorganer, hvis beslutningen måtte være ugyldig som stridende mod lovgivningen eller kapitalselskabets vedtægter.

Stk. 2. Aftaler, som indgås mellem en enekapitalejer og kapitalselskabet, er kun gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftaler på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende."

Det er oftest kapitalejerne, som til dels har valgt de medlemmer som sidder i bestyrelsen, og bestyrelsen har ansvaret for ledelsen af selskabet på vegne af kapitalejerne. Derfor har bestyrelsen også en loyalitetspligt overfor ejerne. Med andre ord vil det også sige, at bestyrelsen skal varetage alle kapitalejernes interesser, uanset om der er tale om majoriteten eller minoriteten. Bestyrelsen kan dog i tilfælde komme til at krænke en minoritetskapitalejers interesse, hvis det er med henblik på at gavne selskabets generelle interesser. Her er det dog vigtigt, at handlingen ikke skaffer nogle kapitalejere fordele, på andres bekostning.

Når der er formuleret en sætning med ordet 'åbenbar' i stk.1. betyder det også, at der skal foreligge en klart urimelig udøvelse af indflydelse. Det vil altså sige at der ikke helt eller delvist vederlagsfrit må opnås en formuefordel, der fragår andre, som vil være en uretmæssig formueforskydning. Formuefordelen skal samtidig være åbenbar på bekostning af andre kapitalejere eller selskabet. Med andre ord stilles der krav om, at kapitalejere eller selskabet påføres en skade eller et tab.²⁵

I § 127 stk. 2 står der at aftaler mellem enekapitalejere og kapitalselskabet skal kunne dokumenteres, og altså med andre ord en gyldighedsbetingelse. Der står ikke direkte, at der er krav om at aftalen kan findes på skrift, men et forsvarligt bestyrelsesmedlem vil f.eks. have udformet aftalerne skriftligt eller elektronisk, eller på andre måder, som senere kan dokumenteres. Reglen har praktisk bevismæssig betydning, f.eks. i konkurssager og tilsidesættelse af kravet vil kunne medføre erstatningsansvar.

²⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 592)

3.1.4 § 130 Bestyrelsens og tilsynsrådets forretningsorden

"Hvis bestyrelsen eller tilsynsrådet i et kapitalsekskab består af flere medlemmer, skal der ved en forretningsorden træffes nærmere bestemmelser om udførelsen af bestyrelsens eller tilsynsrådets hverv.

Stk. 2. Ved udformningen af forretningsordenen skal der tages udgangspunkt i kapitalsekskabets virksomhed og behov. I den forbindelse bør bestyrelsen eller tilsynsrådet særligt overveje, om forretningsordenen skal indeholde bestemmelser om konstitution, arbejdsdeling, tilsyn med direktionens daglige ledelse, føring af bøger, protokoller m.v., skriftlige og elektroniske møder, tavshedspligt, suppleanter, regnskabskontrol, underskrivelse af revisionsprotokol og sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision.

Stk. 3. Bestyrelsens eller tilsynsrådets forretningsorden i statslige aktieselskaber skal senest 4 uger efter udfærdigelsen offentliggøres i Erhvervsstyrelsens it-system. Samme frist gælder, når et aktieselskab bliver et statsligt aktieselskab efter kapitel 20 eller der sker ændringer i et statsligt aktieselskabs forretningsorden."

Bestyrelsens forretningsorden bidrager til, at bestyrelsen får fastsat udførelse af deres hverv, og at bestyrelsen får det fornødne beslutningsgrundlag, samt hvordan bestyrelsen skal føre kontrol og tilsyn med direktionen.²⁶

Hvis en bestyrelse ikke følger forretningsordenen, kan det alene ikke betyde at ledelsesmedlemmerne vil ifalde erstatningsansvar ved en culpabedømmelse, dog kan man ved brug af SL § 130, samt sekskabets forretningsorden tage udgangspunkt i hvad en bonus pater normalt skal iagttage i forbindelse med sit hverv som bestyrelsesmedlem.²⁷

Ifølge Erik Werlauff må det have en betydning for culpavurderingen, at der i lovgivningen er udvalgt specifikke områder, som bestyrelsen bør have med i forretningsordenen, jf. SL § 130, stk. 2. Disse punkter vurderes at skulle anses som en påmindelse, eller en form for tjekliste, hvor bestyrelsen skal være opmærksom på, at disse punkter overholdes. Når det så er sagt, er det også vigtigt at huske, at forretningsordenen er et internt dokument, som gerne må fraviges. På trods af, at det er et internt dokument, vil der i en ansvarsvurdering blive kigget på forretningsordenen, og vurderes om bestyrelsen har overholdt den.²⁸

²⁶ (Andersen, 2013, s. 324)

²⁷ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 434)

²⁸ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 434)

3.1.5 § 361 Erstatning, tvungen overdragelse mv.

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

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse med hensyn til erstatningspligt for revisorer, vurderingsmænd, ejerbogsførere og granskningsmænd.

Stk. 3. Er et revisionsselskab valgt til revisor, er både revisionsselskabet og den revisor, som revisionen er overdraget til, erstatningsansvarlige."

Hvis medlemmer af ledelsen i kapitalselskaber påfører selskabet skade enten forsætligt eller uagtsomt, har de pligt til at erstatte dette, jf. SL § 361. Bedømmelsen om erstatningspligt skal findes i culpabedømmelsen. Culpabedømmelsen skal både anvendes til vurdering af det tab, som ledelsen har pådraget selskabet jf. SL § 361 punkt 1, men også i forhold til kapitalejerne og/eller tredjemand jf. SL § 361 punkt 2.

Det erstatningspligtige ansvarsgrundlag dækker over forskellige ansvarsbegreber såsom culpa, det objektive ansvar, professionsansvaret, arbejdsgiveransvaret mm. Eftersom ansvarsgrundlaget senere skal analyseres i afhandlingen, bliver der kort redegjort for culpapreglen samt professionsansvaret, idet der i forbindelse med udarbejdelsen af den seneste selskabslov blev diskuteret, hvorvidt et professionsansvar ville være hensigtsmæssigt som ansvarsgrundlag.²⁹

²⁹ Bet. 1498 af 2008, s. 40.

3.2 Vedtægter

Vedtægterne er et regelsæt, der sammen med den gældende lovgivning, danner grundlaget for retsgrundlaget for selskabets eksistens og virksomhed. Indholdet i vedtægterne må derfor ikke være i strid med selskabslovgivningen. Vedtægterne skaber ret og pligt for både bestyrelses- og direktionsmedlemmer. Vedtægterne er offentligt tilgængelige hos Erhvervsstyrelsen og kan kun ændres af generalforsamlingen.³⁰

Vedtægter for et selskab bliver lavet i forbindelse med stiftelse af selskabet. Hvis der efterfølgende skal laves ændringer af vedtægterne, er ændringerne først gyldige fra det tidspunkt, hvor generalforsamlingen beslutter og registrerer ændringen hos Erhvervsstyrelsen.

Vedtægterne skal indeholde oplysning om navn og eventuelt binavn, og derudover skal der også fremgå selskabets formål, jf. SL § 28, nr. 1 og 2. Afsnittet om formål skal beskrive, hvilken form for erhverv selskabet skal drive.

Vedtægterne skal desuden indeholde oplysninger om selskabskapitalens størrelse og antallet af kapitalandele eller kapitalandelenes pålydende værdi, jf. SL § 28, nr. 3.

Derudover skal vedtægterne oplyse kapitalandelenes rettigheder, jf. SL § 28, nr. 4. Herunder rettigheder som kapitalejernes stemmeret, rettigheder vedrørende repræsentation og udnævnelse og om det skal være ikke-omsætningspapirer.

Vedtægterne skal også indeholde oplysninger om selskabets ledelsesorganer, herunder oplysning om den valgte ledelsesstruktur, jf. SL § 28, nr. 5, samt angive antallet af medlemmer i selskabets ledelsesorgan.

De skal desuden indeholde oplysninger om indkaldelse til generalforsamlinger, jf. SL § 28, nr. 6. Med dette menes der oplysninger om indkaldelsesmåden og indkaldelsesfristen. Indkaldelsesmåden kan være almindeligt brev, mail, bekendtgørelser i aviser og indkaldelse via selskabets hjemmeside eller på anden måde.³¹

Til slut skal det fremgå af vedtægterne hvilken periode selskabets regnskabsår skal omfatte jf. SL § 28, nr. 7.

³⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 417)

³¹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 427)

Derudover fremgår det af SL § 29, at selskabets vedtægter skal indeholde oplysninger om de beslutninger, der efter loven skal optages i vedtægterne, og om det seneste ophørstidspunkt for kapitalselskabet, hvis levetiden for selskabet er begrænset.³²

4. Ledelsens sammensætning

I dette speciale er det primære fokus på bestyrelsen i kapitalselskaberne i Danmark, og herunder i aktieselskaber og anpartsselskaber.

Der er større krav til et aktieselskab i en lang række af tilfælde end der er til anpartsselskabet. Den mest væsentlige forskel, som har den største betydning på drift i hverdagen i et kapitalselskab, er kravet om sammensætning af ledelsen. I et anpartsselskab er der mere lempelige regler til sammensætningen af ledelsen, da det er frivilligt om der skal være en bestyrelse i selskabet. Der er blot tale om krav til at der er en direktion jf. SL § 111.³³ Valget om sammensætning af ledelsen i kapitalselskabet skal fremgå af selskabets vedtægter jf. SL § 28, nr. 5.

Derudover er endnu en tydelig forskel på de to kapitalselskaber størrelsen på kapitalen, hvor der i aktieselskaberne er et krav om at selskabskapitalen kan være på mindst 400.000 kr., mens kravet i et anpartsselskab i stedet er 40.000 kr. jf. SL § 4, stk. 2. Blandt andet på grund af ovenstående punkter anvendes aktieselskaberne primært til lidt større selskaber.

I daglig tale kalder vi de tegningsberettigede i kapitalselskaberne for ledelsen. Ledelsen er et synonym med medlemmer i bestyrelsen, direktionen samt et eventuelt tilsynsråd.

Den øverste enhed i hierarkiet er generalforsamlingen, som typisk består af aktionærerne eller anpartshaverne.³⁴

³² (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 428)

³³ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 456)

³⁴ (Andersen, 2013, s. 372)

Når ledelsen skal defineres, opdeles det typisk i det centrale ledelsesorgan og det øverste ledelsesorgan.

Det centrale ledelsesorgan defineres jf. SL § 5 nr. 4, som:

- Bestyrelsen i de selskaber, som har en bestyrelse
- Direktionen i de selskaber, som kun har en direktion og ikke en bestyrelse
- Direktionen i de selskaber, hvor der både er en direktion og et tilsynsråd

Det øverste ledelsesorgan defineres jf. SL § 5 nr. 5, som:

- Bestyrelsen i de selskaber, som har en bestyrelse
- Direktionen i de selskaber, som kun har en direktion og ikke en bestyrelse
- Tilsynsrådet i de selskaber, som både har en direktion og et tilsynsråd³⁵

Med andre ord er det direktionen der står for den daglige ledelse, og dermed direktionen som har ansvaret for at kende detaljerne i de beslutninger, som skal tages på vegne af kapitalselskabet. Det betyder derfor også at bestyrelsen står for den mere overordnede ledelse og beslutningstagen. Som det også fremgår af SL § § 115 og § 117 stk. 1.

Flertallet af selskabets bestyrelse er valgt af kapitalejerne på generalforsamlingen, hvorfor ledelsen er ansat til at varetage kapitalejernes interesser. Ledelsen må ikke træffe beslutninger, som giver nogle af kapitalejerne en fordel på bekostning af nogle af de andre kapitalejere, og som ikke er til fordel for kapitalselskabet jf. SL § 127.³⁶

Når der er personsammenfald i bestyrelsen og direktionen betyder det at bestyrelsen vil få en dybere indsigt i den daglige drift, hvor de ellers ville have haft en mere overordnet og strategisk ledelsesform.

³⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 33)

³⁶ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 460)

5. Begreberne ansvar og hæftelse

Det kan være nemt at komme til at bruge begreberne hæftelse og ansvar forkert, ligesom det kan være svært at kende forskel på begreberne. Den mest væsentlige forskel på de to begreber er om der foreligger culpa. Hvis man skal kunne bedømme om der foreligger culpa, er det vigtigt at man forstår indholdet af culpabedømmelsen. Derfor vil reglerne herfor, kort blive analyseret i det kommende afsnit.

I Selskabsloven §361 er reglerne om erstatning skrevet. Her står der også at medlemmer af ledelsen kan i falde erstatningsansvar, hvis de forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade. Med denne formulering henvises der til dansk rets almindelige erstatningsregler og hermed culpareglen.³⁷

Ved retssager omhandlende bestyrelsens ansvar, er der ofte tale om ansvar for passivitet fremfor et ansvar for aktivitet. Med dette menes der, at det er svært at dømme et bestyrelsesmedlem for at det burde have handlet anderledes, hvorimod det er nemmere at dømme et bestyrelsesmedlem for at undlade at reagere på tidspunkter, hvor det ville have været naturligt at reagere.³⁸

Bestemmelserne i SL § 361 er meget overordnet beskrevet, hvilket giver stor plads til at retspraksis kommer til at betyde en stor del, når domstolene skal afsige domme. Denne meget overordnede beskrivelse af regelsættet gør ligeledes at det er en meget fleksibel regel, som også har mulighed for at ændre sig med tiden i forhold til hvordan samfundet ellers ændrer sig. Det er derfor også meget relevant at forholde sig til, om culpabedømmelsen på sigt er blevet mere objektivt end tidligere, på grund af den udvikling, som der har været i samfundet. Samfundet er generelt blevet mere specialiseret i alt hvad vi laver, og dette vurderes også til dels at være tilfældet for bestyrelsens arbejde. Det kan derfor være svært at vurdere bestyrelsesansvaret på baggrund af en bonus pater vurdering. I stedet kan det diskuteres om bestyrelsens arbejde skal vurderes ud fra hvad der kan forventes fra det gennemsnitlige bestyrelsesmedlem eller om det skal være ud fra en mere objektiv ansvarsvurdering, måske i form af noget der er meget lignende et professionsansvar, som normalt er en mellemtung mellem culpa og objektivt ansvar.³⁹

Det kan derfor også være meget nærliggende at spørge sig selv om, hvordan bestyrelsesansvaret ser ud om 20-30 år.

³⁷ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 611)

³⁸ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 637)

³⁹ (Eyben & Isager, 2011, s. 65)

5.1. Ansvar

I dette afsnit vil de erstatningsmæssige regler bliver gennemgået. Når vi kigger på ansvar, herunder erstatningsansvar, i forhold til hæftelse, er forskellen, at ansvar sjældent opstår i forbindelse med indgåelse af et løfte eller er pålagt ved lov m.v., men derimod et erstatningsansvar som kan ifaldes, på baggrund af en culpøs handling.⁴⁰

Der findes tre overordnede former for ansvar.

1. Objektivt ansvar. Her er der tale om ansvar uden skyld. Her er man altså erstatningsansvarlig uden at have handlet uagtsom.
2. Professionsansvar. Her vurderes ansvaret på baggrund af særlige professionsstandarder inden for de enkelte brancher
3. Culpa. Her skal der kunne bevises at der er handlet uagtsomt.

5.1.1 Objektivt ansvar

Der kan opstå et erstatningsansvar ved et objektivt ansvar på trods af, at der kun er tale om en hændelig situation. Dette er dog kun tilfældet, når der er lovgivning, der direkte foreskriver, at der er tale om et objektivt ansvar. Her kan man altså ifalde erstatningsansvar i hændelige situationer. Vi kender det f.eks. i forbindelse med hunde- og motorkøretøjsansvar. Her er forhold om hunden var i snor eller om en fodgænger glemmer at kigge sig for inden han går over vejen og derfor bliver ramt af en bil, underordnet, da der her vil ifaldes et erstatningsansvar af hundeejeren og bilisten på objektivt grundlag. Hvis vi ser på objektivt ansvar i selskabserstatningsretten, findes der situationer, hvor der kan blive tale om et objektivt ansvar selv uden lovhjemmel. Dette ses f.eks. ved hæftelsesgennembrud, hvor et moderselskab kan blive ansvarligt for et insolvent datterselskabs gæld.⁴¹

⁴⁰ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 89)

⁴¹ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 13)

5.1.2 Professionsansvar

Professionsansvaret anvendes typisk i de liberale erhverv som advokater, revisorer, ejendomsmæglere mv. Her er der ikke tale om en bonus pater vurdering, men nærmere en branchestandard. Her sammenligner man altså ikke med Bonus Pater, men nærmere hvad der er gennemsnitlig i den specifikke branche. Her anvendes der ofte reglerne om god skik. God skik er med til at fastlægge en forsvarlig norm inden for de enkelte brancher.⁴²

Ovenstående er altså en af de store forskelle på professionsansvaret og den normale culpa vurdering, da der i culpavurderingen kan opstå situationer, hvor et bestyrelsesmedlem kan være undskyldt, og ikke stå ligeså meget til ansvar som andre bestyrelsesmedlemmer.⁴³ Dette er ikke muligt i samme grad ved et professionsansvar, da der her stilles krav til faglighed og at man opfylder kravene til sin profession, og derfor er der ikke på samme mulighed for at være undskyldt.

Det kan være et nærliggende spørgsmål at spørge sig selv, om bestyrelsesansvar, på baggrund af nogle af de senere domme er ved at bevæge sig imod at være et professionsansvar i stedet for den normale culpa bedømmelse, fordi graden af et objektivt ansvar har været stigende. Når professionsansvaret skal vurderes, er det på baggrund af de normer og standarder, som er inden for det specifikke område, og hvad der forventes af en person, som udøver denne profession. I lovgivningen sættes der intet krav til bestyrelsens kompetencer, uddannelse mv. og på baggrund heraf vil ansvarsbedømmelsen af et bestyrelsesmedlem ske i en mildere grad end ved et professionsansvar.⁴⁴

⁴² (Eyben & Isager, 2011, s. 88)

⁴³ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 576)

⁴⁴ (Bergenser, 2012, s. 309)

5.2. Culpa

Culpa er latin og betyder skyld. Som tidligere nævnt i specialet er culpa ikke en skreven retskilde, men er i stedet blevet en rets sædvane på baggrund af en længere periodes retspraksis. Culpa er blevet anvendt i en længere periode, og det er en meget anvendt bedømmelsesmetode, hvorfor den i dag sidestilles med en lov. Culpavurderingen anvendes i den danske lovgivning, når der skal vurderes om en person har handlet culpøst, og dermed ført til en ansvarspådragende hændelse enten i form af en aktiv handling, men også i form af at undlade at gøre noget, altså passivitet.

Erik Werlauf har udarbejdet en model, som kan gøre culpavurderingen mere overskuelig ved at opdele culpa i tre forskellige grader. Modellen er en søjle som er opdelt i tre. De tre dele i søjlen repræsenterer tre forskellige grader af culpa.⁴⁵

Culpasøjlen	
Det forsætlige	
Grov uagtsomhed Det uagtsomme Simpel uagtsomhed	
Det hændelige ⁴⁶	

Den nederste del af søjlen viser den laveste grad af skyld, som er det hændelige. I hændelige situationer, sker der noget, som man ikke selv har foranlediget med sine egne handlinger. Når man ikke selv er skyld i det der sker, vil der ikke være et erstatningsansvar.

Den mellemste del af søjlen repræsenterer situationer, hvor der er handlet uagtsomt. Det kan være situationer, hvor der er sket en forsømmelse eller en fejl. Hvis dette skal medføre en culpøs handling skal man have undgået at handle på tidspunkter, hvor man skulle have handlet eller burde have handlet anderledes.⁴⁷ Til at vurdere om en person har handlet culpøst, er det kutyme, at der tages udgangspunkt

⁴⁵ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 13)

⁴⁶ Egen tilvirkning

⁴⁷ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 13)

i udtrykket "bonus pater familias". Bonus pater familias er udtrykket for en persons handling vurderes for uagtsom, hvis der ikke er vist agtpågivenhed i samme grad, som en almindelig og god familiefader, ville have gjort i en lignende situation.⁴⁸

Der kan dog stilles spørgsmål ved, hvor høje krav, der skal være til en familiefar, fordi ingen er perfekte og alle begår fejl engang imellem. Derfor er det til disse vurderinger vigtigt at anskue om der i situationen er blevet ignoreret eller overset en åbenlys risiko for at der kunne ske en fejl i forbindelse med en beslutning eller om der er sket en åbenlys forsømmelse. Derfor er det nærmere en vurdering af om personen har handlet på den rigtige måde i situationen og ikke så meget i forhold til personligheden og den psykiske kunnen.

Den midterste del i søjlen omhandler som sagt uagtsomhed. Uagtsomhed kan principielt inddeles i to kategorier; simpel uagtsomhed og grov uagtsomhed. Ved begge variationer af uagtsomhed vil der som udgangspunkt være et erstatningsansvar. Ofte er der ikke tale om et strafansvar, men dette kan være tilfældet, hvis det står skrevet i en speciallov. Simpel uagtsomhed er den vi oftest ser i praksis, og der hvor der er den laveste grad af uagtsomhed.⁴⁹ Når der er tale om grov uagtsomhed har man ikke blot handlet anderledes end de fleste ville gøre, men man har ignoreret en meget åbenlys risiko for at der ville ske en væsentlig fejl eller man har valgt ikke at handle på et tidspunkt, hvor det var meget åbenlyst, at der skulle handles.

Når vi kommer til den sidste del af søjlen, er der tale om den højeste grad af skyld, og det ses i situationer, hvor der er gjort noget forsætligt. Med andre ord betyder det, at man har udført en bevidst handling, som har medført en skade, og dermed vil man automatisk også ifalde et erstatningsansvar, og det kan medføre at man ifalder et strafansvar.⁵⁰ Denne del af søjlen kan ligeledes inddeles i tre kategorier. Den øverste del handler om direkte fortsæt, hvor hensigten er at udføre den påtænkte handling. Derefter kommer sandsynlighedsfortsættet. Det er situationer, hvor man ved at ens handling højest sandsynlig vil medføre en skade. Den sidste form for fortsæt er eventualfortsæt, hvor man ved udførelse af en handling ved at der måske kan ske en skade.⁵¹

U.2000.188H omhandler en sag, hvor et selskab havde økonomiske problemer. Den 1. marts blev der afholdt et møde. Efter mødet blev der sendt en besked til en del af selskabets kreditorer, hvoraf det fremgik, at selskabets havde svært ved at opnå de budgetterede omsætningstal. Meddelelsen blev sendt

⁴⁸ (Eyben & Isager, 2011, s. 64)

⁴⁹ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 13)

⁵⁰ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 14)

⁵¹ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 14)

til ca. de 15 større kreditorer, der havde forfaldne krav mod selskabet, men ikke til de resterende kreditorer, og herunder var sagsøger. Derfor hørte sagsøgeren først om selskabets økonomiske problemer den 29. marts. Den 30. marts blev det besluttet, at selskabet skulle gå i en »stille betalingsstandsning«. Banken ville hjælpe selskabet med den fornødne likviditet, hvis de fik stillet tilsvarende sikkerhed. Den 31. marts 1993 blev der afholdt bestyrelsesmøde, hvor det blev foreslået at fortsætte driften i en kort periode, nu når man kunne få hjælp fra banken, og kreditorerne viste forståelse for en længere betalingsfrist. I august 1993 blev selskabet på trods heraf erklæret konkurs.

Sagsøgeren mente at bestyrelsen havde pådraget sig erstatningsansvar for sagsøgtes tab ved at medvirke til, at selskabet gennemførte en »stille betalingsstandsning«, uden at sagsøgeren blev orienteret herom. De mente at bestyrelsen måtte vide, at der i starten af marts, var en risiko for, at selskabet ikke ville kunne klare sig økonomisk.

Landsretten vurderede at beskeden til kreditorerne ikke kunne sidestilles med en betalingsstandsning. Sagsøgte havde dog under møder med kreditor givet udtryk for, at selskabet siden begyndelsen af marts 1993 var i en stille betalingsstandsning, men selskabet var rent faktisk ikke i en egentlig stille betalingsstandsning.

Sagsøgte blev den 29. marts 1993 klar over selskabets økonomiske situation, derfor kontaktede de banken samme dag og orienterede om selskabets økonomi. Landsretten vurderede at sagsøgte ikke havde udvist en uforsvarlig adfærd, som bestyrelsesformand, og derfor blev sagsøgte frifundet.

Dommen blev anket til Højesteret, hvor Højesteret vurderede at meddelelsen til kreditorerne var en indirekte anmodning om at acceptere en længere betalingsfrist i en forholdsvis kort periode. Bestyrelsens forventninger om, at likviditetsproblemerne var forbigående, var derfor ikke urealistiske. Det blev derfor vurderet at sagsøgte ikke havde handlet uforsvarligt ved ikke at have taget initiativ til, at banken blev underrettet om virksomhedens økonomiske problemer, hvorfor Højesteret stadfæstede dommen. Dommen illustrerer dermed en sag, hvor bestyrelsen ikke fandtes erstatningsansvarlig for dispositioner i selskab, der senere gik konkurs.

Ovenstående sag illustrerer kravet om en uagtsom handling. Dermed kan det konkluderes at så længe bestyrelsen ikke har handlet uagtsomt, er domstolene tilbøjelige til at frifinde bestyrelsen. Et vigtigt moment i culpabedømmelsen er derfor, hvorvidt bestyrelsen har handlet uagtsomt eller ej. Dommen kan endvidere læses sådan, at det har betydning for culpabedømmelsen, at bestyrelsen handler hurtigt i en given situation og ikke forholder sig passivt, f.eks. ved at underrette selskabets kreditorer om selskabets økonomiske situation, så snart bestyrelsen bliver bevidst om denne.

5.2.1 De erstatningsretlige betingelser

Der er dog nogle andre forhold udover culpa, som skal være gældende for at man kan i falde erstatningsansvar i situationer hvor man har handlet uagtsom eller forsætlig. Ansvarsbedømmelsen skal findes i den normale culparegel. Derfor skal de almindelige erstatningsregler være opfyldt:

1. Tab
2. Årsagsforbindelse
3. Påregnelighed

Som der står ovenfor, skal der være en part, som har lidt et tab.⁵² Det er et krav, at der er sket et tab, for ellers er der jo ikke noget, som skal erstattes af modparten. Det er ikke altid lige nemt at kunne fastsætte størrelsen på tabet, men i disse tilfælde må der ske en skønsmæssig vurdering, det vigtigste er at det kan bevises at der er sket et tab.

Dernæst skal der være en årsagsforbindelse også kaldet for kausalitet. Det vil sige, at der skal være årsagssammenhæng mellem det tab, der er lidt og den culpøse handling eller undladelse, og vigtigst af alt skal det kunne bevises, at der er en sammenhæng.⁵³ Hvis det ikke kan bevises at der er en årsagssammenhæng, kan erstatningsansvaret ikke gøres gældende. Derudover skal der også laves en vurdering af, hvad der ville være sket, hvis der ikke var sket en culpøs handling. Hvis hændelsen stadig havde fundet sted, hvis der ikke var handlet culpøst, er der heller ikke en årsagssammenhæng, da skaden så ville være sket uanset hvad.

Til sidst skal der også indgå et element om påregnelighed, med andre ord adækvans. Dette kan også kaldes en rimelighedsvurdering. Her vurderes det om det er rimeligt at blive stillet til ansvar for skaden. Det kan jo hænde at en skade opstår på en så atypisk eller uforudsigelig måde, da man udførte den culpøse handling, at det ikke kunne forventes at medføre et erstatningsansvar. Dette punkt er sjældent det vigtigste og afgørende element i vurderingen, men det er dog vigtigt, at man husker dette punkt i ansvarsvurderingen, for uden at dette punkt er opfyldt, kan man heller ikke ifalde erstatningsansvar.⁵⁴

§ 115 i Selskabsloven er mere detaljeret og kravene til bestyrelsen er blevet mere udpenslet end den tidligere gældende lovgivning i aktieselskabsloven. Dette kan ses ved, at bestyrelsens pligter er blevet udpenslet og præciseret i SL § 115. Når der er sket en præcisering af bestyrelsens opgaver og pligter, bidrager det til, at domstolene har et mere beskrivende udgangspunkt i deres bedømmelse af bestyrelsesmedlemmets forhold. Det har derfor medført grad af objektivisering af ansvarsvurderingen,

⁵² (Eyben & Isager, 2011, s. 23)

⁵³ (Eyben & Isager, 2011, s. 23)

⁵⁴ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 17)

eftersom den øgede detailregulering af bestyrelsens opgaver og pligter bevæger sig mod en øget professionalisering i form af større krav til udførelsen af bestyrelsesrollen.⁵⁵

Det at et selskab har en dårlig økonomi eller laver en investering, som efterfølgende viser sig at have en dårlig indflydelse på selskabets økonomi, er ikke i sig selv en culpøs handling, hvorfor bestyrelsen på baggrund heraf ikke kan ifalde et erstatningsansvar.

5.2.2 Kritik af den traditionelle ansvarsmodel

Når det skal vurderes om bestyrelsen ifalder et erstatningsansvar, skal der altid ses på de beslutninger, som de har truffet, eller især om der er mangel på samme. Der er især to grundelementer i ledelsens beslutninger, og det er målet og valget mellem handlemuligheder.⁵⁶

Skal der ses på ansvarsvurderingen på en anden måde end den klassiske culpa vurdering, så har Sofsrud en anden måde at angribe ansvarsvurderingen på. Han mener nemlig at culpareglen hviler på et for upræcist grundlag. Derudover ser han ledelsesbeslutningen, som et valg mellem en eller flere handlemuligheder set ud fra ledelsens varierende strategiske mål og de derunder hørende elementer. I stedet ser han det som om, at der er tre fokuspunkter i fokusmodellen for ledelsens beslutninger. Formålet med modellen er at præcisere og kortlægge de beslutningsmæssige faktorer, som har afgørende betydning for ansvarsbedømmelsen.

Første fokuspunkt i modellen handler om interessesubjektet, som er ledelsens mål med de respektive beslutninger. Hvis ledelsens interesse i en beslutning afviger fra, hvad der anses for at være normalinteresse, vil ledelsens handling anses som ansvarspådragende. Derudover har selskabets bestemte formål i vedtægterne, stor betydning for interessesubjektet og for den opstillede ansvarsmodel.⁵⁷ Det er ikke bestemmende for interessesubjektet, hvilken interessehensigt ledelsen havde da beslutningen blev truffet, men det er i stedet bestemmende i den faktiske interesseafvejning, eftersom ledelsens valg af beslutning skal være forsvarlig iht. Den lovlige interessevaretagelse.⁵⁸

Det andet fokuspunkt handler om den information, som bestyrelsen har fået stillet til rådighed, som er de faktiske forhold, som bestyrelsen kender til på beslutningstidspunktet. Her er det klart, at bestyrelsen har fået en form for information fra forskellige kilder, men det skal også være tydeligt for domstolene, hvilken information, som bestyrelsen har fået. Her skal det stå klart for begge parter, hvordan den pågældende information, har påvirket den beslutning, som bestyrelsen skulle tage på beslutningstidspunktet. En

⁵⁵ (Andersen, 2013, s. 498)

⁵⁶ (Sofsrud, 1999, s. 35)

⁵⁷ (Sofsrud, 1999, s. 42)

⁵⁸ (Sofsrud, 1999, s. 45)

bestemt information kan danne grundlag for at statuere et ledelsesansvar, hvis informationen har en afgørende betydning for beslutningen.⁵⁹

Til sidst omhandler det tredje fokuspunkt i modellen ledelsens kvalifikationer, hvilket relaterer sig til de krav, der stilles til ledelsen i forhold til de enkelte beslutninger og derudover også i hvilken grad ledelsen erkender andre handlemuligheder i deres beslutningsproces. Evnen til at erkende andre beslutnings- eller handlemuligheder er todelt, hvor det ene omhandler vildfarelse og den anden del vedrører egenskaberne hos det enkelte bestyrelsesmedlem.

5.3 Hæftelse

I det forrige afsnit er begrebet culpa blevet gennemgået. Som nævnt ovenfor er den væsentligste forskel på hæftelse og ansvar culpabedømmelsen. Nu er culpavurderingen blevet fastlagt, og vi kan derfor forsætte til gennemgangen af begrebet hæftelse.

Ifølge SL § 363 stk. 2 skal erstatningspligtige hæfte solidarisk. Det vil altså sige at en bestyrelse hæfter solidarisk hvis de bliver dømt erstatningspligtige. Der er dog ifølge SL § 363 stk. 2. mulighed for lempelse af ansvaret for et bestyrelsesmedlem, hvis det findes at et bestyrelsesmedlem i mindre grad er ansvarlig.

En hæftelse opstår som følge af en forpligtelse, som der er indgået. Derfor er der nødvendigvis ikke relevant med en bedømmelse af skyld eller culpa.⁶⁰ Her er der mere fokus på, om der er indgået en aftale som medfører en forpligtelse. Dette sker mange gange i løbet af en dag i alle Danmarks virksomheder, da det blot kan være i tilfælde, hvor en virksomhed indgår aftale om at købe nogle varer af en anden virksomhed, og dermed indgår aftale om betaling af varerne, og derfor indgår virksomheden også en aftale om hæftelse i form af betaling for varerne.

En anden form for hæftelse kan også være når koncernforbundne selskaber indgår i en sambeskatning og dermed hæfter solidarisk for skattebetalingen. Det kan også være i tilfælde hvor en kapitalejer erklærer at hæfte personligt for en del af gælden i et selskab.

⁵⁹ (Sofsrud, 1999, s. 46)

⁶⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 89)

6 Ansvarsforsikring

Hvis du har en registreret ledelsespост i et selskab, hæfter du som udgangspunkt personligt, hvis der er et spørgsmål om erstatningsansvar. Dette kan komme til at have betydelige konsekvenser for privatøkonomien. Derfor er der mange med ledelsespositioner som i dag tegner en ledelsesansvarsforsikring, som dermed kan begrænse den personlige betaling, da forsikringen i stedet vil betale. Denne forsikring kender vi fra mange liberale erhverv blandt andet advokat- og revisionsbranchen, hvor det er lovpligtigt at have en ansvarsforsikring. Dette er lovpligtigt, for blandt andet revisorer og advokater, fordi de har et professionsansvar, hvor de i forbindelse med udførelse af deres erhverv, kan risikere at komme i en situation, hvor de skal betale erstatning.⁶¹

Ledelsesansvarsforsikringer findes i mange forskellige versioner. De kan både tegnes personligt af et enkelt ledelsesmedlem, men de kan også tegnes af kapitalselskabet, som en samlet ansvarsforsikring for ledelsen. Når et ledelsesmedlem tegner en ansvarsforsikring, er det et af de tiltag, som kan foretages for at undgå at ifalde et personligt erstatningsansvar, hvilket det oftere ses siden finanskrisen. En typisk ledelsesansvarsforsikring dækker uagtsomme handlinger eller situationer, hvor ledelsen skulle have handlet.

Det skal dog nævnes at det stadig er fuldstændig frivilligt om et ledelsesmedlem vil tegne en ledelsesansvarsforsikring, hvorimod det i bl.a. i revisions- og advokatbranchen er obligatorisk at have en ansvarsforsikring, da revisorer og advokater også kan i falde erstatningsansvar i forbindelse med udførelse af deres hverv. Om der er tegnet en frivillig ledelsesansvarsforsikring, er dog ikke uden betydning for ansvarsbedømmelsen og udviklingen af erstatningsansvaret inden for det selskabsretlige område.⁶²

Hvis medlemmerne i bestyrelsen, har tegnet en ledelsesansvarsforsikring, kan det medvirke til at selve ansvarsvurderingen bliver strengere. Dette skyldes at det vil være lettere for domstolene at idømme et medlem af bestyrelsen et ansvar, hvis denne har en forsikring, da forsikringen så vil dække en del af erstatningen, og ikke ledelsesmedlemmets privatøkonomi. En ansvarsforsikring kan også have en lempelig effekt på de øvrige erstatningsretlige betingelser, herunder kausalitet og adækvans.⁶³

Ledelsesansvarsforsikringerne er også under udvikling. Det ses, da nogle ledelsesansvarsforsikringer nu også dækker krav, som er opstået på grund af grov uagtsomhed. For at kunne være konkurrencedygtige, har forsikringsselskaberne har været nødsaget til, også at dække krav, som udspringer af grov

⁶¹ (Bergenser, 2012, s. 333)

⁶² (Eyben & Isager, 2011, s. 51)

⁶³ (Bergenser, 2012, s. 333)

uagtsomhed, da det er her stor del af erstatningssagerne, ligger i ansvarsområdet mellem grov uagtsomhed og forsæt.⁶⁴

7 anbefalinger om god selskabsledelse

Når man behandler emnet om god selskabsledelse i unoterede selskaber, giver det mening at gennemgå Anbefalingerne om god selskabsledelse også kaldt Corporate Governance. Komitéen for God Selskabsledelse har udarbejdet nogle anbefalinger eller nærmere retningslinjer, som de anbefaler at man følger, hvis man er ledelse i et selskab, hvor aktierne er udbudt på et reguleret marked.⁶⁵

Derfor falder emnet også uden for dette speciale, da det speciale kun omhandler reglerne for unoterede selskaber. Dog vurderes det relevant at analysere om anbefalingerne ligeledes kan bruges på unoterede selskaber, eller om det ikke vil være hensigtsmæssigt. Selvom der ikke er noget krav til at unoterede selskaber anvender anbefalingerne er det alligevel ret udbredt. Dette skyldes at der er tale om best practice i stedet for minimumskrav.⁶⁶

Formålet med anbefalingerne og den måde som de skal anvendes på, er at der skal være større gennemsigtighed for eventuelle investorer, så de har mulighed for at få en større indsigt i selskabet og dets ledelse, og de beslutninger som bestyrelsen tager. En af de mange andre hensigter med anbefalingerne er også, at andre selskaber end de børsnoterede kan bruge anbefalingerne til inspiration.⁶⁷

Anbefalinger om god selskabsledelse også kaldet Corporate Governance supplerer Selskabslovens bestemmelser om hvordan et kapitalselskab skal ledes for at ledelsen har udfyldt deres job. Anbefalingerne tager udgangspunkt i værdiskabelse, aktivt ejerskab, sammensætning og evaluering af ledelsen.⁶⁸

Det kan være meget relevant at overveje om anbefalingerne for god selskabsledelse kan medvirke til en skærpelse af bestyrelsesansvaret, også for unoterede selskaber, som ikke behøver at følge disse anbefalinger.

Dette er et emne, hvor det kan være svært at vurdere hvad der er rigtigt og forkert. Inden for emnet findes der selvfølgelig nogle love, som regulerer hvad der kræves af en bestyrelse. Disse love kaldes hard law, som også kan henvises til love, praksis og generelle retsprincipper. Derimod er der inden for emnet også

⁶⁴ (Bergenser, 2012, s. 333)

⁶⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 33)

⁶⁶ (Selskabsledelse, 2017, s. 3)

⁶⁷ Anbefalinger for godselskabsledelse s. 4

⁶⁸ Anbefalinger for godselskabsledelse s. 3

soft law, som nærmere er fleksible retsprincipper. Da der ikke foreligger noget lovkrav til disse anbefalinger, kan man kategorisere anbefalingerne som soft law. I nogle tilfælde kan soft law dog komme til at opnå samme placering i retshierarkiet som hard law, da der er indført et "følg eller forklar princip".

69

Fleksible retsprincipper kan derimod være anbefalinger om god selskabsledelse, og er i modsætning til hard law ikke en bindende retskilde, og selskaberne bestemmer derfor selv, om de vil følge principperne eller ej. Her skal det dog tilføjes at børsnoterede selskaber og finansielle virksomheder skal kunne redegøre for, hvorfor de muligvis har valgt, eller ikke har kunnet følge disse principper.⁷⁰

Som tidligere nævnt er der udover kravet om myndighed ikke nogen krav til bestyrelsens kvalifikationer i SEL. I anbefalinger om god selskabsledelse er der i punkt 2 og 3 anbefalinger til, hvordan en ledelse bør sammensættes og organiseres.

Som det høres af titlen, er der kun tale om anbefalinger. Det vil sige at det er anbefalinger, som selskaberne kan vælge at følge. Dog er det et krav at selskaberne forholder sig til anbefalingerne, da de følger princippet følg eller forklar. Det vil sige at selskaberne enten skal følge anbefalingerne eller forklare hvorfor de ikke følger anbefalingerne.

Hvis der i en ansvarsvurdering bliver brugt anbefalingerne, kommer de til at blive sidestillet med hard law, altså egentlig love og derfor ikke længere kun er anbefalinger, og ikke længere soft law.⁷¹

Nogle af de anbefalinger, som kan diskuteres for unoterede selskaber at anvende kunne være punkterne om overordnede opgaver og ansvar, bestyrelsens uafhængighed og identifikation af risici og åbenhed om yderligere relevante oplysninger.

⁶⁹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 32)

⁷⁰ (Selskabsledelse, 2017, s. 5)

⁷¹ (Bergenser, 2012, s. 207)

8 Bestyrelsens beslutningsgrundlag

Det er bestyrelsens eget ansvar at vurdere hvilke og hvor mange oplysninger, de har brug for, for at have et godt nok grundlag til at tage den beslutning, som de vurderer, er den rigtige. Samtidig er det ikke altid muligt at kunne fremskaffe alle oplysninger, så her skal der også vurderes hvilke oplysninger, der er mest væsentlige at kunne fremskaffe. Det er urealistisk at en bestyrelse altid vil kunne indhente alle oplysninger, for at kunne tage en beslutning.

Derudover skal det igen huskes, at en bestyrelses ansvar er den overordnede og strategiske ledelse. Hvis en bestyrelse tager en beslutning på baggrund af mangelfuld information eller fakta, som må forventes at indgå i en beslutning, må det vurderes at deres beslutningsgrundlag ikke har været tilstrækkelige, og det er i disse situationer, hvor bestyrelsen kan ifalde ansvar.

I U.2013.1312.H som omhandler Skodsborg Grundejerforening, havde grundejerforeningen tabt en sag mod Rudersdal Kommune, og grundejerforeningen kunne ikke betale for sagsomkostningerne til modparten. Derfor blev der lagt sag an mod to af bestyrelsesmedlemmerne i grundejerforeningens bestyrelse. Bestyrelsesmedlemmerne burde have vidst at foreningen ikke kunne betale for sagsomkostninger. Bestyrelsesmedlemmerne blev dog frifundet i Højesteretten, da Højesteret vurderer at bestyrelsen disponerede ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, og derfor vil fejlskøn som udgangspunkt ikke blive ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer.

U.2006.2637H omhandlende AOF Århus, som i juni 2000 blev erklæret konkurs efter flere år med økonomiske vanskeligheder. Bestyrelsen blev af konkursboet sagsøgt for at have forsat driften efter de burde have indset at det udelukkende ville give kreditorer yderligere tab. Højesteret vurderede at bestyrelsen skal have frihed til at lave skøn for den fremtidige udvikling, så længe der er skønnet forsvarligt og loyalt. Derfor blev bestyrelsen i AOF-sagen også frifundet, da det ikke var muligt for dem at vide, om de øvrige kurser på året ville blive til noget eller ej. Her ses der også positivt på det faktum, at ledelsen ofte skønnede over organisationens udvikling, og de konkrete skøn anses som værende foretaget ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag.

8.1 Bestyrelsesmedlemmernes forskellige viden

Som tidligere nævnt i specialet er der ingen krav til, udover myndighed, hvilke egenskaber et bestyrelsesmedlem skal have. Dog er det et krav at man som bestyrelsesmedlem har kendskab til de pligter som bestyrelsen har ifølge Selskabsloven og Årsregnskabsloven.⁷²

Alle virksomheder er forskellige og derfor kan det også være meget forskelligt hvilke kompetencer, der er brug for i de forskellige bestyrelser. Når en bestyrelse sammensættes af forskellige medlemmer, er det også fordi der er brug for forskellige kompetencer i en bestyrelse, herunder erhvervsmæssig erfaring, uddannelse, interesser mv. Når en bestyrelse består af forskellige profiler, er der også mulighed for at bestyrelsen kan supplere hinanden godt.

For at kunne gennemgå bestyrelsesmedlemmernes forskellige viden har jeg valgt at tage udgangspunkt i tre forskellige profiler eller roller, som ofte ses i bestyrelserne i de danske unoterede selskaber.

1. Advokaten som det professionelle medlem
2. Medarbejderrepræsentant
3. Familiemedlemmet

8.1.1 Advokaten som det professionelle medlem

Det er meget anvendt at have en advokat med i bestyrelsen. Dette skyldes advokaternes store juridiske indsigt, og kan derfor sikre sig at en lang række juridiske forhold bliver overholdt. Ligeledes er der også den rådgivningsmæssige side, hvor en advokat som bestyrelsesmedlem kan give god rådgivning i forhold til nye juridiske regler eller andre forhold, som kan være smarte for selskabet at følge. En advokat kan altså både være bestyrelsesmedlem i selskabet samt fungere som juridisk rådgiver.

Derfor er det også rigtig vigtigt at overveje om advokaten på grund af sit erhverv er underlagt et større ansvar og en mere skærpet culpa vurdering. Normalt skal et bestyrelsesmedlems ansvar vurderes ud fra culpa, hvor en advokats ansvar skal vurderes ud fra et professionsansvar, som er en form for et skærpet culpaansvar.

Med et ansvar fører ofte en risiko for et erstatningsansvar, når man er bemyndiget til at kunne agere på et selskabs vegne. Det kan være svært at vurdere, hvor stor en betydning dette kan have i praksis. Bestyrelsen kan i falde ansvar, hvis de tilsidesætter disse pligter og de almindelige erstatningsretlige principper er opfyldt.

⁷² (Bergenser, 2012, s. 317)

8.1.1.1 *Forskel på culpa og professionsansvar*

Når en advokat skal have to kasketter på i sin relation til selskabet, er det så vigtigt at spørge sig selv om, hvorvidt der er tale om et bestyrelsesansvar eller et professionsansvar. Det er derfor vigtigt at kunne skildre hvilken funktion advokaten har haft i det pågældende tilfælde.

Hvis advokaten, som er medlem af bestyrelsen, har påtaget sig en rådgivende rolle for bestyrelsen og kapitalselskabet, hvor der er sket mangelfuld rådgivning, kan advokaten ifalde ansvar ud fra professionsansvaret for advokater. Her gør det ingen forskel på at han er medlem af bestyrelsen. Den professionelle rådgivning som en advokat udøver skal altid bedømmes ud fra et professionsansvar, og må derfor heller ikke være mangelfuld.⁷³

Hvis der derimod er tale om en ganske almindelig beslutning fra bestyrelsens side, hvor advokaten ikke har haft en rådgivende rolle, vil advokaten indgå i den samme ansvarsvurdering som den resterende bestyrelse. I disse situationer skal advokaten ikke have en strengere ansvarsvurdering end de øvrige bestyrelsesmedlemmer, blot at han har et erhverv, hvor der tilhører et professionsansvar.

I U.2013.1312.H som omhandler Skodsborg Grundejerforening, var det ene bestyrelsesmedlem uddannet advokat, men da han deltog i bestyrelsen i form af grundejer og ikke advokat, skulle han ikke bedømmes efter en skærpet norm, eller pålægges professionsansvar.

Efter min vurdering er resultatet af ovenstående sag ikke ensbetydende med, at advokater altid bør bedømmes efter samme standard, som andre bestyrelsesmedlemmer. Derimod er der i disse sager tale om forretningsmæssige skøn og ikke juridiske skøn, og advokaternes juridiske viden ville ikke have haft indflydelse i ovenstående sag. Derfor skal de bedømmes ud fra samme principper, som de øvrige bestyrelsesmedlemmer.

Det er vigtigt at skelne mellem om der er tale om et forretningsmæssigt skøn eller et juridisk skøn. Hvis advokaten har brugt sin faglige viden i den konkrete sag, kan der være grundlag for en skærpet ansvarsvurdering. Her skal de juridiske kvalifikationer have haft en afgørende betydning i forhold til den ansvarsvurdering der skal tages. Hvis advokaten blot anvender sin generelle juridiske viden, vil det være et andet forhold, end hvis de havde hyret en ekstern advokat til at undersøge den konkrete sag. Her må det vurderes at kravene til en ekstern advokat må være højere end til bestyrelsesmedlemmets generelle juridiske viden.

⁷³ (Advokatrådet, 2008, s. 16)

8.1.2 Medarbejderrepræsentant

Medarbejderrepræsentanten i bestyrelsen er en vigtigt og interessant profil at tage med i dette speciale, da medarbejderrepræsentanten på mange måder adskiller sig fra det gennemsnitlige professionelle bestyrelsesmedlem. Selskaber, der i gennemsnit har beskæftiget mindst 35 medarbejdere de seneste tre år, har ret til at vælge et antal medarbejdere, samt suppleanter hertil, til bestyrelsen jf. SL §140 og § 141. Antallet af medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen må udgøre halvdelen af de øvrige medlemmer.

Medarbejderne kan vælge, det der svarer til halvdelen af de medlemmer, som generalforsamlingen kan vælge af medlemmer til bestyrelsen. Det er altså det der svarer til en tredjedel af det samlede antal medlemmer. Dog skal medarbejderne som udgangspunkt mindst have to medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen. Man skal være opmærksom på, at der i aktieselskaber er et krav om, at mindst halvdelen af bestyrelsens/tilsynsrådets medlemmer skal vælges af generalforsamlingen. Det kan derfor blive nødvendigt vedtægtsmæssigt at øge antallet af generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer, således at dette krav kan opfyldes.⁷⁴

Medarbejderrepræsentanter til bestyrelsen skal vælges af de andre medarbejdere. Derfor bliver der i mange tilfælde afholdt et valg, hvor nogle af medarbejderne stiller op til at blive valgt ind i bestyrelsen. De medarbejdere, som bliver valgt ind i bestyrelsen, vil derfor ofte være de medarbejdere, som kollegaerne vurderer til at være gode til at repræsentere de øvrige medarbejdere i selskabet.

Derfor er der her heller intet kvalifikationskrav til de valgte medarbejderrepræsentanter. Da der intet kvalifikationskrav er til medarbejderne i bestyrelsen kan man forestille sig, at repræsentanterne oftest har færre kvalifikationer til at sidde i en bestyrelse end de andre medlemmer har, da der her kan være tale om en professionel bestyrelse, som er sammensat på baggrund af deres kvalifikationer.

Derfor kan det i nogle situationer være svært for en medarbejderrepræsentant at deltage i drøftelser på samme niveau som den resterende bestyrelse. Dette kan f.eks. forekomme i situationer, hvor der drøftes juridiske, regnskabsmæssige eller investeringsmæssige forhold, som den almene medarbejder ikke har en dybdegående indsigt i. I disse situationer kan det være et væsentligt spørgsmål om medarbejderrepræsentanten kan ifalde det samme erstatningsansvar, som den resterende bestyrelse, hvis der ikke er samme forståelse, for de beslutninger, som tages på bestyrelsesmøderne.

⁷⁴ (Erhvervsstyrelsen, 2014)

Derimod vil medarbejderrepræsentanternes fordel og styrke være, at de som udgangspunkt vil have en større indsigt i den daglige drift, og generelt have en bedre forståelse af, hvordan selskabet fungerer i hverdagen.

Udfordringen ved at medarbejderrepræsentanterne har den mindre erfaring som bestyrelsesmedlem, kan ofte komme til at betyde at den øvrige bestyrelse holder yderligere møder inden eller efter et egentlige bestyrelsesmøde. På disse "skyggemøder" kan den øvrige bestyrelse drøfte forhold, som de ønsker at medarbejderrepræsentanterne ikke skal være en del af, og på denne måde kan medarbejderrepræsentanterne gå glip af væsentlig information, som ellers ville være drøftet på det egentlige bestyrelsesmøde, hvis der ikke var medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen. Derfor kan medarbejderrepræsentanterne komme til blot at blive formelle medlemmer i bestyrelsen, fordi det er et krav og dermed blot give deres stemme formelt. Ifølge SL § 124, stk. 1 2. pkt. må beslutninger ikke træffes uden så vidt muligt, at samtlige medlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling.

I forhold til ansvarsbedømmelsen er et bestyrelsesmedlem heller ikke fritaget for ansvar, blot fordi bestyrelsesmedlemmet ikke deltog på et møde. Det er bestyrelsesmedlemmets ansvar at holde sig orienteret om, hvad der drøftes på møderne. Dette er ligeledes gældende, hvis et bestyrelsesmedlem vælger at udtræde af bestyrelsen, hvis bestyrelsesmedlemmet har mistanke om at der foregår noget suspekt i selskabets økonomi. I disse tilfælde vil bestyrelsesmedlemmet have et ansvar for, at omverdenen også er informeret om forholdene i selskabet.⁷⁵

Derudover kan endnu en ulempe for medarbejderrepræsentanterne være, at de er ansat af den daglige ledelse, og derfor kan det være svært for medarbejderrepræsentanten at være i en situation, hvor der på bestyrelsesmødet, bliver stemt imod eller taget beslutninger, som ikke falder i god jord hos den daglige ledelse. Det kan få medarbejderrepræsentanten til at føle sig upopulær hos sin ledelse eller i måske frygte for sit ansættelsesforhold. For at dette ikke skal være tilfældet er der i "Bekendtgørelsen om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber" § 21 er der en regel om at medarbejderrepræsentanter er beskyttet mod afskedigelse og anden forringelse af deres forhold på samme måde som tillidsrepræsentanter, og på samme måde er suppleanter til bestyrelsen.⁷⁶

Modsat kan medarbejderrepræsentanter også stå overfor nogle beslutninger, hvor de kan have svært ved at stemme for beslutninger, som de ved er korrekte. Det kan opstå i situationer, hvor de føler et

⁷⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 570)

⁷⁶ (Erhvervsstyrelsen, 2014)

loyalitetsforhold for deres kollegaer, men hvor de på bestyrelsesmøder diskuterer om sparerunder, hvor der er tale om at afskedige nogle medarbejdere.

Det kan derfor diskuteres, om der ikke er flere faktorer, der taler for, at ansvarsbedømmelsen bør lempes for medarbejderrepræsentanter. Det fremgår dog af Bekendtgørelse om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber nr. 344 af 30/03/2012 § 20, at medarbejderrepræsentanter har samme pligter og ansvar som de øvrige medlemmer af selskabets bestyrelse. Selskabsloven og forarbejderne gør ikke noget forsøg på en præcisering, men overlader dette til den faktiske og retlige udvikling.⁷⁷

Et eksempel på dette er U.2006.2637H (AOF Århus), hvor en medarbejderrepræsentant fortalte, at han blot formelt var med i bestyrelsen og med til at stemme for beslutninger, som allerede var taget af den øvrige bestyrelse, da mange af de indledende drøftelser ikke havde fundet sted på bestyrelsesmøderne.

⁷⁷ (Andersen, 2013, s. 376)

8.1.2.1 *Lempelse af culpavurderingen*

I tidligere afsnit i dette speciale diskuterede vi om der på baggrund af professionelle bestyrelsesmedlemmer kunne være tale om en skærpet culpavurdering, når de i form af deres daglige arbejde, var underlagt et professionsansvar. Her blev konklusionen at det er vigtigt at skelne mellem situationer, hvor der blev udøvet hverv som bestyrelsesmedlem og f.eks. advokat. Derfor er en advokat som udgangspunkt ikke underlagt et skærpet culpa vurdering som bestyrelsesmedlem, men det er i stedet en konkret vurdering gang for gang.

Ligesom det er aktuelt at undersøge om det professionelle bestyrelsesmedlem er underlagt en skærpet ansvarsvurdering, kan det ligeledes være relevant at undersøge om en medarbejderrepræsentant i bestyrelsen kan have en mere lempelig ansvarsvurdering.

Her kan det være interessant at undersøge, om medarbejderrepræsentanter, familiemedlemmer eller andre medlemmer af bestyrelsen, som ikke er professionelle bestyrelsesmedlemmer, har en lempet culpa vurdering eller om de indgår i samme ansvarsvurdering som den resterende del af bestyrelsen.

I Bekendtgørelsen om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber står der i §20, at medarbejderrepræsentanter har samme rettigheder, pligter og ansvar som de øvrige medlemmer af selskabets øverste ledelsesorgan. Det vil altså sige, at der ifølge lovgivningen ikke sker en lempelse af culpabedømmelsen blot fordi man er medarbejderrepræsentant.

Derimod har de ifølge denne formulering også ligeså meget indflydelse som den øvrige bestyrelse, og har altså ligeså meget at sige.

Det kan altså derfor konkluderes at medarbejderrepræsentanterne er underlagt det samme ansvar, som den øvrige bestyrelse, men at det er en mulighed at erstatningssummen kan nedsættes for bl.a. medarbejderrepræsentanterne, hvis domstolene vurderer, at de ikke har lige så stor skyld i selskabets tab.

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at det kan være svært at afklare retsstillingen i praksis. Der er nogle bestemte faktorer, der både taler for og imod, at medarbejderrepræsentanten skal underkastes en mildere culpabedømmelse. Det nok vigtigste argument i afklaringen vil være, at det er imod formålet med ordningen om medarbejderrepræsentanter, hvis medarbejderrepræsentanterne har en mildere ansvarsvurdering end de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Derfor må det også konkluderes, at medarbejderrepræsentanterne vurderes efter samme ansvarsnorm som de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Derfor bliver der i vurderingen heller ikke taget hensyn til, at medarbejderne kan have nogle andre forudsætninger og kompetencer, som en professionel bestyrelse.

Ovenstående er ikke ensbetydende med, at selve fastlæggelsen og fordelingen af erstatningssummen skal være det samme. I følge til SL § 363 kan erstatningen nedsættes, når dette findes rimelig under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt. Dette har været tilfældet i Vestre Landsrets dom af 22/10-1984, hvor bestyrelsesmedlemmernes erstatningsansvar blev nedsat på grund af deres afhængighedsforhold. Ligeledes blev bøderne ved Østre Landsret dom af 14/12-1993 á 5.000 kr. i straffesagen mod bestyrelsesmedlemmerne i Nordisk Fjer nedsat til 1.000 kr. for medarbejderrepræsentanterne i bestyrelsen. Argumentet herfor var at der 'ikke havde særlige forudsætninger for arbejdet i bestyrelsen'.

Ud fra ovenstående argumenter kan det konkluderes at medarbejderrepræsentanten dømmes ud fra samme ansvarsgrundlag som de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Dog skal det hertil tilføjes, at der kan være nogle omstændigheder, der gør at udstrækningen af ansvaret kan lempes, efter visse omstændigheder.

8.1.3 Familiemedlemmet

I dette afsnit bliver der analyseret på familiemedlemmet som bestyrelsesmedlem. Her tyder det på, at lempelse af familiebestyrelsesmedlemmets ansvar fortsat vil ske i mindre omfang. Henset til familiebestyrelsesmedlemmets og medarbejderrepræsentantens fælles karakteristika, og derfor vil deres ansvarsvurdering være ens i de fleste tilfælde.

Der kan være flere årsager til, at man vælger at indsætte et familiemedlem i bestyrelsen. Eksempler herpå kan være, at der er ønske om at selskabets ledelse skal forblive i familien, og at der måske er tale om et forestående generationsskifte. Det kan også være et ønske om at hjælpe familiemedlemmet rent økonomisk og derved give familiemedlemmet et honorar for at sidde i bestyrelsen. Det kan også være på grund af at Selskabsloven §111 stk. 2, skal overholdes. Her står det skrevet at bestyrelsen skal bestå af mindst tre medlemmer. Familiemedlemmet i bestyrelser ses ofte i de lidt mindre selskaber, men ses også i nogle af de større selskaber i Danmark f.eks. LEGO.⁷⁸

Når familiemedlemmer sidder i bestyrelser sammen, kan der opstå nogle udfordringer på grund af det familiære bånd, som man har til hinanden. Dette kan opstå i situationer, hvor familiemedlemmer føler sig nødsagtigt til at stemme ens med de andre familiemedlemmer i bestyrelsen

Ligeledes som ved medarbejderrepræsentanter bliver familiemedlemmer ikke dømt ud fra en lempelse af culpavurderingen. Derimod kan der dog være situationer, hvor erstatningens størrelse bliver mindre for familiemedlemmer, hvis det vurderes at deres skyld er mindre end hos de andre bestyrelsesmedlemmer.

I U.2007.497.H herefter kaldt Calypso, omhandlende et rejseselskab, hvor familiemedlemmerne i bestyrelsen dømt på lige fod med de øvrige medlemmer i bestyrelsen. Der blev altså ikke taget hensyn til familierelationen. Det betyder altså, at der ved ansvarsvurderingen ikke sker en lempelse i culpavurderingen, på de medlemmer som er valgt til bestyrelsen på grund af deres familierelationer til selskabets ejere. Det samme ses i foregående afsnit, hvor emnet om medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen blev behandlet.

<Domstolene har ikke ønsket at tilpasse ansvarsnormen. Imidlertid kan der i stedet efter omstændighederne gøres brug af lempelsesreglen i SL § 363, stk. 1, hvilket betyder, at selve erstatningen kan nedsættes "når dette findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt

⁷⁸ (LEGO, 2020)

9 Bestyrelsens informationskilder

For at bestyrelsen kan udføre de opgaver som de er underlagt ifølge selskabsloven, er de afhængige af at kunne tage beslutninger ud fra den information, som de har til rådighed. Når det er bestyrelsens ansvar at have det overordnede ansvar, er de også afhængige af, at der bliver leveret forskellige former for informationer til dem. Der er dog ingen retskilder, som helt konkret regulerer, hvilke informationer, som bestyrelsen skal have stillet til rådighed. Dette er meget individuelt i forhold til de enkelte selskaber. Dette afhænger af, hvilken organisation, som selskabet har, hvor stort selskabet er, og om det enkelte selskab er en del af en større koncern, hvilken branche selskabet opererer i og mange andre forhold.⁷⁹

For at bestyrelsen kan få et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag er de afhængige af andre kilder, som kan give dem en nødvendige information, da bestyrelsen som tidligere nævnt skal have det overordnet overblik og ansvar for virksomheden, og sjældent er helt nede i detaljer eller en del af den daglige drift i virksomheden. De kilder, som kan levere informationen til bestyrelsen, kan både bestå af interne kilder i virksomheden eller eksterne kilder, som selskabet eller bestyrelsen har indgået aftale om at levere information til dem.

I de følgende afsnit vil de mest gængse informationskilder blive gennemgået, samt hvad der forventes af leverandøren af informationskilden samt bestyrelsens ansvar ved de enkelte punkter. Især når der skal tages beslutninger, hvori der indgår et forretningsmæssigt skøn, er det vigtigt at bestyrelsen får fremlagt tilstrækkeligt, korrekt og rettidig information.

⁷⁹ (Sofsrud, 1999, s. 398)

9.1 Information internt i bestyrelsen

Bestyrelsen skal være sammensat af flere personer jf. SL § 111 pkt. 2 stk. 2. Derfor er bestyrelsen også sammensat af personer med forskellige kompetencer eller viden, da alle er forskellige. Derfor vil der i nogle situationer være et bestyrelsesmedlem som har en større viden eller større indsigt i et emne end de andre medlemmer af bestyrelsen. I mange situationer vil det være naturligt at bestyrelsesformanden kender til flere forhold i selskabet end den resterende bestyrelse, da bestyrelsesformanden har et administrativt ansvar jf. SL § 123-130. Ofte vil en del af disse opgaver i praksis blive varetaget af direktionen.⁸⁰

For at sikre at hele bestyrelsen har adgang til den samme information skal der ifølge SL § 128 stk. 1. føres protokol over forhandlingerne og referat af hvert møde skal underskrives af de tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer. Grunden til at det er vigtigt at der er tale om en forhandlingsprotokol og ikke en beslutningsprotokol er i de tilfælde, hvor der skal placeres et eventuelt ansvar. Her er det vigtigt at kunne genfinde forudsætningerne for de drøftelser, som har fundet sted.⁸¹

Når dette er sagt kan et medlem ikke blive fritaget for ansvar, blot fordi et bestyrelsesmedlem ikke har deltaget i et bestyrelsesmøde. Derfor er det vigtigt, at bestyrelsesmedlemmer som ikke har deltaget i mødet, læser forhandlingsprotokollen, for at orientere sig om de drøftelser, der har været på mødet. Det samme er gældende for nye tiltrædende medlemmer, så de har mulighed for at orientere sig om de møder der er afholdt forud for tiltrædelsen.⁸²

⁸⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 566)

⁸¹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 581)

⁸² (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. side 582)

9.2 Direktionen

Som nævnt ovenfor kan bestyrelsens informationer komme internt fra virksomheden. Den interne kilde i virksomheden vil primært bestå af direktionen. Bestyrelsens vigtigste og også mest anvendte informationskilde må være direktionen. Direktionen har ansvaret for den daglige drift i virksomheden, og derfor sidder de også med en stor mængde af informationer, hvor de har pligt til at videregive de væsentligste punkter til bestyrelsen jf. SL § 111 stk. 1 punkt 1 og SL § 117 stk. 1.

Bestyrelsen og direktionen har begge et juridisk ansvar for at selskabet bliver drevet på god måde, især hvis der skal tages beslutninger, som kræver at bestyrelsen har kendskab ned på niveau af den daglige drift. Når det er sagt, så er en af direktionens væsentligste opgaver, at de evner, at kunne vurdere hvilken information, der er væsentlig at videregive til bestyrelsen, og hvilken information som er irrelevant. Her er det vigtigt at direktionen og bestyrelsen har klarlagt hvilket informationsniveau, der skal være mellem dem. Herunder også hvordan og hvornår information skal formidles f.eks. om der skal indkaldes til bestyrelsesmøder, og hvordan og hvor ofte disse skal afholdes.⁸³

Derfor er det også rigtig vigtigt at bestyrelsen har stor tiltro til direktionen, og at bestyrelsen vurderer at direktionen har de rette kompetencer og er loyal overfor selskabet ligesom bestyrelsen også skal være.⁸⁴ Desuden er det også bestyrelsen, som ansætter direktionen jf. SL § 111 stk. 1 punkt 1.

Der kan opstå situationer, hvor samarbejdet mellem direktionen og bestyrelsen ikke fungerer. Det kan være i situationer, hvor direktionen og bestyrelsen har modstridende interesser. Det kan opstå i situationer hvor direktionen har et økonomisk resultat, som de skal opnå for at der udbetales en bonus, og derfor vil direktionen være interesseret i at opnå et bestemt resultat, hvorimod bestyrelsen kan have interesse i, at der ikke udbetales bonus til direktionen.

Det kan også være i situationer, hvor bestyrelsen vurderer at der skal ansættes et yderligere medlem i direktionen, og den nuværende direktion ikke er interesseret i at der ansættes et yderligere medlem. Derudover kan der også være nogle situationer, hvor bestyrelsen og direktionen kan være uenige om hvordan ledelsen skal forholde sig til selskabets økonomiske situation f.eks. om der skal være sparerunde eller hvordan selskabets finansielle midler skal anvendes.

⁸³ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 469)

⁸⁴ (Sofsrud, 1999, s. 411)

Derudover kan det også ske at direktionen fremlægger forkerte oplysninger til bestyrelsen, eller bevidst undlader at forelægge oplysninger, som bestyrelsen skulle have haft information om. Hvis bestyrelsen i sådanne situationer stiller spørgsmål til direktionen om den pågældende sag og vurderer at de har fået tilstrækkelig og korrekt information i tilfælde hvor det efterfølgende viser sig, at direktionen ikke har oplyst bestyrelsen korrekt, må det vurderes at bestyrelsen i sådanne situationer ikke bliver holdt til ansvar, så længe bestyrelsen har udført deres arbejde.

I det efterfølgende afsnit er der udvalgt to eksempler på sager, hvor der vil ske analyse af domstolenes resultater. De to sager er Backhaus-sagen, og Memory Card-sagen.

U.2015.2075.H Memory Card Technology A/S omhandlede et aktieselskab, som producerede og solgte RAM-moduler, og gik konkurs før en børsintroduktion. Selskabet gik konkurs fordi direktøren i selskabet havde svindlet med værdifastsættelsen af selskabets varelager. Selskabets bestyrelse havde ikke en fornemmelse af, at direktøren handlede forkert, og blev derfor af retten vurderet til at have overholdt tilsynspligten. Direktøren blev dømt, men bestyrelsen, og revisionen, blev frifundet.

I U.1961.515.H omhandlende Backhaus A/S, som var en grossistvirksomhed, ifaldt selskabets direktør ansvar. Dette gjorde han, fordi han ikke havde indstillet selskabets drift, på det tidspunkt, hvor han burde have indset at selskabet ikke kunne fortsætte sin drift, uden dette betød tab for kreditorerne. I sagen var tre af bestyrelsesmedlemmerne lige indtrådt i bestyrelsen og Højesteret vurderede derfor, at medlemmernes kortvarige tid i bestyrelsen var en formildende omstændighed for ansvarsbedømmelsen. Bestyrelsen kunne i praksis ikke nå at instruere direktionen om at ændre dennes forretningsmetoder, og ifaldt derfor ikke ansvar for direktionens dispositioner.

Den del af Memory Card-sagen og Backhaus-sagen der ønskes at blive diskuteret her, er det tidsmæssige aspekt i direktionen og bestyrelsens interne forhold. Bestyrelsesformanden i Memory Card-sagen, og hele bestyrelsen i Backhaus-sagen, ansvarsbedømmes ud fra vurderinger, der tager hensyn til deres tidsmæssige forhold til direktionen. En vigtig forskel i disse to sager er dog, at det var formildende for bestyrelsen i Backhaus-sagen, at de, grundet deres kortvarige virke som bestyrelsesmedlemmer, ikke havde haft tid til at afværgede angribelige dispositioner direktøren foretog.

Modsat Backhaus-sagen havde bestyrelsesformanden og selskabets direktør haft et længerevarende samarbejde i Memory Card-sagen, og derfor var der opbygget en tillid mellem dem.

Højesteret vurderede derfor at bestyrelsesformanden havde varetaget sit hverv og havde levet op til sine forpligtelser som bestyrelsesformand. Det var dog en fejlbedømmelse, at han på baggrund af bl.a. sit mangeårige tillidsfulde samarbejde med den administrerende direktør valgte at stole på de oplysninger som direktøren gav til bestyrelsesformanden.

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

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

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

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

Hvis den strategi som selskabets ledelse har valgt at følge, viser sig at være den forkerte beslutning, er det som tidligere nævnt, ikke ensbetydende med at selskabets ledelse vil ifalde ansvar. I vurderingen af disse dispositioner tager Højesteret også i Memory Card-sagen hensyn til at priserne på selskabets væsentligste vare faldt på kort tid, til ca. en fjerdedel. At selskabet ikke tilpasser sin drift, er kritisabelt, men det er ikke ansvarspådragende for selskabets ledelse, at de har satset på et marked, der senere viser sig at briste. Dette kan derimod virke som en formildende omstændighed, for ansvarsbedømmelsen af selskabets ledelse.

9.3 Revisor

En anden meget vigtig informationskilde er selskabets revisor. Modsat direktionen er revisor en ekstern kilde, og derfor er der ikke samme risiko for informations sammenfald som ved direktionen. Ligeledes er der heller ikke samme grad af vurderinger i forhold til hvad der skal fremlægges for bestyrelsen, da der i en stor del af revisors rapportering til bestyrelsen er regler for, hvad og hvornår der skal rapporteres til bestyrelsen.⁸⁵

Revisors vigtigste rolle er at være en ekstern og uafhængig kilde til retvisende information.⁸⁶

Derfor må det vurderes at informationen fra revisor indeholder en høj grad af troværdighed, da det er en ekstern kilde, som ikke selv har nogle incitamenter til at videregive en bestemt form for information, men tværtimod har en vigtig rolle om at være upartisk og uafhængig.

Rapportering fra revisoren til bestyrelsen forekommer oftest i forbindelse med revision af selskabets årsrapport jf. SL § 147. Kommunikationen fra revisor til bestyrelsen fremkommer i form af et protokollat eller lignende, hvor revisor opsummerer bemærkninger som skal fremlægges for bestyrelsen jf. revisorbekendtgørelsen §7.

Som tidligere gennemgået i dette speciale, er en af bestyrelsens opgaver at sikre at selskabets bogføring og regnskabsaflæggelse sker på tilfredsstillende måde. Meget lignende har revisor til opgave jf. Revisorbekendtgørelsen § 7stk. 2 blandt andet at påse, at selskabet overholder lovgivning om at bogføringen er overholdt.

Altså har både bestyrelse og revisor en interesse i at dette er overholdt. Derudover skal revisor også jf. Revisorbekendtgørelsen § 7 stk. 2. punkt 2 gøre opmærksom på, hvis de har fundet væsentlige forhold, som kan give en formodning om at bestyrelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for handlinger eller undladelse af handlinger, der har påvirkning på selskabet, tilknyttede selskaber, virksomhedsdeltagere, kreditorer eller medarbejder jf. Revisorlovens § 7 stk. 2. punkt 2.

Bestyrelsen må ikke forholde sig passivt til de informationer, som de får stillet til rådighed.⁸⁷

Her kan det også være relevant at se på U2015.2219H, som handler om AKP Holding A/S som i 2008 solgte sine aktier i FC Nordsjælland Holding A/S til KAP Holding A/S. Både køber og sælger var ejet af den samme person, hvorfor der var tale om transaktioner mellem nærtstående parter. Kort efter salget gik sælger

⁸⁵ ISA 260

⁸⁶ Revisorlovens § 24

⁸⁷ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 583)

konkurs, og højesteret vurderede her, at salget af aktierne kunne omstødes, da salget ikke var sket på markedsmæssige vilkår. Derudover vurderede Højesteret også at bestyrelsesmedlemmerne i AKP Holding A/S havde handlet ansvarspådragende, og de var derfor også erstatningsansvarlige for konkursboets tab på 10 mio. kr.

I denne sag ses det, at domstolene sætter krav til bestyrelsen, når der er tale om transaktioner mellem nærtstående parter. Dette er fordi transaktioner med nærtstående parter skal ske på markedsmæssige vilkår, så der ikke sker en tilsidesættelse af de øvrige kreditors vilkår. I denne sag kunne de øvrige kreditorer ikke få dækket deres krav på baggrund af de dispositioner, som bestyrelsen havde foretaget. I dette tilfælde, i forbindelse med værdiansættelsen af aktierne, viser det også at bestyrelsen har pligt til at sikre sig at beslutningsgrundlaget er baseret på pålidelige oplysninger. I dette tilfælde var det ikke nok, at bestyrelsen traf sin beslutning om at godkende transaktionen på baggrund af den værdiansættelse, som var udarbejdet af selskabets revisor på baggrund af de oplysninger, som revisor havde fået af ejeren, og hvor oplysningerne ikke var blevet verificeret.

9.3.1 Aflæggelse af årsrapport

Dette punkt om aflæggelse af årsrapport er medtaget som afsnit under information modtaget fra revisor. Dog er det dog vigtigt at afklare, at det ikke er revisor, som aflægger årsrapporten, men derimod den øverste ledelse jf. ÅRL §8.

Det er dog nærtliggende er medtage afsnittet om aflæggelse af årsrapporten under information modtaget for revisor, da revisor har skrevet under på, at årsrapporten udgør et retvisende billede af virksomhedens resultat samt status på den dag, hvor selskabets ledelse opgør det hele. Ofte deltager revisor også på bestyrelsesmødet, hvor årsrapporten bliver fremlagt, så revisor også kan få kommunikeret bemærkninger til årsrapporten direkte til bestyrelsen.⁸⁸

Ifølge Årsregnskabsloven (efterfølgende benævnt som ÅRL) §2 skal de virksomheder, der er nævnt i ÅRL §3, herunder bl.a. aktie- og anpartsselskaber, hvert år aflægge et årsregnskab. Årsrapporterne er en vigtig informationskilde for bestyrelsen, når det kommer til vurdering af selskabets økonomiske beredskab, da der her er en tredjemand, og ekspert inden for sit område, som har skrevet under på, at forholdene i årsrapporten giver et retvisende billede af selskabets økonomi.

Her er det også vigtigt at bestyrelsen i selskabet har en forståelse af hvilken erklæring, som revisor afgiver på årsrapporten. Revisor har nemlig mulighed for at afgive forskellige erklæringer på årsrapporten, hvor de forskellige erklæringer har forskellige grader af sikkerhed. Det er dog også bestyrelsen eller generalforsamlingen, som bestemmer, hvilken erklæring, der skal afgives, så det bør ikke komme som en overraskelse for bestyrelsen, hvilken erklæring revisor afgiver. De skal blot være opmærksom på, at der er højere grad af sikkerhed, hvis der er afgivet en erklæring om revision frem for en erklæring om opstilling af regnskaber, som er en erklæring uden sikkerhed.⁸⁹

Udover at have en forståelse for, hvilket arbejde, som revisor har udført, er det også bestyrelsens ansvar at forstå, hvad der står i årsrapporten, da det rent formelt er dem som aflægger årsrapporten. Rent praktisk er det i de fleste tilfælde nok selskabets økonomiafdeling, som laver årsrapporten eller i hvert fald laver grundlaget og opgørelser, sådan at revisor kan revidere samt opstille regnskabet.

⁸⁸ ISA 260

⁸⁹ (FSR, 2017)

Her kan det altså også diskuteres hvor dybdegående et kendskab, som bestyrelsen skal have til de informationer, som ligger til grund for årsrapporten, samt hvor stort et regnskabskendskab, de skal have for at kunne forstå dets indhold. Derfor ses det også oftest at det rent praktisk er direktionen i selskabet, som oftest er med til at udarbejde årsrapporten samt tage de forskellige beslutninger i forbindelse hermed.⁹⁰

Det er jo også direktionen, som har det daglige ansvar for driften i selskabet, så derfor giver det også meget god mening, at det er en opgave, som de deltager i. I mange selskaber ses det også at bestyrelsen har ansat en økonomidirektør, som varetager denne opgave, og også har fagligheden til at sørge for at selskabet har en velfungerende økonomifunktion, som står for bogføring, regnskabsaflægning samt tilstrækkelige interne kontroller, som minimerer risikoen for fejl.

Uanset om der er tale om regnskaber som er gennemgået af revisor eller interne regnskaber udarbejdet af selskabets økonomifunktion er der tale om handlinger, der gør at bestyrelsen overholder punkt tre i SL § 115 om at bestyrelsen løbende skal modtage den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold.

Udover den obligatoriske årsrapport bliver der i lidt større selskaber også udarbejdet kvartalsregnskaber eller månedsregnskaber, som også forelægges for bestyrelsen. Disse perioderegnskaber, som bliver udarbejdet i unoterede selskaber, bliver nødvendigvis ikke gennemgået af revisor, men blot udarbejdet af selskabets økonomiafdeling. Derfor kan informationen være ligeså korrekt som årsrapporterne, som bliver gennemgået af revisor, men der er ikke denne ekstra garanti for dets retvisende billede. Derimod giver det mulighed for løbende at følge økonomien i selskabet fremfor den ene gang om året, hvor årsrapporten bliver revideret af revisor.

Et eksempel herpå er U2007.497H (Calypso) hvor selskabet blev finansieret via forudbetalinger til rejser fra kunderne og stiftet med en egenkapital på 1 mio. kr. Selskabets bestyrelse bestod af personer, som ikke havde nogen tidligere erfaringer med bestyrelsesarbejde. Derfor havde de nærmere roller som passive investorer og det var ifølge dem selv, kun rent formelt, at de havde påtaget sig en bestyrelsespost. I en lang periode blev der ikke afholdt bestyrelsesmøder i selskabet, og af samme grund modtog bestyrelsen heller ikke nogen form for rapporteringer. Derfor havde bestyrelsen heller ikke kendskab til den økonomiske situation i selskabet.

⁹⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 468)

Selskabets gik efter noget tid konkurs. Konkursboet lagde derefter sag an mod direktøren, den daglige leder og bestyrelsesmedlemmerne. Højesteret fandt de sagsøgte skyldige, da de kunne have undgået denne situation, hvis de havde holdt løbende tilsyn med selskabets drift og indset håbløshedstidspunktet, og derfor ville de have indset at der var lidt et betydeligt tab, som ville betyde, at de ville blive nødt til at indstille driften eller tilføre yderligere kapital til selskabet.

I Calypso sagen havde bestyrelsesmedlemmerne ikke tidligere erfaring med bestyrelsesarbejde. Derudover havde de heller ikke dannet sig et økonomisk overblik, hvilket gjorde at selskabets gæld ville fortsætte med at vokse, hvis der ikke blev handlet. Den eneste økonomisk rapportering, som bestyrelsen modtog, var fra selskabets revisor i forbindelse med aflæggelse af årsrapport. Her var der flere revisionsbemærkninger fra revisor om betænkelighed ved at forsætte driften. Her kom der ikke nogen reaktion fra bestyrelsen.

Til sammenligning med U2006.2637 H (AOF), som vil blive gennemgået i næste afsnit, ses det her, at bestyrelsens arbejdsindsats og handlinger skal indgå i en konkret vurdering af, hvorvidt bestyrelsens beslutninger er truffet med vurdering af, at selskabet har mulighed for overlevelse.

9.4 Rådgivning fra eksterne parter

Bestyrelsen kan i nogle tilfælde vælge at søge rådgivning hos eksterne parter, hvis de har brug for rådgivning inden for et specialområde. Rådgivning fra eksterne parter kan blandt andre bestå af advokater, forskellige former for konsulenter mv. Det giver sig selv at bestyrelsen, trods deres mulighed for sammensætning af forskellige kompetence hos bestyrelsesmedlemmer, ikke kan vide alt, og derfor kan det også ofte ske, at bestyrelsen vælger at søge rådgivning hos en specialist indenfor det specifikke emne, for at få et bedre beslutningsgrundlag. Det skal dog pointeres at bestyrelsen ikke kan ifalde ansvar blot fordi de ikke har søgt hjælp hos en rådgiver.

Et eksempel her på er U.2006.2637H (AOF Århus) hvor bestyrelsen havde valgt at købe ydelser hos eksterne konsulenter, da der var økonomiske problemer. Selvom de havde fået eksternt rådgivning fra konsulenter, gik AOF Århus konkurs, og det var altså ikke lykkedes bestyrelsen at få vendt den økonomiske situation på trods at de købte konsulenttydelser. Bestyrelsen mente, at de ikke kunne stilles til ansvar for konkursen, da de blot havde fulgt de anbefalinger, som de fik fra konsulenterne. Højesteret frifandt bestyrelsen, da de vurderede at AOF Århus, havde gjort hvad de kunne for at få vendt den økonomiske krise, og havde søgt den nødvendige rådgivning fra eksperter. Derudover blev der lagt vægt på, at konsulenterne havde haft de samme oplysninger om økonomien, som bestyrelsen havde haft. Da konsulenterne ikke havde stillet spørgsmålstegn ved den fortsatte drift af AOF Århus, forventedes det heller ikke af bestyrelsen. Selvom AOF Århus er en erhvervsdrivende forening, vurderes det, at det samme havde været gældende for et kapitalsekskab.

Som tidligere nævnt om Calypsos konkursbo blev bestyrelsesmedlemmerne erstatningsansvarlige, da bestyrelsen ikke havde gjort en indsats for at få et indblik i virksomhedens økonomi, og kunne dermed heller ikke kunne afværge en økonomisk krise.

10 Det forretningsmæssige skøn (Business Judgement Rule)

Det forretningsmæssige skøn udspringer fra amerikansk ret, hvor det hedder Business Judgement Rule. I den amerikanske ret er det et mere detaljeret og mere omfangsrigt lovkompleks end det vi kender fra den danske lovgivning. I amerikansk ret findes reglerne om Business Judgement Rule i deres Corporate Governance regler, hvorimod det i Danmark hjemles i retspraksis. Når det forretningsmæssige skøn skal vurderes, tages der primært udgangspunkt i om bestyrelsen er i god tro og hvor loyale de har handlet overfor selskabet. I praksis bliver det forretningsmæssige skøn ofte behandlet sammen med vurderingen om håbløshedstidspunktet, som med andre ord er det tidspunkt, hvor bestyrelsen senest burde indse, at selskabets drift ikke kan fortsættes.⁹¹

Det forretningsmæssige skøn, eller Business Judgement Rule, betyder at ledelsen ikke nødvendigvis kan ifalde ansvar, hvis de har truffet en forkert beslutning, som betyder at selskabet på baggrund af bestyrelsens beslutning har lidt et tab. For at bestemmelsen om det forretningsmæssige skøn kan blive gældende, kræver det at bestyrelsen har haft et rimeligt beslutningsgrundlag, og ligeledes skal det også være i situationer, hvor der er udøvet et forretningsmæssigt skøn.⁹²

Ved vurdering af det forretningsmæssige skøn er der ofte tale om en vurdering af, om bestyrelsen har undladt at handle på et tidspunkt, hvor de skulle have gjort det, og deres passivitet har medført et økonomisk tab for selskabet.

Når bestyrelsen skal træffe strategiske beslutninger, vil der i en lang række tilfælde være en grad af skønsmæssig beslutning. Når der tages beslutninger, hvor der er en grad af skøn, er der tillige risiko for at foretage et fejlskøn. Hvis der bliver foretaget et fejlskøn, som i sidste ende kan medføre et tab for selskabet betyder det som udgangspunkt ikke at bestyrelsen vil ifalde ansvar, så længe bestyrelsen har handlet forretningsmæssigt loyalt overfor selskabet. På samme måde kan bestyrelsen i selskabet træffe beslutninger som kan medføre et tab for virksomheder såsom forskellige investeringer, som senere viser sig at være dårlige investeringer. Så vil bestyrelsen nødvendigvis heller ikke ifalde et erstatningsansvar.

⁹¹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 644)

⁹² (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016)

10.1 Fortsat drift

Hvis bestyrelsen ikke indser håbløshedstidspunktet i et selskab i økonomisk krise, kan det være ansvarspådragende for bestyrelsen. I disse tilfælde spiller det forretningsmæssige skøn en vigtig rolle i ansvarsvurderingen.

Bestyrelsens hensigt har haft en betydning i udfaldet af de kommende domme, og her er der især tale om bestyrelsens loyale forretningshensyn, hvor bestyrelsen har handlet en god tro om, at den negative udvikling i selskabet kunne vendes.

Det er en vigtig forskel om bestyrelsen tager chancen og fortsætter driften, selvom de ikke har et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag. Modsat situationer hvor bestyrelsen handler aktivt og dermed indhenter yderligere informationer. I sidste situation har bestyrelsen en betydelig bredere fejlmargen, og der skal nærmest foreligge uredelige forhold, før der statueres ansvar, når forholdet er lagt åbent frem.⁹³

Det er bestyrelsens ansvar at vurdere om driften kan fortsætte ud fra et forsvarligt grundlag og et loyalt forretningsmæssigt skøn. Det betyder i øvrigt at de skal sikre, at der er et forsvarligt kapitalberedskab, og at der er tilstrækkelige likvide midler til at kunne betale selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder.

Hvis et selskab går konkurs, vil der ofte være kreditorer, som får tab, som de ønsker at få dækket. I disse situationer er der ofte en betydelig margin for bestyrelsen til at skønne, hvornår det er håbløst at fortsætte selskabets drift. Den afgørende faktor er om bestyrelsen måtte eller burde have indset, at videreførelsen var håbløs, og at selskabet befandt sig i en sådan håbløs økonomisk situation, at det ikke var realistisk muligt at fortsætte driften. Kriteriet for håbløshedstidspunktet er derfor, om ledelsen burde have indstillet eller tilpasset driften.⁹⁴ Hvis ledelsen fortsætter driften, til trods for at den er klar over, at selskabet befinder sig i en håbløs økonomisk situation, er der tale om en culpøs handling.⁹⁵

Det kan medføre et erstatningsansvar for bestyrelsen, såfremt denne har favoriseret visse af selskabets kreditorer ved selskabets insolvens. Dette følger af, at der gælder en almindelig pligt for bestyrelsen til at behandle selskabets kreditorer lige, jf. U2005.2235H Bagsværd Autohus ApS, hvor tre bestyrelsesmedlemmer havde gennemført en overdragelse af samtlige selskabets delvist behæftede aktiver til et andet selskab mod førstnævnte selskabs kun delvise overtagelse af usikrede passiver.

⁹³ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 467)

⁹⁴ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 644)

⁹⁵ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 646)

Højesteret fandt herefter, at bestyrelsesmedlemmerne og den medvirkende advokat havde tilsidesat en ligelig fordeling af selskabets kreditorer og derved handlet ansvarspådragende over for de kreditorer, hvis passiver ikke blev overdraget.

I U.1998.1137.H omhandlende OKStimist A/S ifaldt bestyrelsen i en professionel fodboldklub ansvar for kreditorernes tab, på grund af selskabets fortsatte drift. Bestyrelsen modtog et årsregnskab, som så rigtig dårlig ud, men på trods heraf, valgte de at fortsætte driften. Efterfølgende gav banken besked om, at de ikke længere ville stille likviditet til rådighed til selskabets drift.

Højesteret fastlægger ud fra denne sag, at håbløshedstidspunktet er på dette tidspunkt, hvor årsregnskabet bliver vedtaget. På dette tidspunkt burde bestyrelsen have indset at fortsat drift ikke var mulig, uden der ville ske yderligere tab. Det blev vurderet, at bestyrelsen havde handlet uforsvarligt, ved at fortsætte driften efter generalforsamlingen, og skulle derfor erstatte tabet lidt ved at fortsætte driften herefter.

Det skal dog her bemærkes, at en ledelse ikke ifalder ikke erstatningsansvar ved fejlskøn foretaget før håbløshedstidspunktet, hvis skønnet er udøvet som forretningsmæssigt loyalt. Derimod kan bestyrelsen ifalde ansvar, hvis de vælger at fortsætte driften efter de burde have indset at det ikke var muligt.⁹⁶

Et erstatningsansvar kan tidligst statueres i tilfælde, hvor tab for kreditor må anses som værende uundgåeligt. OKStimist og Calypso sagerne, hvor domstolene vurderede at håbløshedstidspunktet var indtruffet, og at erstatningsansvaret indtræffer, når det står klart at selskabet ikke kan fortsætte driften. Modsat er Havemann, hvor det indtil selskabernes likvidation forelå forhandlinger om mulighed for salg af selskabet, hvorfor håbløshedstidspunktet ikke var indtrådt selvom mulighederne for at redde selskabet var minimale.

I U.1977.274.H omhandlende Havemann A/S, som var et stormagasin, hvis ledelse blev sagsøgt for erstatning. Det gjorde de fordi der blev foretaget en vareleverance samme dag som stormagasinet gik konkurs. Her vurderedes det, at bestyrelsen allerede dagen før burde have indset, at driften ikke kunne fortsætte. Bestyrelsen blev dog frifundet fordi, at der stadig dagen inden blev foretaget seriøse forhandlinger om overtagelse af selskabet, og selskabets advokater havde vurderet, at der var spinkle chancer for en rekonstruktion.

⁹⁶ (Werlauff, Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor, 2016, s. 74)

Ud fra Højesterets udtalelse i denne dom kan det konkluderes, at igangværende forhandlinger om overtagelse af selskabet, kan virke ansvarsfritagende for selskabets ledelse. Derudover viser dommen også, at bestyrelsen kun ifalder et personligt ansvar, hvis tabet ville være uundgåeligt, hvilket ikke var tilfældet i denne sag.

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

10.2 Risikoprofil

Når bestyrelsen skal tage beslutninger, skal de huske at vurdere hvor stor risiko der er ved hver beslutning. Ved beslutninger med en høj risiko er det vigtigt at de har et bedre beslutningsgrundlag, samt inddrage flere informationskilder, end ved mindre risikofyldte beslutninger. Risiko ved beslutninger om optagelse af et nyt lån, skal f.eks. ses i lyset af selskabets øvrige økonomi, herunder likvide midler, øvrige omsætningsaktiver, kortfristet gæld, egenkapital samt andre økonomiske forhold i den specifikke branche, som kan være væsentlige at tage hensyn til. Hvis selskabet i forvejen har en dårlig økonomi, kan der være stor risiko ved at optage endnu et lån. Hvis der derimod er god økonomi i selskabet, er der mindre risiko.

Den sædvanlige risikoprofil definerer hvor stor omfanget af høj risiko må være i selskabet, og dermed danner grundlag for risikoen af de beslutninger, som ledelsen skal tage. For at dette kan lade sig gøre, skal bestyrelsen få forelagt kvalificerede oplysninger, som danner grundlag for at de er tilstrækkeligt oplyst til at kunne tage beslutninger.⁹⁷

Jo større risiko der er forbundet med selskabets brancheområde, organisation eller likviditet, jo større krav stilles der til bestyrelsens kontrol af selskabet. Vurdering af bestyrelsens ansvar skal derfor ses ud fra selskabets risikoprofil.

Ved vurdering af det forretningsmæssige skøn skal man ligeledes vurdere på selskabets risikoprofil. Her er det altså meget vigtigt at tage højde for hvilken branche, som selskabet opererer i, da den specifikke branche kan stille forskellige krav til selskabets kapitalberedskab. Derfor er det også vigtigt at bestyrelsen løbende vurderer om selskabets likviditet er tilstrækkelig til at kunne overholde selskabets forpligtelser.

Som tidligere gennemgået i dette speciale skal selskabets kapitalberedskab altid være forsvarligt og skal kunne opfylde selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser jf. SL § 115 stk. 5. Derudover skal det også

⁹⁷ (Sofsrud, 1999, s. 385)

vurderes, hvad der er tilstrækkeligt. Skal man her forestille sig worst case eller hvad der reelt forventes? Derudover er det også vigtigt at forstå betydningen af at have lavet et gennemarbejdet budget.⁹⁸

Tidligere sager viser at man ikke behøver at forvente worst case. Alt kan gå galt, men dette behøver ikke at have noget med bestyrelsens beslutninger og vurderinger at gøre, men også et spørgsmål om efterspørgsel på markedet eller andre eksterne forhold, som selskabet ikke selv kan påvirke, som kan betyde en dårlig indtjening eller medføre uforudselige udgifter.

Det vurderes at jo større risiko der er forbundet med selskabets brancheområde, organisation eller likviditet, desto større krav stilles der til ledelsens kontrol af selskabet.

Såfremt et selskabs daglige drift er afhængig af fremmedfinansiering, kan vedtagelsen heraf på bestyrelsesniveau i sig selv være ansvarspådragende for ledelsen. Dette skal bestyrelsen have dette med i deres overvejelser, når de træffer økonomiske beslutninger. De skal også vurdere om det er en indikation på, at der foreligger så klare likviditetsproblemer, der ud fra et forretningsmæssig skøn bør få bestyrelsen til at overveje, hvorvidt selskabets drift bør stoppe. Låneoptagelse skal dog i sig selv ikke anses som værende en culpøs handling, idet fremmedfinansiering af betydelige lån er ganske udbredt i erhvervslivet, og i stedet kan være indikation på en virksomhed i vækst. Det skal fastslås at en bestyrelse ikke bør basere selskabets drift ene og alene på fremmedfinansiering. Bestyrelsen må derimod gerne bruge fremmedfinansiering som en mulighed for at booste selskabets investeringsmuligheder mv.

Et eksempel hvor der var en mangelfuld vurdering på selskabets risikoprofil er igen U.2007.497H Calypso, hvor der var en høj risikoprofil, på grund af et spinkelt kapitalgrundlag og risikabel finansieringsform. Selskabet blev stiftet med en egenkapital på 1 mio. kr., og 10 måneder efter selskabets stiftelse går det konkurs, da driften blev finansieret af forudbetalinger fra kunderne, men da salgspriserne på rejserne ikke kunne dække de direkte omkostninger, hang dette ikke sammen.

Ved sådan en risiko i finansieringsmodellen kræver det, at bestyrelsens tilsyn med økonomien bliver mere skærpet end hvad det normalt ville have været.

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at bestyrelsens tilsynsforpligtelse, herunder risikostyring og intern kontrol, udgør en nedre grænse for, hvilken viden bestyrelsen skal have, og således også en nedre grænse for det forsvarlige beslutningsgrundlag. Det kan derfor konkluderes, at beslutningsgrundlaget i nogle tilfælde kan være så mangelfuldt, at dette burde have været undgået ved forsvarlig kontrol, tilsyn

⁹⁸ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 552)

samt risikostyring. Der kan i sådanne situationer være risiko for, at bestyrelsen kan ifalde ansvar for uforsvarligt tilsyn og kontrol, såfremt de almene erstatningsbetingelser er opfyldt.

10.3 Loyalt forretningshensyn

Hvis beslutninger er foretaget ud fra et forretningsmæssigt skøn, og beslutningerne er taget i god tro, og ud fra selskabets interesse, er Domstolene tilbageholdende med at efterprøve bestyrelsens beslutninger.⁹⁹ Bestyrelsen er altså underlagt et loyalitetskrav. I de tilfælde hvor der vil være en interessekonflikt, fordi ledelsens beslutninger er præget af andre interesser end blot selskabets, vurderes marginen for fejlskøn at være betydeligt skærpet.¹⁰⁰

Et af de vigtigste elementer i loyalitetspligten, er kravet om, at ledelsen ikke må skade selskabet, samt at ledelsen skal minimere eventuelle tab, som kunne forekomme i forbindelse med ledelse af selskabet.

Bestyrelsens pligt overfor selskabets kapitalejere består både i at sikre selskabets interesser, samt at informere kapitalejerne, hvis der skulle ske væsentlige ændringer i selskabets forhold.

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

Bestyrelsens loyale forretningshensyn udgør en væsentlig del i vurderingen af det forretningsmæssige skøn ved en efterprøvelse af bestyrelsens beslutninger. Dette viser sagen U1981.973 H Røde Vejmølle.

Røde Vejmølles direktør og storaktionær havde i en periode solgt rasp til langt under markedspriserne. Køberen var et selskab, der var ejet af Røde Vejmølles direktør Mogens Poulsen og hans kone. Mogens Poulsen valgte at sælge det pågældende rasp til betydeligt nedsat pris, hvilket bestyrelsen ikke havde kendskab til. Dette skete selvom bestyrelsen og direktionen havde fælles ambitioner om at selskabets dækningsbidrag skulle øges det kommende år. På grund af salget af raspen til en nedsat pris faldt selskabets dækningsbidrag betydeligt, og blev derfor lavere end det tidligere havde været, og dermed en modsat effekt end de indgåede forventninger for året. Røde Vejmølle trådte kort tid derefter i likvidation på baggrund af øget konkurrence samt ældre og nedslidt produktionsmateriale.

Selskabet sagsøgte derefter direktøren, da sagsøgeren mente, at direktøren havde handlet illoyalt overfor Røde Vejmølle ved at sælge raspen til langt under den pris, der var aftalt i kontrakten. Derudover var raspen det eneste produkt, som gav overskud på det pågældende tidspunkt, hvorfor gode salgspriser var vigtige for selskabets overlevelse, og målet om at opnå et højere dækningsbidrag.

⁹⁹ (Sofsrud, 1999, s. 466)

¹⁰⁰ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 547)

Mogens Poulsen havde i forbindelse med sin tiltræden som direktør for Røde Vejrmølle, overladt den daglige drift af det tidligere selskab til sin kone. Dette var sket ud fra et forretningsmæssigt hensyn, så der ikke ville være modstridende interesser for direktøren. Bestyrelsen havde flere gange fået oplyst, at der var opstået øget konkurrence fra udenlandske forhandlere, hvorfor de fastsatte priser ikke længere ville kunne overholdes. Set ud fra referaterne fra bestyrelsesmøderne, blev dette dog aldrig drøftet på bestyrelsesniveau.

UfR 1981.973 H omhandlende Røde Vejrmølle er et eksempel på en sag, hvor ledelsen blev frifundet på grund af manglende kausalitet. Direktøren blev frifundet for at have solgt nogle af selskabets produkter med et lavere dækningsbidrag end hvad der var aftalt med bestyrelsen. Derudover blev produkterne også solgt til at af hans egne selskaber, og dette var uden at bestyrelsen var blevet informeret herom. Direktøren blev dog frifundet, da han kunne bevise, at det ikke var muligt, at sælge produkterne til de priser, som blev aftalt med bestyrelsen, grundet prisudviklingen på markedet, men han blev kritiseret for ikke at informere bestyrelsen. Der var derfor ikke kausalitet mellem tabet, og det at produkterne blev solgt billigere end vedtaget.

Sagen viser, at hvis der indfinder sig en interessekonflikt hvor bestyrelsens beslutninger er præget af andre interesser end blot selskabets, er marginen for fejlskøn betydeligt skærpet.

Selvom denne sag omhandler en direktørs ansvar for forretningsmæssige dispositioner, er denne dom dog meget sigende indenfor bestyrelsens forretningsmæssige hensyn, der også kan henføres til anvendelse på bestyrelsesmedlemmer. Dommen har til stadighed præjudikatværdi, hvor den illustrerer, at det er op til den disponerende at sandsynliggøre, at det forretningsmæssige skøn blev varetaget ud fra selskabets interesse.¹⁰¹

Højesteret bemærkede dog også i sin domsafsigelse, at det var kritisabelt, at direktøren ikke løbende havde underrettet bestyrelsen mht. prisnedsættelserne. Bemærkningen skal ses i lyset af, at netop raspindtægterne var af så vigtig betydning for selskabets drift, at dette var en nødvendig information for bestyrelsen, hvis denne skulle have mulighed for at foretage bestyrelsesbeslutninger på baggrund af korrekt informationsgrundlag. Kravet om gennemsigtighed for ledelsesbeslutninger er på linje med generel opfattelse af, at jo mere åben bestyrelsen er over for omverdenen vedrørende sine dispositioner, jo mindre risiko er der for at bestyrelsen kan ifalde ansvar ved fejlskøn.¹⁰² Et sådant skøn vil også påvirke

¹⁰¹ (Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 547)

¹⁰² (Werlauff, Bestyrelsens arbejde og ansvar, 2010, s. 38)

ansvarsfrifindelsen for bestyrelsen, selv om dispositionen ender med at medvirke til, at selskabet går konkurs ifølge Sunny Tours-dommen.

FED.2003.2039 – Sunny Tours A/S handler om et rejseselskab, der delte bestyrelse med moderselskabet. Moderselskabet valgte kort før datterselskabets eventuelle konkurs at sælge telte og andet udstyr til datterselskabet, hvor datterselskabet tidligere havde lejet udstyret. I denne sag er der altså ligesom i Røde Vejmøllesagen tale om transaktioner mellem interesseforbundne parter. Landsretten vurderede, at den fælles bestyrelse ikke havde handlet ansvarspådragende ved denne handling, og konkursboet fik derfor ikke medhold i sin påstand om erstatningskrav overfor bestyrelsen.

Landsrettens vurderede at der efter de afgivne forklaringer, kunne lægges til grund, at beslutningen om at købe telte og udstyr af moderselskabet, var begrundet i, at bestyrelsen og revisor frygtede, at skattemyndighederne ville anfægte lejebetalingerne, da den tidligere ordning ikke var rentabel for moderselskabet.

Landsretten vurderer at bestyrelsen ikke havde varetaget moderselskabets interesser men derimod datterselskabets interesser, og derudover vurderede Landsretten at bestyrelsen "havde fornøden grund til positive forventninger til den fortsatte drift af Sunny Tours A/S". Derfor ifaldt bestyrelsen ikke ansvar for at have pålagt selskabet en udgift i millionklassen, til trods for, at det havde negativ egenkapital på daværende tidspunkt.

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

I Røde Vejmølle-sagen, som er blevet gennemgået tidligere, er loyaliteten afgørende for frifindelsen af direktøren. Hvis vi ser på den 22 år nyere Landsretssag om Sunny Tours, kan det konkluderes, at Landsretten ikke omtaler bestyrelsens loyalitet, men derimod lægger vægt på det faktum, at bestyrelsen ikke handlede illoyalt, hvilket åbner op for et noget bredere frifindelsesgrundlag.

11 Bestyrelsesansvaret i et fremtidsperspektiv

11.1 Bliver bestyrelsens ansvar i fremtiden mere lignende et professionsansvar?

I specialet har vi nu gennemgået og analyseret relevant lovgivning og retspraksis omhandlede bestyrelsens ansvar. Ud fra opgavens indhold er der flere forhold, som indikerer en øget professionalisering af bestyrelsesansvaret. På nuværende tidspunkt er bestyrelsesansvaret ikke et professionsansvar, men det kan være relevant at sætte spørgsmålstejn ved om bestyrelsesansvaret i fremtiden må forventes at udvikle sig til et professionsansvar. Nogle af de forhold, som taler for en øget professionalisering, kan være den større efterspørgsel af ledelsesansvarsforsikringer og anvendelse af anbefalingerne for god selskabsledelse m.v.¹⁰³

Endnu et forhold som taler for at der sker en professionalisering af bestyrelsesansvaret, er udbuddet af ledelsesuddannelser. Med en ledelsesuddannelse må bestyrelsesmedlemmet anses at besidde særlige kompetencer til at håndtere bestyrelsesrollen, hvilket medfører en skærpet ansvarsvurdering for det medlem af bestyrelsen, som har en ledelsesuddannelse.¹⁰⁴

Modsat er en ledelsesuddannelse er ikke lovpligtig, og uddannelserne er tilpasset enten en bestemt branche eller en bestemt ledelsesposition og uddannelserne har derfor en stor forskel i formål og kompetenceudvikling.¹⁰⁵

En konsekvens af at have særlige kvalifikationer vil være, at bestyrelsesmedlemmet i nogle situationer bør indse en problemstilling, som de andre bestyrelsesmedlemmer ikke ville have opdaget. Hvis medlemmet ikke reagerer på det forhold som medlemmet burde have indset, vil det medføre en skærpet ansvarsvurdering¹⁰⁶. Der er altså forhold der taler både for og imod at bestyrelsesmedlemmer skal have en ledelsesuddannelse, hvis det er en indikator for at bestyrelsesansvaret skal skærpes.

Fordelen ved at bestyrelsen i unoterede kapitalselskaber bliver underlagt et professionsansvar, vil være at det skaber tryghed for selskabets aktionærer og kreditorer, da det vil medføre, at det enkelte bestyrelsesmedlem vil udvise større omhu i udførelsen af sit arbejde.

Ulempen ved at bestyrelsen i unoterede kapitalskaber underlægges et professionsansvar vil være, at færre vil påtage sig et bestyrelseshverv. Dette vil være grundet i, at bestyrelsesmedlemmer lettere vil kunne ifalde et personligt erstatningsansvar. En anden ulempe ved at bestyrelsen underlægges et professionsansvar vil være, at der vil være mindre plads til diversitet i bestyrelsen, da det vil være sværere at være en medarbejderrepræsentant i bestyrelsen eller sværere at give en bestyrelsespost til et

¹⁰³ (Bergenser, 2012, s. 306)

¹⁰⁴ (Bergenser, 2012, s. 321)

¹⁰⁵ (Bergenser, 2012, s. 321)

¹⁰⁶ (Bergenser, 2012, s. 203)

familiemedlem. Det er begrundet i at medarbejderrepræsentanter eller familiemedlemmer i bestyrelsen oftest ikke vil have samme baggrund som professionelle bestyrelsesmedlemmer og dermed vil det være svært at dømme dem ud fra samme professionsnorm.

Dermed kan det konkluderes, at det sjældent fra bestyrelsens synsvinkel vil være ønsket at være underlagt et professionssansvar, men at det samtidig må konkluderes, at det fra kapitalejernes og kreditorernes synsvinkel kan være en fordel hvis bestyrelsen underlægges et professionsansvar. Bestyrelsesansvaret vil formentlig forsat blive dømt ud fra den almindelige culpa form i fremtiden.

11.2 Hvordan påvirkes bestyrelsens ansvar under corona-krisen?

I foråret 2020 er stort set hele verden blevet påvirket af corona-krisen, herunder også de danske virksomheder. I sådanne situationer er det især vigtigt at ledelsen i virksomhederne udviser rettidig omhu og husker at dokumentere de beslutninger, som de tager når de skal beslutte hvordan virksomheden skal forholde sig til de udfordringer, som de står overfor. Det er især vigtigt i de situationer, hvor corona-krisen har gjort at virksomheder er blevet nødsaget til at lukke helt ned, og deres indkomstgrundlag er forsvundet i flere måneder. Det er vigtigt da ledelsen også i dette tilfælde skal tage stilling til, om det er forsvarligt at forsætte driften. Som tidligere nævnt i specialet er dette til hver en tid en af bestyrelsens vigtigste opgaver, og det er det til stadighed under corona-krisen, da det er en ekstraordinær og usædvanlig situation, som er ny for hele vores samfund¹⁰⁷. Derudover er det også en situation som medfører mange forskellige problemstillinger i virksomheden såsom manglende omsætning, sygdom hos medarbejdere, problemer med at fremskaffe råvarer eller tab på debitorer. Derudover er især mangel på likviditet en af de største udfordringer, man som virksomhed står overfor.

Det vurderes, at er på grund af de store tab, som virksomhederne lider, at det kan forventes at der på baggrund af corona-krisen vil komme et større antal af ansvarssager, hvor bestyrelsen vil blive stillet personligt erstatningsansvarlig, fordi de ikke har handlet med rettidig omhu eller fordi de i forbindelse med en konkurs ikke har stillet alle kreditorer lige.

Derfor er det også rigtig vigtigt at disse væsentlige beslutninger bliver dokumenteret f.eks. i form af referater fra bestyrelsesmøder. Det har under krisen været nødvendigt at træffe rigtig mange og hurtige beslutninger, og her kan det være nemt at glemme, at have styr på dokumentationen af drøftelserne. Dette skyldes at situationen under corona-krisen hele tiden ændrede sig meget drastisk og hurtigt.

¹⁰⁷ (Horten, 2020)

Ligesom i alle de andre eksempler som er gennemgået i specialet, kan bestyrelsen også kun her ifalde personligt ansvar, hvis ledelsen har handlet uden for anvendelsesområdet Business Judgement Rule, og at selskabet har lidt et tab. Derudover er det også gældende, at hvis selskabet kommer i problemer med likviditeten under Corona krisen, så vil råderummet for bestyrelsens beslutninger bliver mindre i takt med at risikoen for tab bliver større.¹⁰⁸

Her er der de to helt overordnede regler som gælder:

1. Håbløshedstidspunktet – altså driften må ikke fortsætte udover det tidspunkt, hvor der reelt ikke er nogen udsigt til en løsning.
2. Det er vigtigt at alle kreditorer bliver stillet lige

I forhold til om kreditorer bliver stillet lige, så kan der også være kreditorer med særlig fortrinsstilling. Lønmodtagerne har en fortrinsstilling frem for de andre kreditorer, og i forlængelse heraf vil det heller ikke være ansvarspådragende at betale A-skat og AM-bidrag.

Når det er sagt, så har skatte- og moms krav dog som udgangspunkt samme status som almindelige usikrede kreditorkrav. Regeringen har på grund af corona oprettet nogle hjælpepakker til det danske erhvervsliv, for at formindske virksomhedernes tab, og dermed også undgå eller begrænse afskedigelser af medarbejdere. En af hjælpepakkerne indeholder en udskudt betalingsfrist for moms, A-skat mv. for at frigive likviditet hos de danske virksomheder. Dermed har de offentlige myndigheder også indvilliget i at de i denne ekstraordinære situation, opgiver princippet om lighedeling mellem kreditorer, og de træder derfor i baggrunden til fordel for de andre kreditorer.

I denne ekstraordinære situation vil der derfor i den kommende tid være behov for tæt dialog med kunder, bank, kreditorer og andre samarbejdspartnere. Det vil forhåbentlig i mange tilfælde løse problemerne og medvirke til, at man sammen kommer helskindet gennem krisen, men der vil helt sikkert også opstå problemer, som vil kræve rådgivning om, hvordan man kan og bør navigere, så man undgår erstatningsansvar.¹⁰⁹

¹⁰⁸ (Faurfelt, 2017)

¹⁰⁹ (Horten, 2020)

12 Konklusion

Formålet med dette speciale har været at undersøge, hvornår bestyrelsen ifalder et erstatningsansvar, samt undersøge hvilke elementer, der indgår i bedømmelsen heraf. Ud fra domsanalysen kan det konkluderes, at retssager om erstatningsansvar typisk har været i forbindelse med selskabers konkurser, eller andre situationer, hvor kreditorer eller kapitalejere har lidt et tab. Derfor har skadelidte rejst økonomiske krav mod bestyrelserne, i håb om at få dækket det tab de har lidt. Det må konkluderes at bestyrelsen ifalder ansvar, i de tilfælde hvor de uagtsomt eller forsætligt tilføjer selskabet skade i form af et økonomisk tab. Dog skal det nævnes at bestyrelsen kun vil ifalde et erstatningsansvar, hvis de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Ledelsens ansvar bedømmes ud fra det almindelige ansvarsgrundlag i Danmark, som er culpa. Det vil altså sige, at der skal være lidt et tab, være en årsagsforbindelse samt påvises påregnelighed.

På baggrund af den domsanalyse som er foretaget i specialet, viser det at bestyrelsen primært bliver erstatningspligtige, når de tilsidesætter de pligter, som står foreskrevet i SL § 115. Det kan altså konkluderes at punkterne i SL § 115 er minimum for, hvad bestyrelsen skal sikre sig, idet de har det overordnede og strategiske ansvar for selskabet.

Det kan konkluderes, at bestyrelsen har pligt til at sikre sig, at de indhenter nødvendig og tilstrækkelig information om selskabets økonomiske forhold og dets udvikling. Ud fra domsanalysen kan det konkluderes, at det i culpabedømmelsen har stor betydning at bestyrelsen reagerer rettidigt og løbende følger udviklingen, når bestyrelsen får kendskab til at selskabets økonomi er dårlig. Det er nødvendigvis ikke afgørende, hvilke handlinger bestyrelsen foretager sig, blot at de ikke har forholdt sig passivt og at de handler loyalt overfor selskabet. Når det skal vurderes om bestyrelsen kan ifalde ansvar, foretages vurderingen ud fra de forhold, der var til stede på tidspunktet for den beslutning, som en bestyrelse ender med at have truffet. I culpabedømmelsen ligger der altså vægt på, hvad bestyrelsen måtte og burde have indset og dermed have handlet ud fra. Analysen i specialet har udledt en konklusion om, at såfremt bestyrelsen har indhentet informationer om selskabets økonomiske forhold og handler på den baggrund, pålægges der umiddelbart ikke ansvar.

Forretningsmæssigt skøn er altid en del af vurderingerne, når det skal vurderes om bestyrelsen i et selskab er erstatningspligtige. En for bred fejlmargen vil gøre at kreditorer og kapitalejere kan gå hen og få store tab.¹¹⁰ Derudover er det forretningsmæssige skøn kun soft law, og derfor kun retspraksis. Da der ikke er nogen lov, som indeholder det forretningsmæssige skøn, kan det konkluderes, at det kan medføre nogle

¹¹⁰ (Sofsrud, 1999, s. 134)

usikkerheder i domstolenes vurderinger. Det kan generelt konkluderes, at bestyrelsen ikke kan ifalde ansvar på baggrund af et forretningsmæssigt skøn, så længe bestyrelsen har fået tilstrækkelige oplysninger, og dermed handlet ud fra disse oplysninger. Det kan også konkluderes at det forretningsmæssige skøn har stor betydning i culpabedømmelsen. Hvis bestyrelsen har forsøgt forsvarligt at redde virksomhedens økonomiske situation, medfører det ikke et erstatningsansvar hos bestyrelsen, selvom forsøget skulle mislykkes og kreditorerne lider et tab, når forsøget er foretaget på et forsvarligt grundlag, i god tro og ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn.

Det kan konkluderes, at endnu et vigtigt element i bestyrelsens beslutningsgrundlag er den risiko som beslutningen har. Jo mere risikofyldt en disposition er, jo mere forsvarligt skal beslutningsgrundlaget være. Overordnet set kan man sige at, hvis bestyrelsesmedlemmerne varetager deres opgaver forsvarligt, vil deres beslutningsgrundlag i udgangspunkt også være forsvarligt.

Bestyrelsen vil generelt kunne stole på de informationer, den får fra revisor, direktionen og eksterne rådgivere. Dog er der specielt ved information mellem direktionen og bestyrelsen grund til at være opmærksom på faresignaler. Ekstern rådgivning vil kunne være med til at sikre et forsvarligt beslutningsgrundlag.

En anden form for soft law er "Anbefalinger om god Selskabsledelse". Det vurderes, at betydningen af Anbefalinger om god selskabsledelse vil blive større i fremtiden, og kan blive en del af rettens culpavurdering i forbindelse med vurdering af bestyrelsens ansvar. Da Anbefalinger om god selskabsledelse er opbygget efter et følg-eller-forklar-princip, vil det nok ikke blive det afgørende element i en ansvarsvurdering.

Det kan konkluderes, at endnu et vigtigt element i ansvarsvurderingen af bestyrelsesmedlemmerne, er bestyrelsesmedlemmernes individuelle baggrunde for at sidde i bestyrelsen. Som udgangspunkt skal alle bestyrelsesmedlemmer vurderes efter samme culpanorm. I nogle tilfælde vil dette dog ikke være gældende, men vil i nogle tilfælde blive bedømt som det professionelle bestyrelsesmedlem som f.eks. advokater og revisorer. Hvis de agerer som advokat eller revisor i bestyrelsen, vil de i stedet blive bedømt ud fra et professionsansvar. Domstolene vil kun se bort fra deres professionsansvar, hvis de agerer som et alment bestyrelsesmedlem og behandler områder som er udenfor deres fagkompetence, og ikke gør brug af de kompetencer, som de har fra deres hverv som advokat eller revisor.

Som nævnt kan f.eks. revisor og advokat blive vurderet ud fra en skærpet ansvarsvurdering. Modsat kan der også være bestyrelsesmedlemmer, som bliver dømt ud fra en mere lempelig ansvarsvurdering. Dette kan f.eks. være medarbejderrepræsentanter eller familiemedlemmer. Her har retspraksis tidligere vist sig

at være en smule mere åben over for en mere lempelig vurdering af medarbejderrepræsentanter og familiemedlemmers ansvar. Udgangspunktet er dog at medarbejderrepræsentanter og familiemedlemmer skal dømmes ud fra samme culpa vurdering som den øvrige bestyrelse.

Medarbejdere har i nogle tilfælde ret til at vælge minimum en tredjedel af bestyrelsen, hvoraf det så kan konkluderes at de indtræder med samme rettigheder og pligter som de andre bestyrelsesmedlemmer, og de er derfor også erstatningsansvarlige på lige vilkår med de bestyrelsesmedlemmer, som er valgt af generalforsamlingen. Såfremt der er medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, kan det konkluderes at der kan opstå en interessekonflikt, og derfor indeholder i selskabsloven en beskyttelse af medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer f.eks. en beskyttelse mod afskedigelse.

Det kan til slut konkluderes, at bestyrelsesansvaret generelt er blevet skærpet i nyere tid. En yderligere skærpelse af ansvarsbedømmelsen kan medføre at færre har lyst til at sidde i bestyrelser, fordi risikoen for at ifalde ansvar er for stort. Derudover vil det være svært at kunne dokumentere alt, som foregår på et bestyrelsesmøde, samt underliggende dokumentationer på undersøgelsesniveau på de beslutninger, som bestyrelses træffer. Derudover vil det i krisetider være svært at være bestyrelsesmedlem, da det ikke kan undgås, at der vil ske økonomiske tab, fordi mange virksomheder går konkurs.

13 Oversigt over litteratur m.v.

Lovgivning mv.

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

KBET 2008 nr. 1498, Betænkning om modernisering af selskabsretten

Bøger mv.

Advokatrådet. (2008). *Advokater i bestyrelser. En redegørelse fra Advokatrådet.*

Andersen, P. K. (2013). *Aktie- og Anpartsselskabsret* (12. udgave udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Bergenser, S. (2012). *Tilsynsrådets erstatningsansvar* (1. udgave udg.). Karnov Group.

Eyben, B. v., & Isager, H. (2011). *Lærebog i erstatningsret* (7. udgave udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Munk-Hansen, C. (2014). *Retsvidenskabsteori* (1. udgave udg.). Økonomforbundets forlag.

Sofsrud, T. (1999). *Bestyrelsens beslutning og ansvar* (1. udgave). Greens§Jura, Akademisk Forlag A/S.

Werlauff, E. (2010). *Bestyrelsens arbejde og ansvar* (2. udgave). Gjellerup.

Werlauff, E. (2016). *Erstatningsansvar i selskabsforhold - ledelse, ejere, revisor* (1. udgave). Werlauff Publishing A/S.

Werlauff, E. (2016). *Selskabsret* (10. udgave udg.). Karnov Group.

Werlauff, E., & Hansen, L. (2013). *Den juridiske metode - en introduktion* (1. udgave). Jurist- og økonomforbundets forlag.

Hjemmesider

Anne Katrine Bach Jensen, J. M.-N. (31. 10 2016). *DSTAnalyse - hvornår er små virksomheder små*. Hentet 21. Marts 2020 fra <https://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/nyt/GetAnalyse.aspx?cid=27867>

Erhvervsstyrelsen. (1.. december 2014). *Vejledning om*. Hentet d. 17. marts fra Reglerne for medarbejderrepræsentation (selskabs- og koncernrepræsentation) i Danmark: <https://erhvervsstyrelsen.dk/vejledning-reglerne-medarbejderrepraesentation-selskabs-og-koncernrepraesentation-i-danmark>

Faufelt, R. (10. November 2017). *Danmarks Radio*. Hentet 5.. April 2020 fra <https://www.dr.dk/nyheder/penge/fakta-de-seks-stoerste-danske-erhvervsskandaler>

FSR. (16.. november 2017). *Nyheder*. Hentet d. 2. marts 2020 fra Revisors erklæringer: Hvad er forskellen?: https://m.fsr.dk/Faglige_informationer/Publikationer/Publikationer-liste/Fakta-ark-revisors-erklæringer

Horten, Ledelsens ansvar under corona-krisen. Hentet 18. maj 2020 fra

<https://www.horten.dk/nyhedsliste/2020/marts/ledelsens-ansvar-under-coronakrisen>

LEGO. *LEGO, Ownership*. Hentet d. 27. maj 2020 fra [https://www.lego.com/da-dk/aboutus/lego-](https://www.lego.com/da-dk/aboutus/lego-group/ownership/)

[group/ownership/](https://www.lego.com/da-dk/aboutus/lego-group/ownership/)

Selskabsledelse, K. f. (23. november 2017). *Anbefalinger for god selskabsledelse*. Hentet fra

https://corporategovernance.dk/sites/default/files/190709_anbefalinger_for_god_selskabsledelse.pdf.

Domsregister

U.1961.515.H

U.1981.973 H

U.1977.274.H

U.1998.1137H

U.2000.188H

FED.2003.2039

U2005.2235H

U.2006.2637H

U.2007497.H

U.2013.1312.H

U.2015.2075.H

U2015.2219H