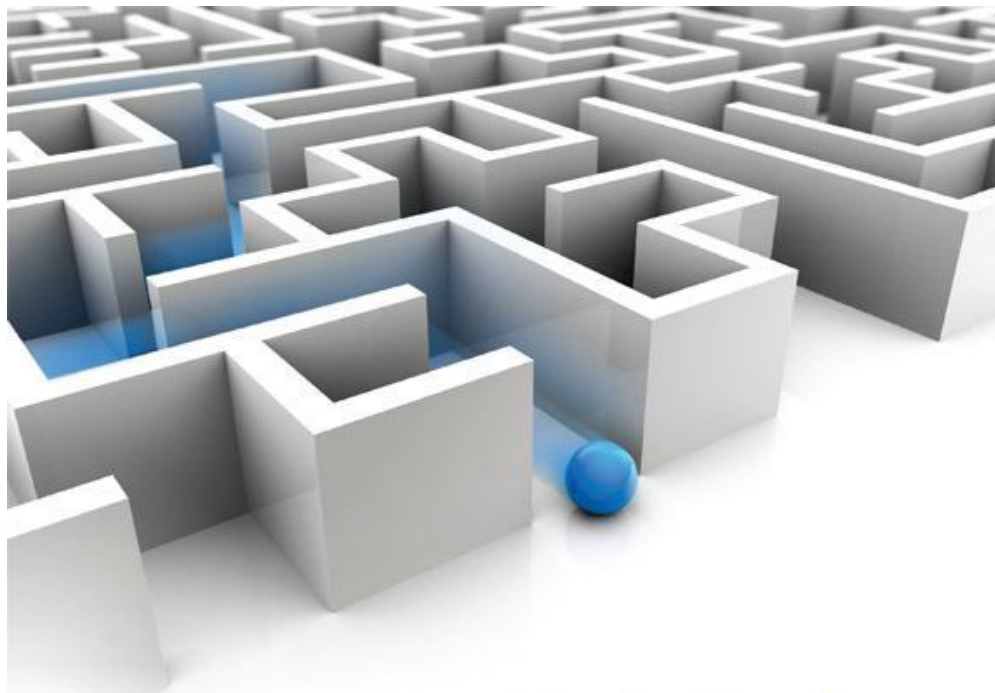


Momenter i culpabedømmelsen ved bestyrelsesansvar



28. januar 2011

Karoline Enodden & Ida Jacobsen

Titelblad

Vejleder: Erik Werlauff

Studie: Jura (Cand.jur.)

Retsområder: Erstatningsret
Selskabsret

Titel: Momenter i culpabedømmelsen ved bestyrelsesansvar

Engelsk titel: Elements in the Culpa-based Negligence Standards Concerning Directors' Liability

Afleveringsdato: 28. januar 2011

Antal sider: 84

Afleveret af:

Karoline Enodden

og

Ida Jacobsen

Forord

Det foreliggende udgør vores specialeafhandling med titlen "Momenter i melsen ved bestyrelsesansvar", og er skrevet som afslutning på vores kandidat i jura. Afhandlingen er indleveret med frist den 28. januar 2011 til Aalborg Universitet.

I forbindelse med afleveringen af vores afhandling vil vi gerne takke professor, dr. Jur., **Erik Werlauff**, for at have bidraget med nye vinkler og faglig sparring til afhandlingen, samt med en lang række bidrag til elementer i analysen.

Desuden vil vi gerne takke vores **familie og venner**, som har støttet os gennem studiet, og specielt gennem de sidste par semestre, hvor de har været ekstra tålmodige og støttende, hvilket har gjort det muligt for os at gennemføre dette afhandlingsarbejde som afslutningen på et særligt tilrettelagt forløb til at opnåelsen af en bachelor og kandidat i almen jura.

TAK!

Aalborg, den 28. januar 2011

Karoline Enodden & Ida Jacobsen

Indholdsfortegnelse

Titelblad	I
Forord	III
Indholdsfortegnelse	V
1. Emnevalg	1
1.1. Afgrænsning og metode.....	2
2. Ansvarsgrundlaget i selskabslovens § 361	6
2.1. Muligheden for lempelse af ansvaret efter selskabslovens § 363, stk. 1	7
2.2. Det solidariske ansvar efter selskabslovens § 363, stk. 3	8
2.3. Sammenfatning	9
3. Erstatning ifølge culpareglen	11
3.1. Culpabegrebets oprindelse og begrundelse	11
3.2. Anvendelsen af culpareglen	15
3.2.1. Den objektive retsstridighed.....	16
3.2.1.1. Skadens objekt.....	16
3.2.1.2. Ansvar for undladelser	17
3.2.1.3. Ansvarsfrihedsgrunde.....	17
3.2.2. Subjektiv tilregnelser.....	18
3.2.2.1. Anvendelsen af bonus pater familias	19
3.2.2.2. Diligentia quam in suis som ansvarsstandard	20
3.3. Sammenfatning	23
4. Subjektiv tilregnelser hos bestyrelsesmedlemmer	25
4.1. Anvendelsen af bonus pater-standard.....	25
4.1.1. Forsvarlig beslutningsusikkerhed.....	27
4.1.2. Bevidst og ikke-bevidst uagtsomhed	28

4.1.3.	Simpel og grov uagtsomhed	29
4.1.4.	Skadevolders opfattelse.....	30
4.2.	Sammenfatning	30
5.	Nærmere om retsstridighedskravet og brugen af dette.....	33
5.1.	De skrevne normer for bestyrelsen	34
5.1.1.	Selskabslovens skrevne normer.....	35
5.1.1.1.	Bestyrelsens pligter i selskabslovens § 115, stk. 1	36
5.1.1.2.	Muligheden for og følgerne af dissens efter selskabslovens § 128, stk. 2 og udtræden efter selskabslovens § 121, stk. 1	42
5.1.2.	Betydningen af vedtægterne, ejeraftaler og forretningsordenen.....	44
5.1.3.	Sammenfatning.....	49
5.2.	Brugen af soft law	52
5.2.1.	Corporate Governance – God selskabsledelse i Danmark.....	52
5.2.2.	Sammenfatning.....	56
5.3.	Uskrevne principper	57
5.3.1.	Skønnets element	58
5.3.2.	Loyalitetspligten og varetagelsen af betroede midler.....	61
5.3.3.	Sammenfatning.....	63
6.	Betydningen af individuelle forhold.....	66
6.1.	Nye bestyrelsesmedlemmer	66
6.2.	Individuelle forudsætninger og sagkundskab	69
6.2.1.	Særlig sagkundskab og særlige kompetencer	71
6.3.	Den tidsmæssige indsats.....	72
6.4.	Sammenfatning	74
7.	Konklusion	77
8.	Skærpelse af ansvarsnormen?	81

8.1. Objektivisering af ansvarsbedømmelsen gennem den nye selskabslov	81
8.2. Ændring af bestyrelsen rolle gennem Corporate Governance	82
Summary	i
Oversigt over litteratur m.v.....	iii
Bøger m.v.	iii
Artikler	iv
Anvendte domme	vi

1. Emnevalg

”Finanskrisen og bankkrak har sat øget fokus på kvaliteten af det danske bestyrelsesarbejde, der blandt andet kritiseres for at være præget af nepotisme og higen efter prestige. Der er brug for flere, der ser bestyrelsesarbejdet som et arbejde og ikke en hyggelig retrætepost, hvor man har tid til at forbedre sit handicap i golf. Bestyrelsesarbejdet stiller større krav end nogensinde.”¹

Således indledes temaet *Danske bestyrelser til storvask* i første nummer af DJØF Bladet 2011, hvor emner som kompetence og uafhængighed er til debat. Emnet er særligt aktualiseret efter en periode i det danske samfund præget af recession og generelle negative økonomiske tendenser. Selvom finanskrisen ikke har nået samme omfang i Danmark, som f.eks. har været tilfældet i USA, har finanskrisen stadig haft stor betydning. Faktum er, at antallet af konkurser hos danske virksomheder har været stigende. I november måned 2010 gik 711 virksomheder i Danmark konkurs – det højeste antal siden 1996.²

Selvom omfanget af konkurser i Danmark ikke nødvendigvis er begrundet i forhold hos de enkelte virksomheder, men nærmere er en følge af primært servicefagenes lette påvirkelighed overfor ydre konjunkturer,³ så ligger der hos de enkelte danske virksomheder imidlertid internt et ansvar, når det forsøges at føre en virksomhed gennem en sådan lavkonjunktur på den bedst mulige måde. Hos de danske virksomheder, der er oprettet i selskabsform, ligger ansvaret for virksomhedens ledelse hos ledelsesorganerne. Det er i sådanne tilfælde interessenterne, i form af aktionærer, medarbejdere, kunderne, kreditorer, lokalsamfundet osv.⁴, som stiller forventningerne til selskabet, og ligeledes bedømmer, om disse opfyldes.⁵ De forventninger, som interessenterne stiller til selskaberne vil alt andet lige være lettere at opfylde i tider med højkonjunktur. Som følge af de svære forhold for ledelsen under lavkonjunktur, bliver interessenternes fokus på ledel-

¹ Beckett & Jørgense: *Danske bestyrelser til storvask*, DJØF Bladet, nr. 1, 2011, s. 12

² Experian (2010): *Rekordmange konkurser i november*

³ Experian (2010): *Rekordmange konkurser i november*

⁴ Rose: *Ledelsens loyalitetsforpligtelse: Stakeholder versus shareholder value paradigmet*, R&R.2004.12.0006

⁵ Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 689

sen arbejde og evner til at opfylde de opstillede forventninger naturligt øget. Det er derfor interessant at se på, hvorledes ansvarsbedømmelsen for bestyrelsen giver sig udslag i praksis, samt hvilke momenter domstolene lægger vægt på, når det skal vurderes, om ledelsen, og i særdeleshed bestyrelsen, har ført virksomheden igennem de svære tider på en økonomisk forsvarlig måde.

Formålet med denne afhandling er at redegøre for de momenter der indgår i erstatningsansvaret for bestyrelsen i et kapitalsekskab.

Afhandlingen skal på ingen måde anses for at være en udtømmende eller tilbundsående redegørelse for bestyrelsesansvarsreglerne, men vil blot belyse hvilke momenter, der er af særlig betydning for bestyrelsesansvaret, herunder især vanskelighederne ved bedømmelsen af disse enkelte elementer. Efter hvert kapitel vil de væsentligste pointer blive særligt fremhævet. Disse særlige pointer vil danne grundlag for konklusionen på problemstillingen.

1.1. Afgrænsning og metode

Indledningsvist vil afhandlingen behandle retsreglerne for ledelsens erstatningsansvar. Ved behandlingen heraf vil det blive fastslået, at ansvarsgrundlaget for bestyrelserne og dets medlemmer er dansk rets almindelige erstatningsregel – culpa – og det er dermed udelukket, at ansvaret er skærpet via en professionsansvarsnorm som for advokater eller revisorer eller via et objektivt ansvar.⁶ En bestyrelse i et erhvervsdrivende kapitalsekskab skal i flere relationer påse forhold af en anden karakter, end f.eks. bestyrelsen i et halvoffentligt forsyningsselskab.⁷ Afhandlingen vil udelukkende fokusere på kapitalsekskabets bestyrelse og dets medlemmer, uafhængigt af hvem der har udpeget medlemmet og desuden undlades behandlingen af medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer. Derudover vil afhandling ikke berøre ansvarsbedømmelsen for direktionen eller det nye tilsynsråd.

Afhandlingen vil yderligere være afgrænset til alene at behandle bestyrelserne i de mellemstore og store virksomheder samt virksomheder med værdipapirer optaget til handel på et reguleret marked som f.eks. Børsen, jf. opdelingen i årsregnskabslovens § 7, stk. 1.

⁶ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalsekskaber*, s. 480

⁷ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 4

Denne afgrænsning er foretaget på baggrund af et ønske om alene at behandle ansvaret for bestyrelser, som forudsættes at være præget af en vis professionalisme. Der afgrænses yderligere fra det interne koncernansvar mellem moderselskabet og datterselskaber, hvor interesseafvejningen af de fælles bestyrelsesmedlemmer må være anderledes.⁸

Efter at have fastslået ansvarsgrundlaget for kapitalselskabets bestyrelse vil en gennemgang af det oprindelige og teoretiske udgangspunkt for culpareglen blive gennemgået. Det vil i den forbindelse blive fremhævet, hvilket momenter der i teorien indenfor den almindelige erstatningsret bliver anvendt ved vurderingen af culpa. Den klassiske opdeling i objektiv retsstridighed og subjektiv tilregnelighed vil blive gennemgået, hvorunder det vil blive fremhævet, hvilken standard der kan finde anvendelse ved en konkret vurdering af en tabsforvoldende handling. Ved en klassisk ansvarsbedømmelse vil der ud over ansvarsgrundlaget og tabet, også være et krav om årsagssammenhæng og påregnelighed mellem skadevolderens handling og den indtrådte skade. Problemstillingen for denne afhandling har imidlertid ikke fokus på andet end ansvarsgrundlaget, og de øvrige beslægtede erstatningsretlige problemstillinger vil pga. omfanget af afhandlingen, ikke blive berørt. Ofte ved behandlingen af en erstatningsretlig problemstilling vil det ligeledes blive diskuteret, hvem skadelidte er samt dennes mulighed for at gøre et krav gældende. Denne problemstilling vil imidlertid ikke blive berørt i denne afhandling, idet det lægges til grund, at aktionæren, selskabet og tredjemand⁹ kan gøre et krav gældende overfor bestyrelsen.

Indenfor den almindelige erstatningsret tillægges kravet om subjektiv tilregnelighed langt den største vægt. Samme fokus på subjektiv tilregnelighed findes ikke indenfor bestyrelsesansvaret.¹⁰ Dette skyldes, at arbejdsområdet for bestyrelsen er langt mere komplekst set i forhold til retsstridighed, end tilfældet er for livet i al almindelighed, og det vil derfor være spørgsmålet om retsstridighed, der vil optage mest opmærksomhed. Nok er det interessant at vurdere tilregneligheden hos det enkelte bestyrelsesmedlem, men det vægtige i en konkret vurdering vil langt oftere være, om det udførte bestyrelsesarbejde kan siges at være retsstridigt. Dette er et resultat af en vanskelig uagtsomhedsbedømmelse. For at

⁸ Samuelsson: *Hvem bestemmer over bestyrelsen?*, ET.2009.136 f.

⁹ Samuelsson & Sjøgaard (1997): *Bestyrelsesansvar*, s. 87 og Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, s. 284 ff.

¹⁰ Schaumburg-Müller & Werlauff (2008): *Børs- og kapitalmarkedetsret*, s. 265

bedømme uagtsomheden, bliver retsstridigheden derfor det helt centrale og vanskelige element. Analysen af problemstillingen vil derfor tage sit afsæt i den subjektive tilregnelser, og hvilke elementer der vil indgå i vurderingen heraf for bestyrelsesmedlemmer. Det vil her blive diskuteret, hvilket betydning bonus pater-standard og diligentia quam in suis-standard kan have i denne sammenhæng.

For efterfølgende at vurdere den centrale objektive retsstridighed af det udførte bestyrelsesarbejde er det nødvendigt med en klarlæggelse af de normer, som bestyrelsesarbejde skal udføres indenfor. Det er netop givet, at en effektiv anvendelse af culpapreglen i praksis forudsætter nogle sikre normer. Analysen vil derfor forsøge at klarlægge, hvilke normer der er gældende, og fremkommer gennem de skrevne normer, soft law og uskrevne principper.

Ved de skrevne normer vil bestyrelsen pligter i selskabsloven (herefter SL) § 115 blive gennemgået ligesom disse vil blive sammenholde med den praksis, der tidligere fandtes om bestyrelsen pligter særligt i aktieselskabsloven § 54, stk. 3. Som følge af den ikrafttrædelse af den nye selskabslov, er det uundgåeligt at berøre enkelte af de tidligere bestemmelser fra denne gamle aktieselskabslov¹¹. Yderligere vil det blive gennemgået, hvilke muligheder bestyrelsesmedlemmet har for dissens og udtræden, ligesom påvirkningen af normen gennem selskabsdokumenter vil blive gennemgået. Afhandlingen vil kun berøre de bestemmelser i selskabsloven, hvortil hovedparten af ansvarssager er knyttet, og derfor vil øvrige rettigheder og pligter i selskabsloven ikke blive berørt. Eksempler på disse øvrige pligter, der er udeladt, kan være pligten til at forberede og indkalde til generalforsamling jf. SL § 93 og retten til at give gaver efter SL § 195.¹²

Ved soft law skal forstås de anbefalinger for god selskabsledelse, som Komitéen for god Selskabsledelse har udarbejdet (herefter anbefalingerne). Anbefalingerne vil ikke blive detaljeret gennemgået, men det vil blive fremhævet, hvilken påvirkning disse på sigt kan forventes at få på den normative opfattelse af, hvad der er en forsvarlig handlemåde for bestyrelsen, samt hvilke fordele de vil kunne have for såvel bestyrelsen som interessenterne. Internationale bidrag til Corporate Governance diskussionen vil ikke bliver inddraget.

¹¹ LBK nr. 649 af 15. juni 2006

¹² Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelser i virksomheder*, s. 96 ff.

Analysen af brugen af uskrevne principper vil være en gennemgang af de alment kendte principper, som i retspraksis er set anvendt og tillagt betydning indenfor vurderingen af bestyrelsesansvar. Disse uskrevne principper kan som nævnt findes i retspraksis, der på den måde også bliver en afgørende retskilde indenfor fastlæggelsen af retsstridighedsbegrebet for bestyrelsesmedlemmer. Det forudsættes, at hidtidige ansvarstilfælde også svarer til de fremtidige tilfælde. Dette valg må anses for forsvarligt under hensyn til, at der er tale om retspraksis vedrørende en længere periode¹³, og at der reelt ikke er sket en ændring i indholdet af ansvarsnormen efter vedtagelsen af den nye selskabslov.¹⁴

Efter en opsamling af hvilke normer der fremkommer ud fra de skrevne som uskrevne bidrag, vil det blive analyseret, hvorvidt individuelle forhold kan influere på culpabedømmelse. Den væsentligste forskel mellem culpastandarden og et professionsansvar som ansvarsgrundlag er, at indenfor culpaansvaret kan individuelle forhold påvirke ansvarsvurderingen og i visse tilfælde virke diskulperende.¹⁵ Under analysen af betydningen af de individuelle forhold, vil der derfor blive gennemgået en række momenter, der kan være afgørende for ansvarsbedømmelsen.

Konklusionen vil efter analysen fremdrage de momenter, som kan tillægges betydning ved vurderingen af bestyrelsesansvaret og i den forbindelse forsøge at opstille en række momenter, der vil kunne indgå i en konkret ansvarsvurdering.

Afslutningsvist vil der blive kommenteret på yderligere indgangsvinkler, hvor der vil blive perspektiveret på bestyrelsen nuværende og fremtidige rolle. Det vil i den forbindelse forsøgt behandlet, hvorvidt bestyrelsens ansvar er blevet skærpet, ved at culpabedømmelsen bevæger sig i en retning af en mere objektiveret bedømmelse gennem den nye selskabslov. Herudover vil der blive set på, hvorvidt bestyrelsen rolle har ændret sig, og dermed ændrede forventninger kan påvirke ansvarsbedømmelsen fremadrettet

¹³ Wegener (2000): *Juridisk Metode*, s. 94 ff.

¹⁴ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 479 f.

¹⁵ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 545

2. Ansvarsgrundlaget i selskabslovens § 361

Afhandlingens teoretiske del vil som det første beskrive ansvarsbestemmelsen, og dermed det anvendte ansvarsgrundlag, for medlemmer af bestyrelsen i et kapitalselskab. Danmark var et af de sidste lande i Europa til at vedtage en lov om aktieselskaber, hvilket skete i 1917. Hverken forslagene eller selve loven indeholdt regler om erstatningsansvar. Samme var tilfældet for den selskabslov der blev vedtaget, og var gældende indtil 1. januar 1974. Først derefter indførtes regler om erstatningsansvar for selskabets ledelse i aktieselskabslovens (herefter AL) § 140, hvorefter selskabets ledelse ifaldt ansvar på baggrund af dansk rets almindelige erstatningsregel - culpa.¹⁶

Den 1. oktober 2006 nedsatte Økonomi- og Erhvervsministeriet et udvalg, som fik til opgave at se på den gældende selskabslovgivning i Danmark. Formålet med udvalget var, at selskabslovgivningen i Danmark skulle moderniseres. Udvalget fik derfor navnet *Udvalget til Modernisering af Selskabsretten* (herefter Moderniseringsudvalget), og det overordnede mål for udvalgets arbejde var, at Danmark fremadrettet skulle være et af verdens mest konkurrencedygtige samfund, hvilket nødvendiggjorde, at rammevilkårene for virksomhederne skulle være i verdensklasse.¹⁷ Andet end en sproglig opdatering kan der imidlertid ikke siges at være sket med bestemmelsen om ansvarsgrundlaget indenfor bestyrelsesansvaret. Efter selskabslovens § 361, stk. 1 følger det, at:

”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.”

Som følge heraf er et bestyrelsesmedlem som under udførelsen af dennes hverv forsætligt eller uagtsomt tilføjer selskabet skade, pligtig at erstatte denne. SL § 361 er således blot en kodificering af culpa-reglen¹⁸ og ansvarsgrundlaget er forsat dansk rets almindelige erstatningsregel – culpareglen - hvorefter erstatningsansvar ifaldes for adækvate

¹⁶ Boe: *Bestyrelsesmedlemmers og direktørers ansvar*, UfR.1984B.385

¹⁷ BET 1498, *Modernisering af selskabsretten*, s. 15 f.

¹⁸ Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 693

skader, forvoldt ved retsstridige handlinger, som kan tilregnes skadevolderen som forsætlige eller uagtsomme.¹⁹

Idet der er tale om dansk rets almindelige erstatningsregel, vil reglen finde anvendelse, selvom bestemmelsen ikke stod præciseret i lovteksten og domme fra tiden før vedtagelsen af en egentlig ansvarsbestemmelse i loven kan derfor forsat anvendes ved en redegørelse for de normer, som ledelsen i et selskab er underlagt.

2.1. Muligheden for lempelse af ansvaret efter selskabslovens § 363, stk. 1

Efter SL § 363 kan erstatningen nedsættes, når det findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt. En fuldstændigt tilsvarende bestemmelse fandtes tidligere i AL § 143. Lovteksten som sådan udtrykker sig ikke direkte om, hvilke forhold der er omfattet af lempelsen, men de forhold som må tages i betragtning ved en vurdering af, om lempelse kan ske, peger på, at der kun i ganske særlige tilfælde kan ske nedsættelse af erstatningen i tilfælde af grov uagtsomhed og aldrig i tilfælde af forsæt.²⁰

Forhold der ville kunne få betydning ved vurderingen af spørgsmål om lempelse vil f.eks. være medlemmets andel i beslutningen, og om det har søgt, eller har haft mulighed for, at modvirke den retsstridige beslutning. I UfR.1979.777 V blev ansvaret lempet til fordel for tre bestyrelsesmedlemmer, der var børn af den reelle indehaver, og som havde forholdt sig ganske passivt over for eksistensen af ulovlige aktionærlån. Begrundelsen for lempelsen var bl.a. hensynet til den særlige familiemæssig baggrund for de sagsøgte manglende tilsyn med selskabets virksomhed. En situation som i dommen vil utvivlsomt ofte forekomme i familieselskaber.²¹ Lempe for medlemmerne i en professionel sammenslutning vil imidlertid i langt de fleste tilfælde være udelukket, jf. UfR.1998.1137 H hvor der ikke var grundlag for at lempe ansvaret for nogle af bestyrelsesmedlemmerne bl.a. på baggrund af, at hvervet havde været ulønnet, idet bestyrelsen i professionelle sportsklubber bedømmes som en almindelig forretningsbestyrelse²², samt UfR.1997.283

¹⁹ Christensen (1992): *Ledelse & aktionærene*, s. 44 og Friis Hansen & Krenchel (2010): *Introduktion til dansk selskabsret I*, s. 191

²⁰ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 484. Se også UfR.1998.1137 H, UfR.1995.43 H og UfR.2010.190 H hvor lempelse i alle tilfælde bliver afvist.

²¹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 485

²² Se afsnit 4.1

H hvor der ligeledes ikke blev fundet grundlag for at nedsætte erstatningen overfor en advokat i bestyrelsen, der var udtrådt.

2.2. Det solidariske ansvar efter selskabslovens § 363, stk. 3

Erstatningsansvaret bliver ikke pålagt bestyrelsen som et kollektivt organ, og det enkelte medlem af bestyrelsen kan derfor alene blive ansvarlig overfor selskabet, hvis den pågældende har udvist uforsvarlig adfærd.²³ Fastslår en undersøgelse af hvert enkelt medlems forhold, at flere medlemmer har handlet uforsvarligt, hæfter alle ansvarlige imidlertid solidarisk, jf. SL § 363, stk. 3.²⁴ Denne solidariske hæftelse skal ses i sammenhæng med den ovenstående mulighed for lempelse efter SL § 363, stk. 1. Hvis et medlem får nedsat sin hæftelse, gør dette sig derfor tilsvarende gældende i forhold til den solidariske hæftelse. I en sag vil domstolene derfor ligeledes taget stilling til det indbyrdes ansvar mellem medlemmerne af bestyrelsen.²⁵

Fordelingen af ansvaret internt mellem de forskellige ledelsesorganer – direktionen og bestyrelsen eller tilsynsrådet – vil herefter ske ud fra en vurdering, der tager udgangspunkt i selskabsloven og den praksis, som selskabet har²⁶, jf. UfR.2001.1757 H hvor direktøren og formanden for bestyrelsen, der også var selskabets advokat, efter en konkret vurdering blev begge fundet erstatningsansvarlige, samt UfR.1998.1137 H hvor der blev statueret solidarisk ansvar, men hvor bestyrelsesformanden, der var advokat og var dækket af en ansvarsforsikring, skulle betale hele erstatningsbeløbet, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, 2. pkt.²⁷. Det ses ofte, at der ved den inter partes fordeling mellem de ansvarlige tages hensyn til, hvorvidt én af parterne måtte være omfattet af en forsikring, hvorefter denne part typisk må betale hele erstatningsbeløbet.²⁸

Indbyrdes mellem skadevolderne gælder den sædvanlige regresregel, hvorefter den betalende part kan afkræve hver enkelt af de øvrige ansvarlige dennes del under hensyn til størrelsen af dennes skyld og omstændighederne i øvrigt.

²³ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 481

²⁴ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 535

²⁵ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482

²⁶ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 481

²⁷ Se også UfR.1979.777 V, UfR.1989.812 H, UfR.2001.873 H og UfR.2007.497 H

²⁸ Se UfR.1998.1137 H og UfR.1989.812 H

2.3. Sammenfatning

I forlængelse af ovenstående kan det fastslås, at ansvarsgrundlaget efter den nye selskabslov er danske rets almindelige erstatningsregel. Dette var ligeledes det anvendte ansvarsgrundlag efter den tidligere aktieselskabslov, og som det fremgår af retspraksis, var det ligeledes anvendt som ansvarsgrundlag forinden der blev vedtaget egentlige lovregler.²⁹ Ansvar for bestyrelsesmedlemmer ifaldes derfor for uforsvarlige, skadegørende handlinger, som kan tilregnes bestyrelsesmedlemmet som forsætligt eller uagtsomt.

Som det fremgår af ovenstående gennemgang, er der efter SL § 363 mulighed for lempelse efter konkrete omstændigheder. Denne lempelsesadgang er det typisk ikke muligt at anvende, hvis der er tale om (semi)professionelle bestyrelsesmedlemmer:

- Hensynet til en *særlige familiemæssige baggrund* for de sagsøgtes manglende tilsyn med selskabets virksomhed, kan begrunde erstatningen nedsat jf. UfR.1979.777 V.
- Ved fastsættelsen af erstatningen for en professionel sportsklubs bestyrelse kan der ikke lempes på baggrund af, at hvervet som bestyrelsesmedlem har været *ulønnet*, jf. UfR.1998.1137 H.
- En *advokat der udtræder* af bestyrelsen kan ikke af denne grund opnå lempelse for ansvaret, jf. UfR.1997.283 H.

Der vil derfor skulle helt særlige forhold til, for at der kan blive tale om erstatning for en almindelig forretningsbestyrelse.

Som det fremgår af ovenstående ifalder bestyrelsen ikke et samlet ansvar. Det vil være det enkelte bestyrelsesmedlem, der ifalder ansvar, og findes flere medlemmer, eller ligefrem hele bestyrelsen, at være ansvarlig, vil hæftelsen internt blive fordelt mellem bestyrelsesmedlemmerne, hvorved der vil blive taget hensyn til, om ét af de tiltalte bestyrelsesmedlemmer er omfattet af en ansvarsforsikring:

- Et solidarisk ansvar overfor et konkursbo bør dækkes af det bestyrelsesmedlem der er omfattet af en ansvarsforsikring, jf. UfR.1998.1137 H og UfR.1989.812 H.

²⁹ Gomard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.117

- Direktøren og bestyrelsesformanden kan efter en konkret vurdering hæfte solidarisk – én for begge og begge for én – jf. UfR.2001.1757 H.

Udfyldningen af culpareglen indenfor bestyrelsesansvar må herefter ske på baggrund af f.eks. de opgaver og pligter, som selskabsloven pålægger bestyrelsesmedlemmet med hensyn til ledelsen af selskabet, suppleret med normative opfattelser af, hvad der er forsvarlige handlemåder i bestyrelsesarbejdet³⁰ og retspraksis.³¹ Som på andre retsområder er ansvarsreglen indenfor selskabsretten udtryk for et forsøg på at præge den adfærd, der udvises af f.eks. bestyrelsesmedlemmerne. Kravene til bestyrelsen må herefter afspejle de funktioner, som bestyrelsen varetager.³²

Ved at have fastslået, at ansvarsgrundlaget for bestyrelsesansvar er dansk rets almindelige erstatningsregel, nemlig culpa, vil der i det følgende blive gennemgået, hvad denne klassiske culparegel indeholder,³³ hvilket vil blive efterfulgt af en gennemgang af nogle af de momenter, der kan have betydning for vurderingen af ansvaret hos bestyrelsesmedlemmer.³⁴

³⁰ Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 689 og Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 476

³¹ Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 694

³² Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 689

³³ Se kapitel 3

³⁴ Se kapital 4, 5 og 6

3. Erstatning ifølge culpareglen

Culpa er latinsk og betyder skyld. Som juridisk begreb kan det spores tilbage til romerretten, hvor begrebet blev anvendt som ansvarsgrundlag indenfor en række forskellige aftaleformer og særligt med henblik på tingsskader. De forskellige romerske erstatningsklager – kaldet *lex aquilia* – dannede grundlaget for udviklingen af en erstatningsret med hovedvægt på skyldsprincippet.³⁵

3.1. Culpabegrebets oprindelse og begrundelse

Det er den almindelige opfattelse, at romerretten aldrig har været gældende ret i Danmark. Det er imidlertid en meget stringent tilgang, for på trods af, at den romerske lovtekst som sådan aldrig har været direkte anvendt i danske retsafgørelser, har principperne fra romerretten haft afgørende betydning for udviklingen af retsvidenskaben i Danmark, hvilket også gør sig gældende indenfor erstatningsretten.³⁶

Som følge heraf gik tendensen på Danske Lovs tid i retning af en anerkendelse af culpa-princippet fra romerretten.³⁷ På den tid var der imidlertid en del uenighed blandt danske jurister, idet deres opfattelser i al almindelighed var funderet på naturretten, og det for nogle jurister alene var foreneligt med denne, at der skulle erstattes skade uden hensyn til, om der var udvist skyld eller ej – altså et objektivi ansvar for skadevolderen for alle de skader, denne måtte forvolde. Disse jurister anerkendte imidlertid, at deres synspunkter ikke var i overensstemmelse med principperne i visse lovbestemmelser i Danske Lov og i Højesterets dom fra 1759, no 36, blev et sådan synspunkt da også manet til jorden, da Højesteret i dommen – formodentligt for første gang – klart gav udtryk for en række overvejelser i forhold til culpa. Bedømmelsen i dommen skete såvel for skadelidte som skadevolders handlinger, hvorfor det altså både var ansvarsgrundlaget og egen skyld, der blev behandlet i dommen.³⁸

³⁵ Tamm (2002): *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, s. 24 og Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 17

³⁶ Tamm (2002): *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, s. 25 og Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 22 f.

³⁷ Tamm (2002): *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, s. 199 og Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 22

³⁸ Tamm (2002): *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, s. 199 og Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 22 f.

Fordi antallet af sager på erstatningsrettens område i tiden efter 1759 var meget begrænset, er det først omkring midten af det 18. århundrede, at culpareglen kan siges at være anerkendt som almindelig erstatningsnorm uden for kontrakt i Danmark.³⁹ Med Anders Sandøe Ørsted som fortaler fik culpareglen et bæredygtigt teoretisk fundament i dansk retsvidenskab, og med inspiration fra den romerske lex Aquilia fandt Ørsted, at culpareglen *måtte* være erstatningsrettens fundament.

Da Henry Ussing i 1914 udgav sin doktorafhandling *Skyld og skade*⁴⁰, var det derfor allerede anerkendt, at culpareglen dannede grundlaget for den danske erstatningsret. Ussing henviser i sin indledning til den tyske jurist Rudolf von Jhering og dennes berømte værk fra 1867, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (Skyldsmomentet i romersk privatret)⁴¹. Jhering begrundede rigtigheden af culpareglen ud fra etiske principper, og det er Ussings opfattelse at ved at definere en sådan tilgang til culpareglen, er den blevet tillagt evig gyldighed, ved:

*"at Tanken . . . er den evige sande Sætning, intet Onde uden Skyld"*⁴²

I hovedsagen var Jhering enig med sin samtid i, at skadeserstatning havde sit eneste retsgrundlag i skylden, og det er også denne hovedsætning, som Ussings afhandling er genstand for behandling af og i særdeleshed, hvorvidt hovedsætning *bør* gælde i dansk ret.

Ussing opstiller helt konkret problemstilling omkring culpabedømmelsen som, *"hvad der tjener livet bedst, som det former sig hos os i nutiden"*.⁴³ Ønsket om at forebygge skade fører til at pålægge erstatningsansvar i meget vidt omfang, men dog ikke ved enhver skade. Det er umiddelbart indlysende, at der ikke af hensyn til den præventive virkning kan pålægges erstatning, når det vil være umuligt for mennesker at afværge skaden helt eller delvist. I sådan et tilfælde vil et ansvar være unyttigt i forhold til den præventive effekt. Som følge heraf hviler hele systemet omkring erstatningsrettens culpabedømmelse på, at det kan have en motiverende indflydelse på personers handlemåde, at der kan ifaldes et erstatningsansvar. Det må kunne forventes, at personer i al almindelighed

³⁹ Tamm (2002): *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, s. 201

⁴⁰ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*

⁴¹ Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 19

⁴² Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 2

⁴³ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 5

opfylder en sådan agtpågivenhedsnorm, som kan anses for rimelig i den pågældende situation, og som for den enkelte betyder, at denne undgår et ansvar. I sådan et tilfælde kan skadevolderen ikke undskylde sig med, at denne ikke indså det uforsvarlige i handlingen, måske fordi dennes tilgang til moral ikke er den samme som hos andre, og som følge heraf må der tages udgangspunkt i en normalperson.⁴⁴

I første omgang er betingelsen om retsstridighed af Ussing afgrænset modsætningsvist, idet han opstiller tre begrænsninger, hvor indenfor en handling ikke vil være retsstridig, nemlig 1) at handlingen er ufarlig, 2) at selvom handlingen er farlig er den retmæssig, når den på grund af sin værdi for livet er forsvarlig, og 3) at visse omstændigheder kan gøre handlingen retsmæssig, selvom den skaber større fare, end det ellers er tilladt.⁴⁵ Denne mulighed for, at omstændigheder kan gøre handlinger retsmæssigt, må bero på, om den modvirkes af retsordnene eller ej. En undersøgelse af, om handlingen modarbejdes af retsordenen er derfor nødvendig, for at kunne fastslå, om en handling er retsstridig.⁴⁶

Erstatningspligt kræver yderligere, at handlingens retsstridighed var *kendelig* for "*en Mand i den handlendes Situation*".⁴⁷ Hertil findes en række subjektive momenter, der for den enkelte kan være afgørende for, om noget var kendeligt eller ej. I første omgang må der ses på den handlendes egnethed til at foretage sig den konkrete handling, hans "*Intelligens, fysiske Evner, Kundskab, Færdighed, Viljeskraft og andre Karakteregenskaber, der maatte have betydning for Handlingen*"⁴⁸, kan i den forbindelse tages i betragtning. Men handlingens karakter afhænger også af, hvordan skadevolderen i det konkrete tilfælde har taget brug af sine evner – Ussing kalder det anvendt *subjektiv anspændelse* og udfylder dette begreb med "*hans Omhu, Opmærksomhed eller Forsigtighed ... ikke ... mere end en fornuftig, rimelig Omhu, en saadan Grad af Omhu, som en almindelig samvittighedsfuld Mand vilde vise*".⁴⁹ Det ville være u hensigtsmæssigt i almindelighed at skærpe dette krav, fordi det medfører, at mennesker skal anspænde sig til det yderste,

⁴⁴ Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 83 og Trolle (1969): *Risiko & skyld – i erstatningspraxis*, s. 4

⁴⁵ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 11 og Trolle (1969): *Risiko & skyld – i erstatningspraxis*, s. 4

⁴⁶ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 13

⁴⁷ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 32

⁴⁸ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 33 ligeledes Trolle (1969): *Risiko & skyld – i erstatningspraxis*, s. 4

⁴⁹ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 33

og derved vil retsvidenskaben kunne forsøge at afværge alle skader, hvilket desværre ikke er muligt. Da det er statens formål nærmere at tjene livet og opstille de bedste betingelser herfor, må individet sikres en bevægelses- og handlefrihed. Hensynet til det enkelte individ i samfundet møder det hensyn til retsbeskyttelse, som er hele fundamentet for erstatningsretten, og dette møde fører til, at nogle handlinger på trods af deres farlighed er tilladte så længe de normale, fornuftige – ikke alle tænkelige – *forsigtighedsforholdsregler* er taget.⁵⁰ Moralen selv taler heller ikke om at kræve mere end det mulige af mennesker, og det vil være anstrengt i retsordnen at gå ud over, hvad moralen stiller af personlige krav for anspændelse.

Ussing synes herefter, at det er noget mere problematisk at opstille, hvilke hensyn der bør tages til den handlendes dygtighed. Der må her anlægges en individuel målestok, idet der ikke kan stilles større krav til en person, end denne er i stand til at opfylde. Det vil da også i langt de fleste tilfælde give samme resultat at anvende normalmålestokken som at anvende en individuel målestok, men for de tilfælde, at en person afviger fra normalmålestokken, vil den individuelle vurdering kunne medføre en forskel. Ussing koncentrerer sig i første omgang om *de underlegne*, og de hensyn der må tages til disse ved en individuel vurdering f.eks. af hensyn til ringere intellektuelle eller fysiske evner.⁵¹ Meget lidt opmærksomhed bliver der givet de *overlegne* personers evner.⁵² Dette er primært begrundet i den afgrænsning, som Ussing har gjort i sin afhandling, nemlig at han alene koncentrerer sig om de almindelige forhold i livet, og ikke udstrækker sig til de forhold, som af sin natur kræver særlige evner. På trods af at hensynet til at modvirke skade taler for at kræve alle de individuelle evner anvendt, kan der ikke stilles krav til mere end det normale, og det overskydende må herefter betragtes som en fordel for dem, der måtte besidde dette. Den overlegne vil herefter ikke være vant til, at der stilles større krav til denne end til alle andre, og vil derfor være berettiget til at følge den almindelige handlemåde. At en skadevolder har særligt gode evner eller kundskaber, vil derfor normalt ikke skærpe kravene til dennes agtsomhed, medmindre dette fortrin måske netop har medført, at skadevolderen indså, at handlingen var uforsvarlig, og uden at

⁵⁰ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 36

⁵¹ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 37 f.

⁵² Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 50

dette har medført, at handlingen derfor ikke bliver udført af skadevolderen.⁵³ På denne måde kan retsvidenskaben nå ud over den individuelle målestok og kræve en stort set objektiv normalmålestok. Ussing opstiller herefter ansvarsreglen som følger:

*"... man bør gaa ud over den individuelle Skyldmaalestok og kræve et vist "Normalmaal", dog ikke et, der er ens for alle, men et, som varierer efter alle de normale forskelligheder, der findes blandt Mennesker"*⁵⁴

Det er herefter interessant, om der kan kobles nogle flere og mere konkrete holdepunkter til begrebet *normalmål*.

3.2. Anvendelsen af culpareglen

Det er uomtvisteligt i den senere danske retslitteratur, at culpareglen er den almindelige erstatningsregel i dansk ret. Der findes ikke nogen lovbestemmelse der fastslår, at culpa er dansk rets almindelige erstatningsregel, men det baseres på almindelige formueretlige principper, og den er set anvendt et utal af gange i praksis.⁵⁵

Udgangspunktet for at ifalde erstatningsansvar efter culpareglen er, i tråd med Ussings ovenstående formuleringer, at der foreligger en objektiv set uforsvarlig adfærd, der subjektivt kan tilregnes skadevolderes som forsætlig eller som minimum uagtsom. Objektivt er det et spørgsmål om, hvorvidt der er handlet uforsvarligt – subjektivt er det et spørgsmål om tilregnelser hos skadevolderen, enten i form af forsæt eller uagtsomhed. Enhver blot nogenlunde omfattende redegørelse for erstatningsretlige problemer besværliggøres af afgrænsningsvanskeligheder mellem de objektive og subjektive betingelser. Grænsen mellem subjektive og objektive betingelser for at pålægge erstatningsansvar er på ingen måde skarp. I den efterfølgende gennemgang vil der blive beskrevet, hvorledes de erstatningsretlige regler anvendes i deres klassiske udformning, hvorefter afhandlingen vil bevæge sig over i en konkret behandling af, hvorledes culpareglen kan overføres på afhandlingens emne.

⁵³ Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 86

⁵⁴ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktforhold være betinget af culpa?*, s. 51

⁵⁵ Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 43 f.

3.2.1. Den objektive retsstridighed

Når betingelserne for at pålægge erstatningsansvar skal gennemgås, lægges det primære fokus oftest på, om skadevolderen har handlet forsætlige eller uagtsomt – altså den subjektive betingelser for at pålægge culpaansvar, og det som vedrører den individuelle skadevolders personlige forhold.⁵⁶

Før vurderingen i en konkret sag bør begive sig i kast med en undersøgelse af skadevolderens subjektive forhold, er det imidlertid afgørende at får klargjort, om de grundlæggende objektive betingelser for at pålægge erstatningsansvar er opfyldte. Ved den objektive betingelse for at ifalde erstatningsansvar ses på elementer, som knytter sig til den skadegørende handling eller undladelse og ikke til skadevolderens person. I den forbindelse er det ikke vigtigt, hvad den enkelte måtte indse eller burde indse, men det afgørende er, hvad en almindelig skadevolder indså eller burde indse indenfor bestemte livsområder. På nogle retsområder er det nedskrevet i loven, hvad der anses for retsstridigt på netop det område, og i det tilfælde vil det være forholdsvis håndgribeligt at afgrænse retsstridighed. På andre livsområder er det imidlertid op til domstolene at vurdere konkret, hvad der anses for retsstridigt, og for det enkelte individ kan det, uden retsafgørelser, konkret være svært at fastslå, hvad der anses for retsstridigt. Den objektive betingelse for at ifalde erstatning er, at skadevolderen har udført en objektivt set retsstridig handling – eller som Ussing udtrykker det, ikke har handlet i tråd med, hvad der tjener livet bedst.⁵⁷ Den klassiske model for at klarlægge, om den objektive betingelse om retsstridighed er opfyldte, vil være at gennemgå 1) om skaden har ramt en anden end skadevolder, 2) om der kan ifaldes ansvar i tilfælde af en undladelse, og 3) om der forligger objektive ansvarsfrihedsgrunde.⁵⁸

3.2.1.1. Skadens objekt

Det indlysende erstatningsretlige hovedprincip er, at en person ikke kan blive erstatningsansvarlig overfor sig selv. Skader påført af en anden person vil derfor altid kunne danne grundlag for et krav om erstatning. I denne sammenhæng har det ingen betyd-

⁵⁶ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 43

⁵⁷ Ussing (1914): *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?*, s. 5

⁵⁸ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 42

ning for skadevolders ansvar, om der er en familiemæssig tilknytning til skadelidte. Der er altså intet til hinder for, at der f.eks. kræves skadeserstatning af en ægtefælle.⁵⁹

3.2.1.2. Ansvar for undladelser

Når retsstridighed diskuteres, kan det som sagt være interessant at diskutere om og hvornår, der bør pålægges ansvar for undladelser, det vil sige undladelse af at gribe ind over for en truende skadesituation, som ikke udspringer af en umiddelbart forudgående handling fra den pågældendes side. I første omgang vil der kunne bestå en lang og teoretisk diskussion om, hvorvidt der kan siges at være noget retsstridigt element i ikke at gøre noget – denne diskussion vil imidlertid blive undladt, idet det i praksis er fast slået, at der kan ifaldes ansvar for undladelser.⁶⁰ Udgangspunktet for culpareglen er stadig, at der ifaldes ansvar for *handlinger*, der er retsstridige men for det tilfælde, at der består en særlig handlepligt, da kan der ligeledes ifaldes ansvar efter culpareglen for en undladelse. En sådan handlepligt kan f.eks. findes ifølge lovgivning, eller hvis der er frembragt en konkret fare for, at en skade kan indtræde.⁶¹

3.2.1.3. Ansvarsfrihedsgrunde

I det teoretiske grænsfeltet mellem de subjektive og objektive betingelser for at ifalde ansvar findes et begreb som ansvarsfrihedsgrunde, der er en del af retsstridighedslæren. Disse ansvarsfrihedsgrunde er opstillet objektivt, men de læner sig imidlertid op af subjektive betingelser hos den enkelte skadevolder. Nødværge, nødret og samtykke kan alle karakteriseres som objektive ansvarsfrihedsgrunde. For nødværge gælder det f.eks., at en potentielt skadelidt modstår eller afværger et påbegyndt eller overhængende uretmæssigt angreb på dennes ting. Den potentielt skadelidte kan ved dette forsøg på at modstå eller afværge et angreb gå hen selv og blive skadevolder. Alle elementerne i vurderingen af nødværge er i dens rene form objektive, men grunden til, at ansvarsfrihedsgrundene alligevel ligger i grænseområdet skyldes, at et begreb som f.eks. nødværge i det tilfælde, at skadelidt har vurderet forholdene forkert, lige så vel kan få betydning for den subjektive vurdering af skyld hos denne, for den skade der er indtrådt i forbindelse

⁵⁹ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 44

⁶⁰ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 45

⁶¹ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 45 f.

med forsøget på at nødværge. De objektive ansvarsfrihedsgrunde må imidlertid ikke forveksles med de undskyldelighedsgrunde,⁶² som den enkelte kan gøre gældende.⁶³

3.2.2. Subjektiv tilregnelser

Ud over at handlingen objektivt set skal være retsstridig består der et andet element i culpabedømmelsen, nemlig at den retsstridige handlingssubjektivt kan tilregnes skadevolderen. Helt afgørende for den subjektive tilregnelser er, hvad den enkelte i situationen indså, eller burde have indset. Culpapreglen er udformet således, at der kun indtræder ansvar for en skade, der kan tilregnes skadevolder som forsætligt eller uagtsomt. Dette skyldes de betragtninger, der også lægges til grund af Ussing, nemlig at ikke skaden, men alene skylden, begrundes ansvaret, hvorved en person ikke kan gøres ansvarlig for hændelige skader på baggrund af culpapreglen.

Der er ingen tvivl om, at i det tilfælde, hvor skadevolderen ligefrem har tilsigtet, at skaden skulle indtræde, da foreligger der forsæt, og skadevolderen opfylder i det tilfælde uden tvivl den subjektive betingelse, for at kunne ifalde erstatningsansvar.⁶⁴ Ud fra et forebyggelseshensyn kan det imidlertid heller ikke forsvares, at det direkte forsæt ikke begrundes et ansvar.

Indenfor erstatningsretten samler interessen angående den subjektive tilregnelser sig derfor primært omkring uagtsomheden, og hvornår en skadevolder kan anses for at have handlet uagtsomt.⁶⁵ Der sondres indenfor uagtsomhed mellem bevidst og ubevidst uagtsomhed. Bevidst uagtsomhed når skadevolder er klar over, at dennes handlemåde udsætter omgivelserne for en utilladelig fare; ubevidst hvis skadevolderen ikke havde gjort sig klart, at dennes adfærd indebar en utilladelig fare for andre, men hvor dette burde have stået skadevolderen klart, fordi han ville være blevet opmærksom på faren, ved at koncentrere sig om netop faremulighederne.⁶⁶

Meget simpelt stillet op er omdrejningspunktet for skadevolderens subjektive forhold spørgsmålet om, hvorvidt den måde som skadevolderen handlede på, var den rette. Dette er en vurdering, der primært læner sig op af handlingen eller undladelsen hos den

⁶² Se kapital 6

⁶³ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 46 f.

⁶⁴ Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 80 og Friis Hansen & Krenchel (2010): *Introduktion til dansk selskabsret I*, s. 193

⁶⁵ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 64

⁶⁶ Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 82

enkelte skadevolder, og som oprindeligt i almindelighed blev udfyldt med en vurdering ud fra en bonuspater betragtning⁶⁷. I de tilfælde, hvor der er tale om handlinger indenfor særlige livsområder, omfattet af særlige forventninger og forpligtelser, vil det imidlertid være muligt også at opstille andre tilregningsstandarder, som skadevolderen subjektive tilregnelser vil kunne vurderes ud fra, f.eks. *diligentis quam in suis*, hvorefter personer der varetager andres aktiver kan bedømmes efter en særlige standarder i forholdet til det aktiv, der varetages.⁶⁸

3.2.2.1. Anvendelsen af *bonus pater familias*

Efter den klassiske culpadeinition har en person handlet uagtsomt, hvis han har undladt at udvise den forsigtighed og omhu – den agtsomhed – som en god og fornuftig familiefar ville have udvist i den samme situation.⁶⁹ Dette kan som sagt anvendes til en mere konkret udfyldelse af culpapareglens krav om subjektiv tilregnelser.

Mens det vel er muligt med nogenlunde sikkerhed at fastslå, hvilke handlinger almindelige mennesker absolut må fordømme, f.eks. tyveri og drab, vil det ofte være umuligt for retsmyndighederne at afgøre sager efter culpapareglen alene ud fra en almindelig god borgers skøn, simpelthen fordi retsmyndighederne ikke vil have, eller kunne få, nogen ganske sikker viden om, hvordan gode borgere ser på den handling, som forelægger til konkret bedømmelse. Dette vil i særdeleshed være tilfældet for handlinger, som ligger udenfor, hvad folk i almindelighed foretager sig. Det eneste sikre holdepunkt der er for, hvad der er almindelig adfærd blandt mennesker, kan findes i den adfærd, der faktisk udøves. Problemet for domstolene i den forbindelse er, at selvom der ikke med sikkerhed kan siges, om en handling falder indenfor eller udenfor, hvad almindelige mennesker ville have gjort, så er de nødsaget til at træffe en beslutning, og i sådanne tilfælde er det ikke altid muligt at finde holdepunkter nok alene i en bonus pater betragtning.⁷⁰

Oplysninger om, hvordan folk i almindelighed bærer sig ad, er ikke uden videre bestemmende for ansvarsgrænsen for culpapareglen. Det afgørende i forlængelse af den subjektive tilregnelser og bonus pater er at afgøre, hvad gode, fornuftige mennesker mener og bør gøre. Dette udspringer af, at selvom alle mennesker ikke altid retter sig efter det, så

⁶⁷ Se afsnit 3.2.2.1

⁶⁸ Se afsnit 3.2.2.2

⁶⁹ Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 64

⁷⁰ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold*, s. 183 f.

har de fleste en fornemmelse af, hvad der er ret og rigtigt, og blot fordi en stor gruppe mennesker foretager sig den samme retsstridige handling, så falder den ikke dermed indenfor bonus pater målestokken. Ud fra ovenstående kan bonus pater målestokken anvendes til at finde en fællesnævner for, hvad der kan forventes af personer, og det vil i sidste ende være op til domstolene af fastlægge indholdet af sådanne forventninger, men dommeren er imidlertid ikke stillet frit som lovgiver til at bestemme indholdet alene. Dommerens afgørelse må ske på baggrund af en vurdering af, hvad der i almindelighed anses for forventet i samfundet.⁷¹

Denne klassiske bonus pater familias har været udsat for en del kritik. Den grundlæggende svaghed ved bonus pater familias er, at figuren pr. definition ikke kan begå fejl. Dette er forsøgt reddet ved at betragte figuren fra en mere sociologisk vinkel, hvor der ses på, hvorledes mennesker statistisk set ville opføre sig i samme situation. Dette har dog den svaghed, at domstolene derved ikke har den ellers givtige mulighed for at censurere, hvordan der sædvanligvis handles. Samfundet er i dag meget mere specialiseret, end i bonus pater storhedstid, og dette stiller krav til viden, uddannelse og færdigheder i konkrete situationer. Bonus pater-standarden kan i denne situation hjælpes ved at fastsætte, at der eksisterer en bonus pater for hver enkelt livsområde. Hermed mister bonus pater-standarden imidlertid sin helt afgørende kvalitet – enkeltheden og klarheden.⁷² En gennemsnitlig opførelse for en gruppe mennesker, vil muligvis kunne anvendes ved en meget homogen gruppe. Der er dog ingen garanti for, at "gennemsnitsmanden" i den homogene gruppe nødvendigvis udtrykker den standard, som er ønsket for denne gruppe mennesker.⁷³

3.2.2.2. *Diligentia quam in suis som ansvarsstandard*

Udtrykket *diligentia* stammer fra den romanistiske retsvidenskab, og udtrykker flid og omsorg. *Diligentia quam in suis* er udtryk for den agtpågivenhed, der i et retsforhold bør udvises for at have handlet som en både redelig og omhyggelig mand, for derved at kunne undgå at ifalde ansvar.⁷⁴ *Diligentia quam in suis* er en ansvarsvurdering hvor det vurderes, om skadevolder i retsforholdet har udvist den flid og omsorg, som denne ple-

⁷¹ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold*, s. 184 f.

⁷² Eyben & Isager (2007): *Lærebog i erstatningsret*, s. 65 f.

⁷³ Dotevall (2008): *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 62 f.

⁷⁴ Salmonsens konversationsleksikon: *Bind VI*, s. 178

jer at udvise med sine egne ting. En sådan standard der stiller krav om, at en person udviser den samme flid og omhu overfor andres ting, som denne plejer at udvise overfor sine egne, kan bruges som et led i beskrivelsen af culpastandarden, hvilket f.eks. var udtrykt i D. 13.7.14⁷⁵ om håndpantshaverens hæftelse for skader på pantet, hvorefter håndpanthaveren forventes at udvise en flid og omhu, som *"en omhyggelig far"* plejer at udvise over sine egne ting".⁷⁶

Efter sit bogstavelige indhold er målestokken *diligentia quam in suis* alene anvendelig i de tilfælde, hvor den person der vurderes på, ikke alene ejer ting af samme art som den fremmede ting, men hvor tingen ligeledes er udsat for at lide skade på grund af samme fare. Reglen vil derfor efter sit indhold kun sjældent kunne bruges i en erstatningsansvarssag, idet et fuldstændigt sammenfald ofte ikke vil forekomme. Reglens anvendelsesmuligheder øges derfor ved, at den konkrete afgørelse træffes ud fra en sammenligning med skadevolderens optræden i almindelighed. Disse modifikationer bevirker ikke alene, at reglens anvendelsesmulighed øges; de medfører også, at dens indhold bliver uskarpt.⁷⁷

Brugen af målestokken indebærer, at culpastandarden individualiseres. Ved undersøgelsen af culpareglen har betydningen af den enkeltes personlige evner og formåen været diskuteret, men *diligentia quam in suis* standarden bringer ligeledes skadevolderens egne vaner med hensyn til flid og omsorg ind i billedet. Dette begrænser anvendelsesmulighederne af *diligentia quam in suis* standarden, idet det der ikke mellem parterne vil kunne inddrages hensyn til skadevolderens særegenheder, der ikke var kendelige for modparten, ligesom at ikke alle kendelige særegenheder hos skadevolderen kan tillægges betydning. Forventes en person at varetage et aktiv for en anden, kan der kræves erstatning efter de almindelige regler, hvis aktivet beskadiges uafhængigt af, om besidderen er kendt for at være sjusket.⁷⁸

Sætningen medfører bogstaveligt set ikke altid til en lettelse af ansvaret. Den, der plejer at udvise en særlig omhu, er efter sætningen ansvarlig, hvis han i et enkelt tilfælde kun

⁷⁵ Paulus: Efter Drachmann & Federspiels oversættelse (1918): *Romerske Retskilder*, s. 305

⁷⁶ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 233 f.

⁷⁷ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 237

⁷⁸ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 237

handler med almindelig agtpågivenhed.⁷⁹ Dette resultat strider mod Ussings tanke om, at den almindelige erstatningsregel i et vist omfang bør opløses i præcise enkeltreglers ens for alle, og at culpareglen i det omfang en individualisering overhovedet finder sted, normalt fraviges således, at skadevolder særegenheder kan bevirke en mildere, men aldrig en strengere bedømmelse.⁸⁰ Hertil må det imidlertid bemærkes, at der om visse personlige egenskaber ikke kan opstilles nogen norm, således f.eks. om viden om bestemte konkrete fakta. Heller ikke for almen viden og erfaring er det altid muligt at pege på et normalmål.

Graden af den omhu, som der normalt kan kræves, må således afgøres efter en normalmålestok, og den anførte kritik er netop begrundet i en for høj grad af individualisering og fokus på forholdene hos den enkelte. Hvis et aktiv opbevares hos en anden end ejeren, og denne kun har ulejlighed af forholdet, tales der om *diligentia quam in suis rebus*.⁸¹ Her forventes den der opbevarer aktivet at handle med flid og omhu som i egne sager. Begrebet har derfor sin berettigelse eftersom der kan foreligge situationer, hvor der netop er hyret en bestemt person til at forvare andres aktiver. Valget af den konkrete person kan bero på en forventning om, at netop denne person i dennes normale situation, er mere agtpågivende og påpasselig, end det må kunne forventes i almindelighed. Ved ansvarsvurderingen af en sådan person, må *diligentia quam in suis* kunne anvendes, netop på grund af de forventninger, der er til det enkelte individ, der ellers ved en normal culpabedømmelse kun ville kunne ifalde ansvar efter en normalmålestok.⁸²

Diligentia quam in suis er som følge af ovenstående ligeledes en pligt til at forvalte fremmede, betroede midler med samme omhu, som hvis de var ens egne, f.eks. hvor midler er betroet en person i et selskab, en forening, en fond eller en kommune.⁸³ Her ved forstås, at den person der varetager sådanne betroede midler, har en loyalitetspligt til overfor f.eks. selskabet at varetage dennes midler, som var de personens egne. Hvis

⁷⁹ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 238

⁸⁰ Se afsnit 3.1

⁸¹ Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 233 ff.

⁸² Gomard (1958): *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 240

⁸³ Werlauff (2004): *Menighedsrådsmedlemmers erstatningsansvar – når samme organ skal udføre både Martha- og Maria-opgaver*, s. 669, n. 3

diligentia quam in suis er varetaget, vil man være ansvarsfri, såfremt der kun er udvist simpel uagtsomhed.⁸⁴

3.3. Sammenfatning

Ud fra ovenstående de lege lata gennemgang af erstatningsretten kan det i første omgang fastslås, at reglerne om erstatning er baseret på et generelt ønske om at forebygge skader, hvorfor reglerne er funderet på en forventning om, at de har en præventiv og motiverende indflydelse på personers handlemåder.

Selvom det præventive hensyn helt grundlæggende taler for, at ansvar skal ifaldes på baggrund af skaden, så er det imidlertid med tiden fastslået, at det afgørende ved anvendelsen af culpareglen er skylden hos skadevolderen. Det må for en vurdering af skylden hos den enkelte være en betingelse, at skadevoldere generelt kender til skadevirkningerne af den udførte handling. Individuelle manglende evner hos den enkelte vil imidlertid kunne være med til at lempe forventningerne til den enkeltes handlinger, ligesom at bedre forudsætninger end det normale indenfor visse livsområder, kan skærpe ansvaret for den enkelte netop indenfor dette konkrete livsområde.⁸⁵

Culpareglen vil ved dens konkrete anvendelse være genstand for en opdeling i to komponenter, nemlig et om objektiv retsstridighed og et om subjektiv tilregnelser. Den objektive retsstridighed vil bestå i en vurdering af, om den konkrete handling objektivt set kan siges at være retsstridig. På visse områder kan det være fastslået i loven, hvilke handlinger der er retsstridige, mens det indenfor andre livsområder findes i almene grundsætninger om den almindelige accepterede adfærd i samfundet. For begge typer retsstridighed er det imidlertid et krav for at rejse erstatningskrav, at tabet skal være påført en anden end skadevolderen, samt at ansvarsfrihedsgrundene ikke skal kunne gøres gældende.

Den subjektive tilregnelser er herefter et spørgsmål om, hvorvidt skadevolderen kan siges som minimum at have handlet uagtsomt. I den forbindelse har standarden bonus pater familias tidligere være målestokken herfor, men idet denne standard er mere ensartet og fejlfri end virkeligheden, anses standarden ikke i dag for alene at kunne begrunde et erstatningsansvar. Den subjektive tilregnelser vil i stedet blive foretaget ud fra en vurde-

⁸⁴ Eyben (2008): *Juridisk Ordbog*, s. 102 f.

⁸⁵ Se kapital 5

ring af andre tilsvarende personer i tilsvarende situationer som skadevolderen, samt en fastlæggelse af, hvorvidt disse ville have indset faren. Ud over standarden hentet i bonus pater familias betragtningen, vil standarden *diligentia quam in suis* kunne anvendes på visse forhold, hvor der indgår et moment at varetagelse af betroede midler. I den sammenhæng kan der forventes, at den person der varetager andres midler eller aktiver, udviser den samme omhu, som denne gør med sine egne midler og aktiver.

Culpareglen er derved traditionelt formuleret som en ansvarsbedømmelse, der består af to komponenter; en vurdering af skadevolders handling og af hans erkendelsesmæssige forudsætninger herfor. For at skadevolder kan ifalde ansvar forudsættes det derfor, at handlingen er objektivt uforsvarlig, og at forholdet subjektivt kan tilregnes skadevolder som forsætligt eller uagtsomt.⁸⁶ I det følgende vil det blive gennemgået, hvilke momenter der kan indgå i den subjektive tilregnelser⁸⁷ samt objektive retsstridighed for bestyrelsesansvar⁸⁸.

⁸⁶ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s.

117

⁸⁷ Se kapitel 4

⁸⁸ Se kapitel 5

4. Subjektiv tilregnelser hos bestyrelsesmedlemmer

Indenfor bestyrelsesansvar, må culpareglens subjektive indhold udfyldes ved at se på, hvilke adækvate skader, der forvoldes ved retsstridige handlinger, der kan tilregnes bestyrelsesmedlemmet som forsætligt eller uagtsomt, og som denne i forlængelse af ovenstående derfor bliver erstatningsansvarlig for.

Som det er gennemgået ovenfor er culpareglen i dens klassiske form udtrykt ved kravet om, at handlingen ikke alene efter sin karakter skal have været retsstridig, men ved at skadevolder også skal have indset, eller ved anvendelsen af almindelig opmærksomhed ville have indset, at handlingen havde de egenskaber, der begrundes dens retsstridighed.⁸⁹ Handlingen skal derfor kunne tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom ud fra en subjektiv vurdering. Kravet om skyld skal i denne sammenhæng forstås således, at det er et retligt krav til skadevolderen om, at denne burde have handlet anderledes, end denne faktisk gjorde.⁹⁰ Det afgørende element i den subjektive del af culpaansvaret indenfor bestyrelsesansvar er som sagt, at der er noget at bebrejde bestyrelsesmedlemmet. Handlinger eller undladelser, som kan siges at påføre andre tab, men som ikke er udslag af en bebrejdesværdig handlemåde, medfører derfor ikke ansvar. I relation til bestyrelsesmedlemmer må der imidlertid gøres nogle bemærkning i forbindelse med kravet om denne subjektive tilregnelser. Idet der er tale om et ganske særligt livsområde, vil dette også afspejle sig i de elementer, der kan inddrages i vurdering af, hvorvidt et bestyrelsesmedlem har handlet uagtsomt, hvor f.eks. den ovenfor gennemgåede standard i bonus parter familias i sin klassiske form ikke kan finde anvendelse.

4.1. Anvendelsen af bonus pater-standard

Som nævnt⁹¹ vil tabsforvoldende handlinger med direkte forsæt til at forvolde tab være klare, og det vil dermed være nemt at statuere ansvar i sådan et tilfælde. De tilfælde hvor bedømmelsen ligger på grænse af, hvad der er uagtsomt eller hændeligt, er langt mere komplicerede ved vurderingen af de subjektive betingelser. Skadevolders erkendelse af skadesvirkningen af dennes handling fastlægges da ud fra en standardiseret

⁸⁹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 122

⁹⁰ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 108

⁹¹ Se afsnit 3.2.2

bedømmelse under hensyn til den aktuelle situation. Kravet vil som udgangspunkt være uafhængigt af skadevolderens individuelle forhold. Som ovenfor gennemgået vil en bonus pater-standard i almindelighed kunne være en anvendelig målestok for denne erkendelse.⁹² Den kritik der imidlertid har været rejst af bonus pater-standard for alene at være en abstrakt figur, er også grund til, at denne i dens klassiske form umiddelbart ikke kan anvendes indenfor bestyrelsesansvar.⁹³

For at imødekomme denne mangel ved bonus pater-standard vil det derfor være relevant i en vis rimelig udstrækning at vurdere ud fra, hvad der anses for normalt og accepteret adfærd for bestyrelsesmedlemmer for derved nærmere at definere en standard for et bonus pater-bestyrelsesmedlem.

Det er ikke utænkeligt, at en vis form for adfærd ikke kan accepteres indenfor en erhvervsgruppe, men i modsætning er helt almindelig indenfor en anden, og udgangspunktet vil for det enkelte bestyrelsesmedlem være, at dette forventer at blive bedømt efter normen for den erhvervsgruppe, som denne faktisk deltager i, jf. FED.1995.741 Ø om ansvar for bestyrelsen i et idrætsmiljø. Da der var tale om professionel idræt i aktieselskabsform, blev bestyrelsen bedømt som en almindelig forretningsbestyrelse. En sådan metode kan muliggøre en nærmere afgrænsning af grupper med medlemmer, der har kvalifikationer, som er veldefinerede og gør, at forskellene ikke er særlig stort mellem de enkelte gruppemedlemmer.⁹⁴

For gruppen af alle bestyrelsesmedlemmer i store og mellemstore virksomheder vil det være komplekst at opstille en sådan fælles standard for, hvad der kan forventes. Sofsrud gennemgår i sin doktorafhandling⁹⁵ fire elementer, der er vigtige at tage i betragtning, og som kan være en inspiration i denne henseende. Uagtsomhedsbegrebet vil her blive hæftet op på kravet om forsvarlig beslutningsusikkerhed⁹⁶, bevidst og ikke-bevidst uagtsomhed⁹⁷, simpel og grov uagtsomhed⁹⁸ samt skadevolderens subjektive opfattelse⁹⁹

⁹² Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 122

⁹³ Dotevall (2008): *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 62

⁹⁴ Dotevall (2008): *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 62

⁹⁵ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*

⁹⁶ Se afsnit 4.1.1

⁹⁷ Se afsnit 4.1.2

⁹⁸ Se afsnit 4.1.3

⁹⁹ Se afsnit 4.1.4

hvoraf alle begreberne berører grænseområder for situationer, hvor der skal defineres et uagtsomhedsbegreb for bestyrelsesansvar.¹⁰⁰

4.1.1. Forsvarlig beslutningsusikkerhed

Ansvarsbedømmelsen tager sigte på skadevolders beslutning, altså hvorledes denne vælger at handle til opfyldelse af et bestemt mål og dermed varetagelsen af et bestemt interessesubjekt. Beslutninger af bestyrelsesmedlemmet bliver dermed uagtsomme, hvis de er forbundet med stor beslutningsusikkerhed, forstået som stor sandsynlighed for, at den valgte måde at handle på, medfører en høj risiko og dermed tab. Størrelsen af den forsvarlige beslutningsusikkerhed er ikke givet på forhånd, men må bero på de krav, som retten konkret stiller til, hvilken risiko skadevolderens valgte interessesubjekt må være genstand for. Uagtsomhedsbegrebet er således et formelt begreb, der udtrykker resultatet af ansvarsbedømmelsen og ikke begrundelsen herfor.¹⁰¹

Alle relevante forhold må tages i betragtning ved vurderingen af, hvilket valg af interessesubjekt retten vælger til at være rette, samt hvilke informationer og kvalifikationer bestyrelsen konkret har haft for at vurdere dette. I forhold til interessesubjekt, vil retten skulle tage stilling til, om skadelidte var rette at tage hensyn til, eller om der vil være andre af virksomhedens interessenter, hvis hensyn også eller i stedet skulle tages i den konkrete sammenhæng. Samtidigt vil der selvfølgelig skulle ske en vurdering af, om bestyrelsen har de rette forudsætninger for at kunne have indset, hvilket valgt der var det korrekte og dermed, om de rette informationer og kvalifikationer var til stede hos medlemmerne af bestyrelsen for det valg, der blev foretaget.

Vurderingen af forsvarlig beslutningsusikkerhed, bliver dermed vurderingen af, hvilket skøn bestyrelsesmedlemmet har foretaget, og om dette skøn var foretaget med de rette forudsætninger og dermed rette interessesubjekter. Et sted hvor udøvelsen af skøn ses i retspraksis er standsningssager¹⁰², hvor retten må vurdere hvorvidt bestyrelsen har truffet den rigtige beslutning i forhold til at føre selskabet drift videre jf. UfR.1977.274 H hvor bestyrelsen i et stormagasin ikke blev fundet erstatningsansvarlige overfor en kre-

¹⁰⁰ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 123

¹⁰¹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 109

¹⁰² Se nærmere om dette i afsnit 5.3.1

ditor for at have modtaget vare på kredit dagen før, at selskabet trådte i likvidation som insolvent, idet der på dagen for modtagelsen af varerne samt dagen efter, *endnu havde været ført seriøse forhandlinger* for i sidste øjeblik at tilvejebringe en løsning.

4.1.2. Bevidst og ikke-bevidst uagtsomhed

Ud over at der se på, hvorvidt skadevolderens beslutning er truffet forsvarligt og ud fra et hensyn til det bestemte interessesubjekt, sondres der ved uagtsomhedsvurderingen mellem de tilfælde, hvor skadevolder har valgt en handling og indset risikoen for tab, - bevidst uagtsomhed; og tilfælde hvor skadevolder burde have indset den pågældende risiko, og handlet i overensstemmelse hermed, - ubevidst uagtsomhed.¹⁰³ Den ubevidste uagtsomhed udtrykkes ofte ved anvendelsen af begreber som utilstrækkelig agtpågivenhed, opmærksomhed eller lignende.

En sondring mellem de to begreber vil have sammenhæng med afklaringen af, hvorvidt skadevolder har reflekteret over denne handling eller ej. Har skadevolderen indset, at der var en risiko for tab, da har skadevolder også indset, at der med handlingen var forbundet en vis beslutningsusikkerhed. Når sådan en handlemåde ikke anses for forsætlig, skyldes det, at der ikke er tilsigtet nogen skade men, at den handlende tværtimod håber på, at det vil gå godt.¹⁰⁴ Den ubevidste uagtsomhed er derimod ikke udelukkende knyttet til ureflekterede beslutninger, idet bestyrelsesmedlemmet kan have reflekteret over beslutningen men valgt denne, på baggrund af en fejlagtig vurdering af beslutningsusikkerheden.¹⁰⁵ Trods dette vil retten dog stadig kunne anfægte handlingen som uforsvarlig ud fra en objektiv vurdering af handling. Den ubevidste uagtsomhed ses i de ovenfor nævnte standsningssager¹⁰⁶ hvor bestyrelsen ved at træffe et valg om videreførelsen af selskabet, som retten efterfølgende finder forkert, derved træffer en beslutning, hvor skadevolder burde have indset den pågældende risiko, og handlet i overensstemmelse hermed jf. UfR.1995.43 H, hvor direktøren og eneejeren *ifaldt ansvar, men ikke for perioden frem til betalingsstandsningen*, hvor denne ikke at have overskredet den margin,

¹⁰³ Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 81

¹⁰⁴ Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 81

¹⁰⁵ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 109

¹⁰⁶ Se nærmere om dette i afsnit 5.3.1

der i økonomiske kriser må gives den for selskabet ansvarlige til gennem seriøse forhandlinger samt undersøge muligheden for at videreføre selskabet.

4.1.3. Simpel og grov uagtsomhed

Sondringen mellem simpel og grov uagtsomhed er en gradsondring, uden skarp overgang. Grov uagtsomhed er en meget høj grad af tilsidesættelse af agtpågivenhed, hvilket kun udvises af skødesløse personer.¹⁰⁷ Simpel uagtsomhed er i almindelighed tilstrækkeligt til at begrunde erstatningsansvar, hvilket også gælder for bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar. Bestemmelsen har derfor stadig betydning, da der vil kunne ske en lempelse såfremt, der er tale om simpel uagtsomhed udøvet af bestyrelsesmedlemmet.¹⁰⁸

Sondringen mellem simpel og grov uagtsomhed har stor sammenhæng med de krav, retten stiller til den føromtalte acceptable og forsvarlige beslutningsusikkerhed. Hvis der er forudsat en relativ høj beslutningsusikkerhed, stilles der krav om grov uagtsomhed for at ifalde ansvar. Spørgsmålet om simpel og grov uagtsomhed er et gradsspørgsmål karakteriseret ved en glidende overgang mellem kategorierne.¹⁰⁹ Begrebet forudsætter ikke, at der på forhånd kan opsættes entydige retningslinjer for, hvorvidt beslutningen er korrekt. Der vil dog blive lagt vægt på, om der er udvist en adfærd, der kan karakteriseres som en normafvigelse. Denne vægtning vil dog oftest være svær ved bestyrelsesansvarstilfælde, da der oftest ikke forinden eksisterer en entydig norm.¹¹⁰ I ansvarssager vil domstolen ofte tage stilling til hvorledes de betragter den ansvarspådragende handling som hørende til en simpel eller grov handling og hvorvidt der i den forbindelse kan lempes¹¹¹. Dette sker bl.a. i UfR.2007.497 H hvor bestyrelsesmedlemmerne havde for sømt deres forpligtelser til at føre tilsyn med selskabets økonomi og forhold i øvrigt, idet selskabets eneste finansieringsgrundlag var forudbetalinger fra kunder, og hvert medlem *af bestyrelsen havde herved udvist en betydelig uagtsomhed.*

¹⁰⁷ Vinding Kruse (1971): *Erstatningsretten*, s. 81

¹⁰⁸ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 484. Se også UfR.1998.1137 H og UfR.2010.190 H hvor lempelse i begge tilfælde bliver afvist

¹⁰⁹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 111

¹¹⁰ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 114

¹¹¹ Se nærmere herom i afsnit 2.1, om muligheden for lempelse af ansvaret

4.1.4. Skadevolders opfattelse

Det forhold at skadevolderen på beslutningstidspunktet var af den bestemte opfattelse, at dispositionen var forsvarlig, er ikke i sig selv afgørende for ansvarsbedømmelsen.¹¹²

Kravene til skadevolders erkendelsesmæssige forudsætninger bygger på en objektiv generel målestok.¹¹³ Der skal sondres mellem evnen til og hensigten til at træffe en forsvarlig beslutning.

Retspraksis har ikke taget endelig stilling til betydning af skadevolders subjektive gode tro. Tilsvarende kan skadevolders onde tro på grund af en faktiske eller retlig vildfarelse ikke i sig selv begrunde ansvar, hvis beslutningen ikke af andre grunde findes at være uforsvarlig.¹¹⁴ Kravet om god tro er blandt andet udtrykt i UfR.1974.1005 H, hvor Højesteret blandt andet bemærkede, at den i skrivelsen udtalte vurdering stemte med, hvorledes bestyrelsen *på det pågældende tidspunkt bedømte forholdene*. Her er et af forholdene, der gør, at bestyrelsen bliver frifundet (med dissens), at de er i god tro om forholdene i virksomheden.

4.2. Sammenfatning

For at kunne vurdere, om noget er en bebrejdellesværdig handlemåde, må culpereglen udfyldes med de normer og spilleregler, som gælder for den handling, der skal bedømmes. En konkret handling må sættes i forhold til, hvilke normer og spilleregler den enkelte person med rimelighed kan forventes at efterleve. Sådanne udfyldende bidrag fra normer og spilleregler har langt fra et statisk indhold, hvorfor det med tiden ændre sig.¹¹⁵

Det svære i netop disse ansvarssager er at fastlægge, hvorledes de objektive forhold bliver retsstridige, og dermed fastlægge normen indenfor disse retsområder¹¹⁶. Selvom det kan fastlægges ud fra objektiv retsstridighed, hvad der er normen for bonus paterbestyrelsesmedlem, vil domstolen stadig ved et skøn, skulle bedømme, hvilke subjektive forhold, der netop har været gældende for den enkelte. Domstolen skal vurdere,

¹¹² Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 114

¹¹³ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 114

¹¹⁴ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 115

¹¹⁵ Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 24 f.

¹¹⁶ Se nærmere herom i kapitel 5

hvorvidt bestyrelsesmedlemmet har handlet ud fra den gældende norm på handlingstidspunktet, og om den pågældende har handlet med den fornødne agtsomhed, og hvor bevidst personen har været omkring denne agtsomhed. Alt efter hvilke ønsker og interesser der er handlet efter, må disse individuelle og konkrete overvejelser have sin berettigelse i culpabedømmelsen.

Ved bedømmelsen af normen for et bestyrelsesmedlem, vil domstolen forsøge at fastsætte en standardiseret norm, for den pågældende handling, og bestyrelsesmedlemmet vil ligeledes forvente at blive bedømt efter en sådan. En vurdering af bonus paterstandardens ses f.eks. i af FED.1995.741 Ø:

- En bestyrelse der er professionelt drevet, må forvente at blive dømt efter en norm som en almindelig forretningsbestyrelse.

Det forventes ligeledes, at et bestyrelsesmedlem udøver en forsvarlig beslutningsusikkerhed forstået som, at denne træffer det korrekte valgt for varetagelsen af et bestemt mål og interessesubjekt. Domstolen vil skulle tage stilling til, hvorvidt bestyrelsesmedlemmet har foretaget et sikkert skøn.

Problematikken vil oftest ses i standsningsager, hvor det ligeledes af domstolen må vurderes, hvorvidt bestyrelsen har været bevidst om uagtsomheden, og hvorvidt dette skal influere på ansvarsbedømmelse. Det må samlet udledes, at:

- Det må vurderes hvorvidt det enkelte bestyrelsesmedlem har taget en forsvarlig beslutning til videreførelse af selskabet, og hvorvidt bestyrelsesmedlemmet har været bevidst omkring risikoen, der var forbundet med beslutningen. Domstolens bedømmelse af denne vurdering kan føre til ansvarsfrihed jf. UfR.1977.274 H og UfR.2007.497 H.

Skadevolders uagtsomhed opdeles i teorien i simpel og grov og bedømmes under de subjektive forhold hos skadevolderen. Oftest vil domstolen tage stilling til dette. hvor det i øvrigt har størst betydning i forhold til lempelse¹¹⁷.

¹¹⁷ Se nærmere afsnit 2.1.

Skadevolderens opfattelse hører under den subjektive vurdering. Det vil ikke i sig selv være afgørende hvorvidt skadevolder opfattede handlingen, og derfor vurderes dette til stadighed ud fra en objektiveret målestok. Det ses ligeledes i domstolspraksis i UfR.1974.1005 H:

- Det kan i ansvarsvurderingen have konkret betydning, hvorvidt bestyrelses anså situationen på tidspunktet for den ansvarspådragende handling.

Sofsrods diskussion af de fire elementer til vurderingen af den subjektive tilregnelser er meget teoretisk funderet, og i praksis vil det være svært at adskille de fire fuldstændigt fra hinanden. I en konkret sag vil elementerne flyde sammen, og anvendeligheden af de teoretiske begreber bliver der for begrænset. Afgørende vil i stedet være, om der kan spores en tendens af et eller flere af de gennemgåede elementer, og de vil dermed samlet kunne influere på ansvarsbedømmelsen.

For at fastsætte hvorvidt en handling er uagtsomhed eller ej, må der i stedet foretages en mere objektiv vurdering af den handling der er foretaget. De skrevne og de uskrevne normer vil derfor være genstand for behandling i det efterfølgende kapitel.

5. Nærmere om retsstridighedskravet og brugen af dette

Kravet om retsstridighed er den klassiske erstatningsret første betingelse for at ifalde ansvar. Bedømmelse indeholder krav til den ydre adfærd, og det er ikke nok, at der er sket et tab og skadevolder burde have indset dette, det er yderligere et krav, at handlingen har en kvalificeret karakter, til at kunne pådrage skadevolderen ansvar.¹¹⁸ Afgørende bliver handlingens generelle karakter, og ikke dens konkrete skadevirkning. Fastsættelse af retsstridighedsbegrebet for bestyrelsesmedlemmer konkretiseres ved at behandle de nærmere handlenormer, der er gældende på området. Det er svært at fastslå, hvorvidt der er handlet uagtsomt, så længe det ikke er fastlagt netop hvilke objektive kriterier og dermed handlenormer, der gælder for bestyrelsesmedlemmet.

Begrebet retsstridighed kan anvendes som et neutralt ansvarsbegreb - som en slags synonym for den ansvarsmæssigt forkerte beslutning uden, at det berører, om ansvaret er betinget af forsæt, uagtsomhed eller andet.¹¹⁹ Begrundelsen for særskilt at vurdere handlingens karakter begrundes ofte under henvisning til, at der kan forekomme situationer, hvor skadevolder har indset risikoen, men alligevel må frifindes, da adfærden ikke objektivt set er retsstridig. I forbindelse med bestyrelsesansvar er det nødvendigt at udskille den enkelte handling for at bedømme selvstændigt, om denne er retsstridig. Begrebet kan derved ved sin manglende tilstedeværelse fungere som ansvarsfrihedsgrund,¹²⁰ jf. UfR.1997.179 H, der drejede sig om et selskabs ansvar for mangler ved en svinestald. Direktøren og eneanpartshaveren ikke fandtes at have handlet retsstridigt ved at have undladt at overføre visse aktiver fra et gammelt selskab til et af ham nystartet anpartsselskab.¹²¹

Indenfor den almindelige erstatningsret tillægges kravet om retsstridighed en langt mindre vægt, end tilfældet er indenfor bestyrelsesansvar. Dette skyldes, at arbejdsområdet

¹¹⁸ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 118

¹¹⁹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 120

¹²⁰ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 120

¹²¹ Se også UfR.1978.133/2 H hvor et flertal fandt, at det ville have været retsstridigt for selskabet at modetage varer uden samtidig betaling, men at bestyrelsen har taget omgående skridt til at berigtige den i sagen omhandlende fejl. Modsat resultat i UfR.1989.812 H, hvor det blev fastslået, at den omhandlende disposition var retsstridig og ansvarspådragende. Sagen omhandlede afhændelse af selskab indeholdende alle selskabets aktiver, uden samtidig varetagelse af kreditorernes interesser.

for bestyrelsen er langt mere komplekst set i forhold til retsstridighed, end tilfældet er for livet i al almindelighed. I en klassisk erstatningssituation, hvor skadevolder har påført skadelidtes ejendele skade, findes den retsstridige handling i selve skadeforvoldelsen, og herefter vil interessen primært samle sig omkring tilregnelser hos skadevolderen, og i hvilket omfang skadevolderen var eller burde have været opmærksom på den risiko, der viste sig at være forbundet med handlingen. Samme fokus på tilregnelsen findes ikke indenfor bestyrelsesansvaret.¹²² Nok er det interessant at vurdere tilregnelsen hos det enkelte bestyrelsesmedlem, men det vægtige i en konkret vurdering vil langt oftere være, om det udførte bestyrelsesarbejde kan siges at være retsstridigt. For at vurdere retsstridigheden af det udførte bestyrelsesarbejde, er det nødvendigt med en klarlæggelse af de normer, som bestyrelsesarbejde skal udføres indenfor. På den måde vil det for hver enkelt handling være muligt konkret at vurdere, om denne er retsstridig eller ej. Som Højesteret udtrykker det i UfR.1978.121 H, så forudsætter anvendelsen af AL § 140 (nu SL § 361), at bestyrelsesmedlemmet har udvist et pligtstridigt forhold ved tilsidesættelse af væsentlige hensyn til skadelidte.

Normen for forsvarlig adfærd fastsættes som sagt objektivt og uden hensyn til bestyrelsesmedlemmets individuelle forudsætninger.¹²³ Herefter må normen fastsættes ved en afgrænsning af de krav, der gennemsnitligt stilles til den adfærd, som med rimelighed kan forventes af et bestyrelsesmedlem inden for det konkrete område. I dette kapitel vil det mere konkret blive gennemgået, hvilke handlinger der for det enkelte bestyrelsesmedlem karakteriseres som retsstridige. I den forbindelse sondres der mellem retsstridighed ved af overtrædelser af skrevne normer¹²⁴, i loven og derefter soft law¹²⁵, samt retsstridighed ved af overtrædelser af uskrevne principper¹²⁶, som er blevet fastslået gennem retspraksis.

5.1. De skrevne normer for bestyrelsen

Den juridiske teori omkring bestyrelsesansvar er funderet på, at der kan peges på bestemte opgaver, som bestyrelsen skal varetage. For at disse definerede opgaver, kan

¹²² Schaumburg-Müller & Werlauff (2008): *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 265

¹²³ Samuelsson & Sjøgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 27

¹²⁴ Se afsnit 5.1

¹²⁵ Se afsnit 5.2

¹²⁶ Se afsnit 5.3

danne grundlag for en ansvarsbedømmelse, er det hensigtsmæssigt, at disse skal være så præcise som muligt, samtidigt med at de skal være tilstrækkelig almene, til at kunne danne grundlag for en generel ansvarsmodel for alle bestyrelsesmedlemmer i den brede vifte af selskaber og foreninger, der er omfattet af disse normer. Den norm der anvendes til bedømmelsen af ansvaret for overtrædelse af de skrevne normer, er som udgangspunkt objektiv.¹²⁷ Ikke forstået som et objektivt ansvar, men således at normer for forsvarlig adfærd fastlægges generelt og uden hensyntagen til bestyrelsesmedlemmets individuelle forhold.

Følgende gennemgang af de skrevne normer, der kan danne grundlag for en retsstridighedsvurdering af det enkelte bestyrelsesmedlems handlinger, vil omfatte de bestemmelser i selskabsloven, som udtrykker bestyrelses overordnede pligter¹²⁸, vedtægterne og ejerftalernes betydning for bestyrelsen¹²⁹ samt det Corporate Governance anbefalinger, som visse danske kapitalselskaber er pålagt at følge¹³⁰.

5.1.1. Selskabslovens skrevne normer

Selskabsloven er den primære retskilde, der regulerer ansvaret for bestyrelsens arbejde. Heri er bestyrelsens rettigheder og pligter nærmere defineret, og dermed de normer som bestyrelsen arbejder under, og nogle af disse bestemmelser vil være genstand for nærmere analyse i det følgende.

Den gamle aktieselskabslov blev oprindeligt vedtaget i 1973, og der er løbende sket en række ændringer heraf som følge af bl.a. EU-retlige direktiver. Der skete imidlertid også en række andre ændringer af aktieselskabsloven, og i 1993 kunne der med berettigelse tales om en lille aktieselskabsreform. Nogle af de ændringer der fandt sted i 1993, var resultatet af et udvalgsarbejde¹³¹, men langt de fleste ændringer var begrundet i en række erhvervsskandaler¹³², som var gået forud.

Den seneste ændring af den selskabsretlige lovgivning fandt sted i 2010. Som tidligere nævnt blev der i 2006 nedsatte et udvalg – Moderniseringsudvalget – som fik til opgave at se på den gældende selskabslovgivning i Danmark. Formålet med udvalget var som

¹²⁷ Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 26 f.

¹²⁸ Se afsnit 5.1.1

¹²⁹ Se afsnit 5.1.2

¹³⁰ Se afsnit 5.2

¹³¹ BET nr. 1229/1992

¹³² Nordisk Fjer A/S, Accumulator Invest A/S, Hafnia A/S osv.

nævnt, at selskabslovgivningen i Danmark skulle moderniseres.¹³³ Udvalgets arbejde resulterede stort set uændret i den selskabslov¹³⁴, som vi har i dag.¹³⁵ Hovedpartens af lovens bestemmelser trådte i kraft d. 1. januar 2010.

Anvendelse af tidligere retspraksis om bestyrelsen pligter er begrundet i, at betænkningen ved behandlingen af erstatningsansvaret konkluderer, at de oprindelige erstatningsregler i aktieselskabsloven hvilede på et fornuftigt grundlag, og at disse derfor alene skulle undergives en sproglig gennemgang.

5.1.1.1. Bestyrelsens pligter i selskabslovens § 115, stk. 1

I den tidligere aktieselskabslov fandtes bestyrelsen pligter over for selskabet i § 54. Meningen med AL § 54 kunne opregnes i en række momenter nemlig 1) at sikre selskabet mod unødige tab af selskabsformuen, 2) sikre at direktionen var underlagt bestyrelsens tilsyn og kontrol, og 3) at bestyrelsen kunne anvende den eksterne revision til effektiv kontrol med direktionen. Heri lå ikke, at bestyrelsen skulle gå ned i den mindste detalje angående ledelsen af selskabet, idet dette var direktionens opgave, og bestyrelsen måtte, ved at udvælge direktionen til at varetage den daglige ledelse af selskabet, kunne gå ud fra, at direktionen varetog selskabets interesser på fornuftig vis, jf. UfR.1962.452 H, hvor den nye bestyrelse i et ejendomsaktieselskab underskrev en række pantebreve og skøder vedrørende selskabets ejendomme uden at sikre sig, at provenuerne blev anvendt til formål, der vedrørte selskabet. Den nye bestyrelse forsvarede sig blandt andet med, at det hele lå fast, og at den var uden indflydelse. Højesteret tiltrådte dommen, hvorefter bestyrelsesmedlemmerne blev dømt, men bemærkede, at det ikke påhvilede bestyrelsesmedlemmerne at have et tilbundsgående indblik i alle enkeltheder omkring de omfattende transaktioner. I stedet for at besidde et meget detaljeret kendskab til virksomhedens drift, var det i stedet bestyrelsens opgave at føre tilsyn med direktionen¹³⁶ samtidig med, at bestyrelsen tog del i den ledelse, der lå ud over den daglige le-

¹³³ BET 1498, *Modernisering af selskabsretten*, s. 15 f.

¹³⁴ LOV nr. 470 af 12. juni 2009

¹³⁵ Friis Hansen: *Skatteretlige følger af den ny selskabslovgivning – Et overblik over udvalgets skatteretlige følger af lovforslaget L 170, vedrørende modernisering af aktie- og anpartsselskabsloven*, SPO.2009.125

¹³⁶ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 550

delse¹³⁷. Overordnet set var bestyrelsens væsentligste opgave at sikre selskabet en langsigtet værdiskabelse.¹³⁸

I den nye selskabslov findes de centrale pligter, der påhviler bestyrelsens i § 115, stk. 1:

"I kapitalsekskaber, der har en bestyrelse, skal denne ud over at varetage en overordnet strategisk ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalsekskabets virksomhed påse, at

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

Heraf følger det langt mere klart af den nye selskabslov, hvilke pligter bestyrelsen har, men som udvalget også har klargjort, så er der tale om en præcisering af gældende ret frem for en ændring eller skærpelse.¹³⁹

SL § 115, stk. 1 indeholder et krav om, at bestyrelsen fastsætter de overordnede retningslinjer for virksomhedens tilrettelæggelse, og organiserer denne efter stiftelsen, samt *sikre en forsvarlig organisation af kapitalsekskabets virksomhed*. Ud fra denne kan der fastslås to helt grundlæggende opgaver nemlig, at bestyrelsen skal varetage den

¹³⁷ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 394

¹³⁸ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 85

¹³⁹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalsekskaber*, s. 478 f. og Friis Hansen & Krenchel (2010): *Introduktion til dansk selskabsret I*, s. 195 ff.

overordnede strategiske ledelse, samt sikre en forsvarlig organisation af virksomheden. Organiseringen og tilrettelæggelse omfatter f.eks. spørgsmål om finansiering, investeringer, ansættelsespolitik osv. Bestyrelsen har herefter ansvaret for at udvikle de overordnede retningslinjer for virksomhedens tilrettelæggelse ud fra et overordnet perspektiv¹⁴⁰, som f.eks. valget mellem at oprette filialer og datterselskaber eller ej, men også antagelse af én eller flere direktører, hører ind under kravet til en forsvarlig organisation af selskabet.¹⁴¹ I SL § 115, stk. 1, nr. 1-5 er bestyrelsen opgaver, til forskel fra den gamle aktieselskabslov, yderligere specificeret.

Bestyrelsen har efter SL § 115, stk. 1, nr. 1 det umiddelbare ansvar for at påse, *at bogføringen og regnskabsaflæggelse foregår på en måde, der efter kapitalselskabets forhold er tilfredsstillende*. Bestyrelsens pligt er således at føre kontrol med, at alt vedrørende bogføringen foregår på en betryggende måde. Det samme gælder formueforvaltningen. Selskabets omverden er afhængig af, at bestyrelsen varetager denne pligt, hvis årsrapporten skal give en retvisende indsigt i selskabets forhold.¹⁴² I praktisk ville det sige, at bestyrelsen antager eksterne revision, som herefter rapporterer direkte til bestyrelsen, men det vil stadig være bestyrelsen, der har det endelige ansvar for, at kontrollen sker på en tilfredsstillende måde i forhold til selskabet.¹⁴³ Yderligere skal bestyrelsen påse, at formueforvaltningen, hvilket i realiteten er hele selskabets administration, bliver kontrolleret på en tilfredsstillende måde efter selskabets forhold.¹⁴⁴

Bestyrelsen skal i medfør af SL § 115 stk. 1, nr. 2 tage stilling til, *om der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller*. Dette er et element, som ikke tidligere på samme måde var udspecificeret i loven.¹⁴⁵ Det gør sig imidlertid gældende for denne bestemmelse, at der er tale om en præcisering af retspraksis, og det var derfor ligeledes pålagt bestyrelsen at påse dette forinden vedtagelsen af den nye selskabslov. Selvom indholdet af bestemmelsen dermed er nyt set i forhold til den selskabsretlige lovgivning, er opgaven ikke ny for bestyrelsen. Efter bestemmelsen antages bestyrelsen at have en pligt til at etablere systemer for risikostyring i forhold til f.eks. miljø, valu-

¹⁴⁰ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 88

¹⁴¹ Werlauff (2008): *Selskabsret*, s. 371 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 549

¹⁴² Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 91

¹⁴³ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 394

¹⁴⁴ Werlauff (2008): *Selskabsret*, s. 371

¹⁴⁵ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 91

ta, politik og presse samt for compliance programmer til sikring af, at selskabet overholder gældende lovgivning og andre regler.¹⁴⁶ Anbefalingerne for god selskabsledelse¹⁴⁷ udfylder denne pligt til risikostyring og intern kontrol, og dette skal medvirke til at reducere strategiske og forretningsmæssige risici.¹⁴⁸

I SL § 115, stk. 1, nr. 3 fastsættes det, at bestyrelsen skal tilse, at de *løbende modtager den fornødne rapportering om kapital-selskabets finansielle forhold*. Denne bestemmelse indebærer imidlertid en mere generel pligt for bestyrelsen til at sikre, at de modtager den fornødne information og rapportering til, at de kan følge den økonomiske udvikling i selskabet. Bestyrelsen må herved ikke forlade sig på, at direktionen af egen drift og efter eget skøn, kan sikre bestyrelsen tilstrækkelige informationer, og denne må derfor selv sikre, at det er de fornødne informationer, som denne modtager.¹⁴⁹

Efter SL § 115 stk. 1, nr. 4 skal bestyrelsen sikre, at *direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer*. Det er bestyrelsens ansvar at føre den fornødne kontrol med direktionen. Bestemmelsen er en kodificering af den gældende retspraksis på området, som bygger på, at det er bestyrelsen, der ansætter og afskediger direktionen. Dette følger i tråd med den arbejdsfordeling, der er mellem bestyrelsen og direktionen, hvorefter bestyrelsen opstiller generelle overordnede retningslinjer for direktionens daglige ledelse, og hvor direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet efter SL § 117.

Bestyrelsen skal efter SL § 115, stk. 1, nr. 5 tage stilling til, om *kapital-selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt* i forhold til kapital-selskabets drift. Herunder skal bestyrelsen sikre, at der er tilstrækkelig likviditet til at indfri kapital-selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Bestemmelsen indeholder en præcisering af, at bestyrelsen har en løbende pligt til at holde sig orienteret om kapital-selskabets økonomiske stilling herunder at tage stilling til, om kapital-selskabets situation er økonomisk forsvarlig. Hverken den tidligere eller nuværende lovgivning indeholder præcise retningslinjer for, hvad det vil sige, at et kapitalberedskab er forsvarligt, men det antages, at begrebet kapitalberedskab indikerer, at bestyrelsen skal sikre, at kapital-

¹⁴⁶ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 91 f.

¹⁴⁷ Se afsnit 5.2

¹⁴⁸ Komitéen for god selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 18

¹⁴⁹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapital-selskaber*, s. 318

selskabet til enhver tid råder over de fornødne likvide ressourcer.¹⁵⁰ Bestemmelsen er i grundtræk en videreførelse af den tidligere gældende regel i AL § 54, stk. 3, som blev indsat i aktieselskabsloven i 1993 efter Nordisk Fjer.

Ved vurderingen af hvorvidt kapitalberedskabet kan siges at være forsvarligt, skal der særligt lægges vægt på det fremadrettede, dvs., at afvejningen skal ske blandt andet i forhold til kapitalselskabets budgetter, samt hvor veletableret og risikofyldt virksomheden og dens omverden fremadrettet er¹⁵¹, jf. UfR.2007.497 H hvor bestyrelsesmedlemmerne havde forsømt deres forpligtelser til at føre tilsyn med selskabets økonomi og selskabets forhold i øvrigt, idet selskabets eneste finansieringsgrundlag var forudbetalinger fra kunder, og hvert medlem af bestyrelsen havde herved udvist en betydelig uagtsomhed.

Den tidligere AL § 54 tog ikke stilling til, hvilken handlepligt der påhvilede bestyrelsen, når der konstateres ændringer i kapitalselskabets økonomiske forhold, og bestemmelsen i SL § 115 kan ikke antages at føre til et generelt skærpet ansvar for kapitalselskabets kapitalisering.¹⁵² Bestyrelsen bør løbende vurdere kapitalselskabets finansielle stilling og i bestemmelsen skal indfortolkes en handlenorm knyttet til et likviditetskriterium, der varierer fra selskab til selskab. Dette indebærer, at selvom bestemmelsen ikke formulerer noget objektive krav om yderligere kapitalindsud i tilfælde, hvor likviditeten er dårlig, er sigtet at tilskynde til, at der skabes og opretholdes en rimelig balance mellem kapitalselskabets kapital og dets aktivitet. Dette betyder, at bestyrelsen må søge at nå en balance, hvor kapitalselskabet på den ene side skal have tilstrækkelig egenkapital, til at kunne modstå midlertidige fald i indtjeningen og på den anden side ikke bør oparbejder en unødvendig stor egenkapital, der står passivt hen.¹⁵³

Det er både ledelsens ret og pligt at videreføre et selskab i finansiell krise og forsøge at overvinde denne, men ledelsen må ikke pådrage selskabet yderligere forpligtelser, som det fremadrettet ikke realistisk vil være i stand til at dække. Ledelsens ansvar for selskabets forsvarlige drift indebærer dermed også en pligt til at standse driften, når en forsvarlig videreførelse ikke længere er mulig. Afvejningen mellem disse to hensyn betyder,

¹⁵⁰ BET 1498, *Modernisering af selskabsretten*, s. 897 og Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 94

¹⁵¹ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 94

¹⁵² BET 1498, *Modernisering af selskabsretten*, s. 896

¹⁵³ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 95

at definitionen på et forsvarligt kapitalberedskab vil variere fra selskab til selskab, hvorved bestyrelsens rolle kan afspejles i, hvor virksomheden befinder sig i sin livscyklus.¹⁵⁴ Et veletableret kapitalselskab med stabile indtægter og begrænset investeringsbehov har således typisk brug for mindre egenkapital end et nystartet kapitalselskab, der oplever større usikkerhed omkring indtjeningspotentialer og større behov for nyinvesteringer.

5.1.1.1.1. Forholdet og fordelingen af opgaver mellem direktionen og bestyrelsen

Direktionen skal efter SL § 117, stk. 1 alene varetage den daglige ledelse af selskabet. Dispositioner som efter selskabets forhold er usædvanlige eller af stor betydning, falder ikke indenfor denne definition, og disse opgaver er derfor tillagt bestyrelsen, som kan give direktionen særlig bemyndigelse til at foretage sådanne dispositioner, jf. SL § 117, stk. 1. Direktionen kan dog handle uden bemyndigelse fra bestyrelsen, hvis der ikke uden væsentlig ulempe for selskabet kan afventes en sådan bemyndigelse. I så fald skal bestyrelsen underrettes snarest muligt om den truffe disposition, jf. SL § 117, stk. 1, in fine.¹⁵⁵

Selvom en sådan bestemmelse i dag kan virke utidssvarende taget den teknologiske udvikling af kommunikationsvejene i betragtning, er den imidlertid bibeholdt, hvorfor direktionen forsat har mulighed for at handle udenfor dennes kompetencer, på trods af at bestyrelsen ikke har godkendt dispositionen. Denne kompetence for direktøren til i særlige tilfælde at træffe usædvanlige eller større dispositioner kan få betydning for bestyrelsens ansvar. Skulle direktøren tilsidesætte en gældende instruks og lade selskabet indgå i en kontraktmæssig forpligtelse, som ligger udenfor direktørens bemyndigelse, vil bestyrelsen kunne ifalde ansvar herfor, såfremt dispositionen er foretaget med samtykke, pga. manglende tilsyn, eller at denne af andre grunde må bebrejdes bestyrelsen, jf. UfR.1946.1103 SH hvor bestyrelsen overfor tredjemand måtte hæfte for et ikke-registreret selskabs indgåelse af forpligtelser. Bestyrelsen havde forbudt direktøren at indgå forpligtelser af større økonomisk betydning, men havde intet effektivt foretaget sig for at gennemføre forbuddet.

Bestyrelsens mulighed for at leve op til sine opgaver og for at føre tilsyn med direktionens arbejde er i sagens natur afhængig af kvaliteten og omfanget af den information,

¹⁵⁴ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 85

¹⁵⁵ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 317

som bestyrelsen får fra direktionen. Det er i den forbindelse en opgave for bestyrelsen at sikre sig et tilstrækkeligt rapporteringssystem. Bestemmelse i SL § 117, stk. 1 skal derudover sikre, at et selskabs kapitalgrundlag ikke undermineres, uden at bestyrelsen har været opmærksom derpå eller vidende om den begrænsede soliditet eller væsentlige risici, som direktionen eller andre i selskabet er bekendt med. Bestyrelsen skal løbende gøre sig bekendt med og forholde sig til selskabets økonomiske situation og i den forbindelse tage stilling til, om situationen er økonomisk forsvarlig. Spørgsmålet om hvilket materiale der bør tilgå bestyrelsen, for at den kan tage stilling til selskabets kapitalberedskab, vil i øvrigt afhænge af de konkrete forhold i det enkelte selskab, herunder selskabets størrelse og organisation.

Den ledelsesmæssige arbejdsfordeling mellem bestyrelse og direktion kan sammenfattes til, at det er bestyrelsens opgave og ansvar at forestå den overordnede ledelse af selskabet samt fastlægge retningslinjerne for og udøve kontrol med direktionens arbejde, mens direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet. Et godt samarbejde mellem direktionen og bestyrelsen ville kunne gøre en stor forskel.¹⁵⁶ Udviklingen og fastlæggelsen af hensigtsmæssige strategier for selskabet er en væsentlig ledelsesopgave for bestyrelsen. Det er ligeledes væsentligt, at bestyrelsen i samarbejde med direktionen sikre, at der løbende sker en udvikling af og opfølgning på de nødvendige strategier, som er blevet fastlagt for selskabet.

5.1.1.2. Muligheden for og følgerne af dissens efter selskabslovens § 128, stk. 2 og udtræden efter selskabslovens § 121, stk. 1

Det kan diskuteres, hvad der skal til for, at et bestyrelsesmedlem kan undgå ansvar, hvis den øvrige bestyrelse agerer på en måde, der er imod det enkelte bestyrelsesmedlems ønsker og overbevisning. Hvis et medlem af bestyrelsen har en afvigende opfattelse i forhold til de øvrige medlemmer, findes der en række forskellige måder, som denne kan vælge at reagere på. Den mindst indgribende måde som det enkelte medlem kan markere sin afvigende opfattelse på, er ved at få dette ført til protokol, jf. SL § 128, stk. 2. Bestyrelsesmedlemmet bærer selv risikoen for, at dennes dissentierende opfattelse fremgår nøjagtigt af protokollen, idet bestyrelsesmedlemmer er nærmere end skadelidte til

¹⁵⁶ Keller Hendriksen (2010): *Bestyrelsen i virksomheder*, s. 88

at løfte beviset for, at protokollen gengiver det retvisende billede.¹⁵⁷ Denne ret til dissens findes også i forhold til årsrapporten, hvor bestyrelsesmedlemmet efter årsregnskabslovens § 10 har en pligt til at underskrive årsrapporten, selvom denne er helt eller delvist uenig i dennes indhold. Bestyrelsesmedlemmet kan da tilkendegive sine indvendinger med konkrete og fyldestgørende begrundelser i tilknytning til sin underskrivelse.¹⁵⁸ Har bestyrelsesmedlemmet reageret ved at give sin afvigende opfattelse til kende, men til trods derfor medvirket til at udføre beslutningen, vil denne ikke gå fri.¹⁵⁹

Bestyrelsesmedlemmet kan som en anden mulighed for at lægge afstand til beslutningerne truffet af den øvrige bestyrelse forsøge at påvirke denne til at træffe et andet valg, hvilket vil kunne påvirke en ansvarsvurdering for den enkelte positivt. Der må dog i den sammenhæng være tale om et reelt forsøg på at rette kursen op for bestyrelsen, og den blotte deltagelse i bestyrelsesmøderne for at få ført uenighed til protokol vil ikke være tilstrækkeligt, til at kunne begrunde en frifindelse.¹⁶⁰

Over for dette valg står den mest vidtgående metode, som vil være at opgive bestyrelsesposten, jf. SL § 121, stk. 1 og i den forbindelse evt. informere kapitalejerne eller myndighederne om grunden hertil. Et bestyrelsesmedlem har altid ret til at udtræde af bestyrelsen¹⁶¹, men hvad der i den forbindelse skal til for, at det enkelte bestyrelsesmedlem kan undgå ansvar, kan der ikke siges noget klart om, og spørgsmålet må konkret besvares ud fra den grad af uforsvarlighed, som den øvrige bestyrelse har handlet med. Ved en ansvarssag vil udgangspunktet imidlertid være det, at et bestyrelsesmedlems mandat er ophørt på det tidspunkt, hvor medlemmets meddelelse om at udtræde af bestyrelsen er kommet frem til selskabet, hvorefter bestyrelsesmedlemmet ikke ifalder ansvar¹⁶².

Der vil dog ved en vurdering af ansvaret for det fratrådte medlem blive lagt vægt på, hvornår forsømmelsen har fundet sted, jf. UfR.1940.563 Ø hvor der i et kriseramte selskab ikke blev skelnet mellem de bestyrelsesmedlemmer, som blev på deres post til den bitre ende og det medlem der forlod bestyrelsen, formentligt fordi de afgørende for-

¹⁵⁷ Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 58

¹⁵⁸ Werlauff (2010): *Bestyrelsens arbejde og ansvar*, s. 67

¹⁵⁹ Gomard: *Aktieselskabsledelse erstatningsansvar*, UfR.1971B.117, s. 125 f. og Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 59

¹⁶⁰ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 124

¹⁶¹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*

¹⁶² Samuelsson (2009): *Ledelsesansvar*, s. 123. Se også UfR.1921.727 H og UfR.1930.864 Ø

sømmelser fandt sted, før det pågældende medlem fratrådte. Afhængig af de konkrete omstændigheder vil det kunne være ansvarspådragende at forlade bestyrelsen uden samtidig at gøre de berørte opmærksom på grunden hertil, hvis der er udsigt til alvorligt misbrug af selskabets midler¹⁶³, jf. UfR.1997.283 H (Dokoff-sagen) hvor en direktør fik frit spil til at foretage strafbare handlinger, fordi bestyrelsesformanden, som det sidste tilbageværende bestyrelsesmedlem, også havde forladt sin post, og i den forbindelse burde have orienteret aktionærkredsen om et formodet misbrug fra direktørens side. Samme resultat blev nået i UfR.2004.2253 H, hvor en advokat, der var medlem af bestyrelsen, burde have informeret sine bestyrelseskollegaer om problemer med et antal forsikringsgarantier, der viste sig at være falske, og som følge heraf var han ansvarlig for selskabskreditorernes tab også for tiden efter sin udtræden.¹⁶⁴

5.1.2. Betydningen af vedtægterne, ejeraftaler og forretningsordenen

Vedtægterne er selskabets grundlov¹⁶⁵ og er det regelsæt, der udgør det fundamentale retsgrundlag for selskabets eksistens og virksomhed med iagttagelse af den til enhver tid gældende selskabslovgivning.¹⁶⁶ Vedtægterne er offentligt tilgængelige, og de kan som hovedregel kun ændres af generalforsamlingen.¹⁶⁷ Mindsteindhold af vedtægterne er fastsat i SL § 28, der har karakter af en huskeliste, der skal sørge for, at der tages stilling til de væsentlige forhold vedrørende selskabet.¹⁶⁸

Efter SL § 28, nr. 2 skal vedtægterne angive selskabets formål, hvilket har betydning i flere relationer, og bør derfor nøje overvejes¹⁶⁹, og angives netop så snævert og specifikt, som selskabet ønsker det, og det i øvrigt er muligt.¹⁷⁰ Det er kapitalejernes ansvar i forbindelse med stiftelsen af selskabet at udforme vedtægterne således, at de vejleder til det formål, som eventuelt er formuleret i ejeraftalen, og dermed er retningsvisende for, hvilke ønsker kapitalejerne har for selskabet, og for hvordan selskabet ledes og udvikles. Formålet i vedtægterne bør afspejle netop hvilke områder og risici, det pågældende sel-

¹⁶³ Werlauff (2010): *Bestyrelsens arbejde og ansvar*, s. 55

¹⁶⁴ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 123

¹⁶⁵ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 165

¹⁶⁶ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejeraftaler*, s. 19, Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Selskabsloven med kommentarer*, s. 215 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 355

¹⁶⁷ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejeraftaler*, s. 19

¹⁶⁸ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 165

¹⁶⁹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 171

¹⁷⁰ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 359 f.

skab ønsker at arbejde med, og kapitalejerne har krav på, at selskabet holder sig indenfor de rammer, som vedtægterne opstiller.¹⁷¹ Formålsbestemmelsen bliver derved en slags hjemmelsbestemmelse for bestyrelsens arbejde, idet den må, angive, netop hvad selskabet må arbejde for og med. Hvis en bestyrelse træffer beslutninger, der involverer selskabet i aktiviteter, der er i strid med vedtægterne, risikerer denne at ifalde erstatningsansvar, jf. § 361.¹⁷² Derfor kan og skal bestyrelsen bindes af vedtægterne, og kun disse kan skabe ret og pligt for bestyrelses- og direktionsmedlemmer.¹⁷³ Finder bestyrelsesmedlemmet ikke den tilstrækkelige hjemmel til den pågældende beslutning, må medlemmet afstå fra at træffe denne for ikke at ifalde erstatningsansvar.¹⁷⁴ Dette ses af udfaldet i UfR.1966.31 H (Heimdal), hvor et flertal fandt, at bestyrelsen havde handlet i uoverensstemmelse med selskabets formål, og dermed havde handlet ansvarspådragende. I FED.1995.1531 S, fandt domstolen, at der på generalforsamlingen var sket den fornødne vedtægtsændring i formålsbestemmelsen, til at selskabet kunne påtage sig opførelsen af en teatersal. Ud over at selskabets forretningsmæssige aktiviteter ikke må overskride formålsbestemmelsen, må anvendelsen af selskabets midler ligeledes ikke overskride formålsbestemmelsen.

En *ejerftale* er, som navnet antyder, en aftale mellem ejerne og skal forstås som en samlebetegnelse for de aftaletyper, der i praksis tidligere blev kaldt aktionær- eller anpartshaveroverenskomster, og er defineret i SL § 5, nr. 6.¹⁷⁵ Oftest omhandler ejerftalen stemmeforhold, indflydelse, tegningsretter mv., og det er som oftest et spørgsmål om, at kapitalejerne ønsker at afvige kapitalsekskabets flertalsprincip og dermed foretage en magtspredning.¹⁷⁶ Ejerftalen er hverken helt eller delvist ugyldig trods denne eventuelt strider mod selskabets vedtægter¹⁷⁷, og vil derfor kunne medføre, at ejerne kan regulere det interne forhold. Ejerftalen kan være en ganske god vejledning til at fastsætte, hvorledes kapitalejernes ønske har været til bestyrelsens arbejde med f.eks. selskabets

¹⁷¹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalsekskaber*, s. 172

¹⁷² Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalsekskaber*, s. 172

¹⁷³ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Selskabsloven med kommentarer*, s. 215

¹⁷⁴ Samuelsson: *Hvem bestemmer over bestyrelsen*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2009, s. 137

¹⁷⁵ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 181, Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalsekskaber*, s. 175 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 368

¹⁷⁶ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejerftaler*, s. 56 og Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamlingen og bestyrelsen*, UfR.2008B.208

¹⁷⁷ Werlauff: *Ejerftalens håndhævelse – da aftalen ikke binder selskabet*, UfR.2010B.130.

risikostyring og -profil. I praksis er fordelingen oftest således, at kapitalejernes indbyrdes forpligtelser og rettigheder findes i ejeraftalen, mens vedtægterne kun indeholder de minimumsoplysninger og reguleringer, der nu er krævet efter loven,¹⁷⁸ og ejeraftelsen bliver derfor et supplement til vedtægterne.¹⁷⁹ Denne fordeling er begrundet i, at ejeraftalerne ikke, i modsætning til vedtægterne, skal anmeldes til Erhvervs- & Selskabsstyrelsen eller offentliggøres på anden måde.¹⁸⁰

Blandt teoretikere har der været uenighed om betydningen af de tidligere akionær- og anpartshaveroverenskomster for bestyrelsen. Werlauff konkluderede i artiklen *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*¹⁸¹, at overenskomsterne ingen virkning har for bestyrelsen. Lego Andersen har i artiklen *Mere om aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*¹⁸² kommenteret på Werlauffs artikel, og skriver i den forbindelse, at en generalforsamlingsvalgt bestyrelse, der er af den opfattelse, at denne ingen hensyn skal tages til en aktionæroverenskomst omfattende alle eller et stort flertal af aktionærene, har et påtrængende behov for at sætte sig bedre ind i god bestyrelsesskik og elementær Corporate Governance.¹⁸³ Begge artikler er skrevet inden vedtagelsen af den nye selskabslov, og det følger i dag af SL § 82, at ejeraftalen ikke har selskabsretlig gennemslagskraft, idet den ikke er bindende for kapitalselskabet eller de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen¹⁸⁴, og ejeraftalens retlige styrke er derfor i betydelig grad svækket.¹⁸⁵ Det har hidtil været antaget, at overenskomsterne var bindende for selskabets generalforsamling i det omfang, at aftalen omfattede alle eller dog de fleste aktionærer, hvis de var selskabet bekendt, og hvis de var rimeligt entydige.¹⁸⁶ Moderniseringsudvalget foreslog bestemmelsen i SL § 82 indført for at skabe en klar retstilstand men ligeledes for at præcisere, at den nye ejeraf-

¹⁷⁸ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejeraftaler*, s. 56

¹⁷⁹ Schaumburg-Müller & Werlauff/Krüger Andersen (2010): *Vedtægter/Aktie- og ejeraftaler/akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 56

¹⁸⁰ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 183, Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 176 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 355

¹⁸¹ Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.207 ff.

¹⁸² Lego Andersen: *Mere om aktionæroverenskomstens virkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.425 ff.

¹⁸³ Lego Andersen: *Mere om aktionæroverenskomstens virkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.431

¹⁸⁴ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Selskabsloven med kommentarer*, s. 425

¹⁸⁵ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 377

¹⁸⁶ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og akpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 176, n. 33, Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 182, Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejerftaler*, s. 63 f. og Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.209

tale ikke er selskabsretligt bindende.¹⁸⁷ Ejerftalerne har, trods den nu i loven præciserede og manglende selskabsretlige gennemslagskraft, forrang for kapitalejernes inter partes, idet den aftaleretligt er gældende mellem kapitalejerne.¹⁸⁸ Spørgsmålet i forhold til culpabedømmelsen for bestyrelsen er herefter, om denne inter partes virkning mellem kapitalejerne, kan overføres til at være bindende for bestyrelsen, eller om ikke andet være vejledende for denne og domstolene i en ansvarbedømmelse. Det mandat som bestyrelsen hviler på, vil i sidste ende altid være kapitalejernes velvilje, og dette er bestyrelsen selvsagt godt klar over.¹⁸⁹ Som Moderniseringsudvalget bemærker, så bygger de selskabsretlige regler på en forudsætning om, at kapitalejerne udøver deres indflydelse på generalforsamlingen, og at hvervet som bestyrelsesmedlem herefter er personligt, hvorfor den pågældende ikke må være underlagt instruktion, og denne forudsætning ønskede udvalget ikke at ændre på.¹⁹⁰ Efter valget til bestyrelsen udøver bestyrelsesmedlemmerne herefter et mandat, hvorefter medlemmet alene har en loyalitetsforpligtelse over for selskabet¹⁹¹, og de beslutninger der træffes, skal derfor ske ud fra, hvad der er i selskabets interesse – uanset, at dette eventuelt måtte kollidere med kapitalejernes interesser.¹⁹²

Ejerftalens retsvirkninger afgrænses derfor indenfor rammerne af selskabslovgivningens præceptive ledelsespligter for bestyrelsen¹⁹³, og vil selskabet binde bestyrelsen, bør dette ske i vedtægterne.¹⁹⁴ Lader bestyrelsen sig binde af en aftale, som er i strid med vedtægterne, kan de nemlig efter konkrete omstændigheder ifalde ansvar.¹⁹⁵ Ejerftalens betydning for bestyrelsen må i forlængelse af ovenstående i praksis kunne sammenfattes til at være forskellige alt efter hvilke aftaler, der er tale om samt størrelsen af det enkelte selskab. Ejerftaler der tilsidesætter præceptive regler i selskabslovgivningen,

¹⁸⁷ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 182

¹⁸⁸ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejerftaler*, s. 67 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 374 og Werlauff: *Ejerftalens håndhævelse - da aftalen ikke binder selskabet*, UfR.2010B.130.

¹⁸⁹ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 186

¹⁹⁰ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 187 f. og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 374. Se afsnit 5.3.2.

¹⁹¹ Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 189, Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 324 og Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.212

¹⁹² Jensen (2009): *Ejerftaler*, s. 187 og Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.212

¹⁹³ Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.209

¹⁹⁴ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejerftaler*, s. 57 og Werlauff: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, UfR.2008B.213

¹⁹⁵ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejerftaler*, s. 89 og Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 374

frataget bestyrelsen et prærogativ til f.eks. at afskedige direktøren eller fratager bestyrelsen det forretningsmæssige skøn, vil ikke kunne få virkning overfor bestyrelsen.

Yderligere kan ejeraftalerne alene få betydning for bestyrelsen under forudsætning af, at bestyrelsen har kendskab til aftalen, ligesom den må være udtryk for et større antal kapitalejeres vilje. Hermed bliver ejeraftalen ikke bindende for bestyrelsen, men kan nærmere fremstå som bidrag til f.eks. at fortolke formålsbestemmelsen i vedtægterne. Idet ejeraftaler i større selskaber typisk er indgået blandt grupper af kapitalejere¹⁹⁶, vil betydningen af ejeraftalerne for bestyrelsen i den forbindelse være mindre. For den afgrænsning der er foretaget i denne afhandling, til alene at omhandle store og mellemstore selskaber, vil betydningen af ejeraftalerne ved en ansvarsvurdering derfor være begrænset. Består bestyrelsen af flere medlemmer, skal der via en *forretningsorden* fastsættes nærmere bestemmelser for udførelsen af hvervet som bestyrelsesmedlem¹⁹⁷, jf. SL § 130, stk. 1. Forretningsordenen skal tilpasses og tage udgangspunkt i behovet for det enkelte kapitalselskab¹⁹⁸, og bør særligt overveje f.eks. konstituering, arbejdsdeling, procedure for kontrol mv. jf. SL § 130, stk. 2, 2. pkt. Under en civil erstatningssag kan den manglende overholdelse af forretningsordenen ikke i sig selv udgøre et bevis for hverken retsstridighed eller for culpa, men et naturligt udgangspunkt i en erstatningssag kan være spørgsmålet om hvilke retningslinjer, der er fastlagt i selskabets forretningsorden for ledelsens arbejde, og i hvilket omfang disse er fulgt i praksis. Selskabets ledelse må i den forbindelse redegøre for indholdet af selskabets forretningsorden samt for, hvorledes selskabets organisation og økonomiske forhold er tilrettelagt i overensstemmelse hermed.¹⁹⁹ Forretningsordenen er intern og vil normalt ikke skabe konkrete forventninger hos f.eks. en skadelidt. Forretningsordenen og SL § 130, stk. 2 vil kunne anvendes som tjekliste for, hvorledes et bonus pater-bestyrelsesmedlem bør handle.²⁰⁰ De forhold der behandles i forretningsordenen er forhold, der derfor kan vurderes at være indskærpet og synliggjort for bestyrelsen. I en ansvarsvurdering er det, uanset at forretningsordenen ikke er bindende, væsentlig at se på netop de forhold, der har været særligt fremhævet for at sikre, at disse ville blive efterlevet af bestyrelsen. Disse forhold, kan så muligvis

¹⁹⁶ Schaumburg-Müller & Werlauff (2010): *Vedtægter og ejeraftaler*, s. 55

¹⁹⁷ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 366 og 374

¹⁹⁸ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 366

¹⁹⁹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 480

²⁰⁰ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 368

anvendes i forbindelse med en fortolkning af, hvilke handlepligter bestyrelsen har været underlagt i vedtægterne, da alene en overtrædelse af disse vil være ansvarspådragende for bestyrelsen.

5.1.3. Sammenfatning

I ovenstående gennemgang af skrevne normer for bestyrelsen er der peget på nogle af de bidrag, der kan hentes i selskabsloven om overordnede pligter og rettigheder for bestyrelsen, samt betydningen af de selskabsdokumenter, som selskabet skal og kan have. Bestyrelsens overordnede pligter følger af SL § 115, stk.1, nr. 1-5 og denne bestemmelse kan bruges til udfyldning af culpanormen for bestyrelsesmedlemmer. Det fremgår f.eks. af bestemmelsen, at:

- bestyrelsen skal varetage den strategiske ledelse og sikre, at der sker en forsvarlig organisation af selskabet, jf. SL § 115, stk. 1;
- bestyrelsen har pligt til at *påse*, at regnskabsaflæggelse foregår på en tilfredsstillende måde, at der er etableret de fornødne procedurer for *risikostyring og interne kontroller*, samt at bestyrelsen påser, at denne løbende *modtager den fornødne rapportering* om selskabets finansielle forhold jf. SL § 115, stk. 1, nr. 1-3.

Herefter kan bestyrelsen ikke påberåbe sig at være ansvarsfri, under henvisning til at de ikke vidste, at driften af selskabet var tabsgivende. Der er dermed ikke i ansvarsnormen indlagt en pligt til fuldstændig kontrol med selskabet, og bestyrelsen vil blive ansvarsfri for fejl ud over hvad, der kan forventes opdaget ved sædvanlig kontrol. Dette følger også af den arbejdsfordeling, der er foretaget mellem bestyrelsen og direktionen, hvorefter det er direktionen, der varetager den daglige drift, mens bestyrelsen skal fastlægge den mere overordnede og strategiske ledelse af selskabet, jf. SL §§ 115 og 117:

- Direktionen varetager den daglige ledelse og bestyrelsen har pligt til altid at føre et tilstrækkeligt tilsyn med direktionen, jf. UfR.1946.1103 SH.

Bestyrelsen har pligt til at sikre, at selskabet til enhver tid har et forsvarligt kapitalberedskab, og at selskabet kan afholde sine forpligtelser. Bestyrelsen skal lægge vægt på den fremadrettede udvikling og følgende norm fremtræder af disse hensyn:

- Det er bestyrelsens opgave at sikre den langsigtede værdiskabelse, jf. UfR.2007.497 H.

I forlængelse af ovenstående pligter kan der opstå situationer, hvor bestyrelsesmedlemmerne ikke er fuldt ud enige om, hvilken retning der vil være den rigtige for selskabet.

Bestyrelsesmedlemmer der ikke kan opnå enighed med de øvrige bestyrelsesmedlemmer, eller måske ligefrem er af den opfattelse, at beslutningen vil være ansvarspådragende har, som det er gennemgået ovenfor²⁰¹, mulighed for at give sin mening til kende på forskellige måder. En hensigtsmæssig reaktion i en sådan situation er nødvendigvis ikke at udtræde af bestyrelsen, men vil ligeledes kunne være, at få ført sin dissens til protokol, jf. SL § 128, stk. 2. Dette vil imidlertid ikke altid være tilstrækkeligt til ikke at ifalde ansvar, og i visse tilfælde må det være nødvendigt, at bestyrelsesmedlemmet ligeledes forsøger reelt at påvirke de øvrige medlemmers beslutninger. Findes forholdene imidlertid at være så modstridende med medlemmets overbevisning, at denne ikke længere ønsker at være en del af bestyrelsen, må medlemmet herefter udtræde, jf. SL § 121, stk. 1. Derfor findes følgende normer at være gældende

- Bestyrelsesmedlemmet har en ret til at få dissens ført til protokol. For at opnå ansvarsfrihed må medlemmet ligeledes handle efter den anførte dissens.
- Hvis bestyrelsesmedlemmet ved sin udtræden har mistanke om retsstridige forhold har medlemmet pligt til at "flage" overfor kapitalejerne og måske myndighederne, jf. UfR.1997.283 H (Dokoff-sagen) og UfR.2004.2253 H.

²⁰¹ Se afsnit 5.1.1.2

Ud over de pligter der følger af SL § 115, stk. 1 kan der hentes bidrag til de normer, som den konkrete bestyrelse skal bedømmes efter i selskabets dokumenter. Her står selskabets vedtægter øverst for bestyrelsen:

- Bestyrelsen er forpligtet til alene at disponere over selskabet indenfor de rammer, der er opstillet i formålsbestemmelsen i vedtægterne, jf. UfR.1966.31 H og FED.1995.1531 SH.

Ligeledes skal anvendelsen af selskabet midler være indenfor selskabets formål. Problemet med at anvende vedtægterne til fastsættelse af normen for ansvarsbedømmelsen kan være, at der ofte anvendes relativt standardprægede vedtægter, og det kan være begrænset, hvilket bidrag der kan hentes heri ved en konkret ansvarsbedømmelse. Det er imidlertid kapitalejernes ansvar at få udarbejdet vedtægterne, og det må derfor lægges dem til last, hvis der er tvivl om indholdet af disse. I visse kapitalselskaber er ejeraftaler vedtaget mellem kapitalejerne, og der kan herefter som nævnt bestå en diskussion i, hvilken betydningen disse kan siges at have for bestyrelsen beslutninger. SL § 82 fastlægger en klar grænse mellem aftaleretten og selskabsretten, og den viser klart, at bestyrelsen kun er bundet af vedtægterne i selskabet.

En regulering i en ejerftale vil som nævnt under ingen omstændigheder binde bestyrelsen, såfremt dennes regulering griber ind i bestyrelsesmedlemmets ret til at lede selskabet i overensstemmelse med lovens krav. Ejerftalen vil i forlængelse af ovenstående gennemgang derfor alene kunne tillægges betydning for bestyrelsen i de tilfælde, hvor den er udtryk for hovedparten af kapitalejernes vilje, og er kendt for bestyrelsen. I disse tilfælde kan den alene siges at have en praktisk betydning, og for det tilfælde, at bestyrelsen forretningsmæssige skøn tilsiger en anden beslutning, end den ejerftalen tilsiger, vil det velovervejede og velfunderede forretningsmæssige skøn kunne tilsidesætte ejerftalen, idet bestyrelsen er valgt til at varetage selskabet interesser og ikke kapitalejernes. Sidste mulighed er desuden at se på præciseringen af ledelsens pligter med hensyn til udformningen af forretningsordnen. Forretningsordenen og SL § 130, stk. 2 vil kunne anvendes som tjekliste for, hvorledes et bonus pater-bestyrelsesmedlem bør handle, og kan dermed fremhæve hvilke forhold, der har været særligt præciseret for det enkelte bestyrelsesmedlem. Forudsætningen for en effektiv culpabedømmelse er klare normer, og fastsættes disse ikke i vedtægterne, må det kunne udledes at:

- Ejerftalen og ikke mindst forretningsordenen kan give domstolene et mere solidt grundlag for at udfylde culpanormet i det konkrete tilfælde og dermed bidrage til ansvarsvurderingen.

Som ovenstående gennemgang viser, kan der hentes bidrag til udfyldningen af culpa-standarden for bestyrelsesmedlemmer flere steder i den selskabsretlige lovgivning. Særligt kan fremhæves SL § 115, men ligeledes selskabsdokumenterne, i særdeleshed vedtægterne, kan anvendes for en konkret udfyldning af de handlepligter, som bestyrelsen i det enkelte selskab har. Herefter er det imidlertid interessant, hvilke bidrag der i øvrigt kan hentes i andre skrevne selskabsretlige bidrag.

5.2. Brugen af soft law

Mens regulering ved lov typisk beskriver en række minimumsstandarder, som sætter de grundlæggende rammer for selskabers og dets ledelses handlemåde, så afspejler soft law den såkaldte "best practice" for den gode selskabsledelse, og er derved en normativ opfattelse af, hvad god selskabsledelse er.²⁰² Soft law er kendetegnet ved frivillighed, hvilket giver denne den fleksibilitet, som er nødvendig for selskaberne. De vejledninger der indeholder "best practice" benævnes ofte rules, codes, recommendations, guidelines, principles eller tilsvarende, og er kendetegnet ved, at de ikke er juridisk bindende, og normalt udtrykker en standard eller norm, der er højere end den standard eller norm, der følger af lovgivningens minimumskrav til selskabets ledelse.²⁰³

Soft law er typisk i sin udformning mere dynamisk, og kan derfor lettere tilpasses, end tilfældet er med lovgivning. Dermed bliver soft law også mere tidssvarende. Flexibilitet er afgørende på grund af den forskelligartethed, som selskaberne præges af. Som følge af denne forskelligartethed findes der sjældent én rigtig løsning, og soft law vil derfor være uanvendelig, hvis ikke den var fleksibel. Med et fleksibelt anbefalingsgrundlag kan de enkelte selskaber indrette sig optimalt.²⁰⁴

5.2.1. Corporate Governance – God selskabsledelse i Danmark

Den selskabsretlige lovgivning har længe indeholdt løsninger på en række spørgsmål, der knytter sig til Corporate Governance, hvilket f.eks. udtrykkes i den før gennemgående SL

²⁰² Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 476

²⁰³ Schans Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskaber*, s. 240

²⁰⁴ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 3

§ 115, stk. 1. Corporate Governance – eller god selskabsledelse – i Danmark omhandler de overordnede principper for ledelsen af virksomheden.²⁰⁵ Begrebet skal forstås som et overordnet samlebegreb for en række handlemåder og initiativer, der omhandler kontrol og styring²⁰⁶, og som indgår i "den gode ledelse" af selskaber med en større ejerkreds.²⁰⁷ Et centralt spørgsmål bliver da, hvad der er og bør være ledestjernen ved driften af selskabet, og dermed i hvis interesse selskabet drives.²⁰⁸

Begrebet er udtryk for en fleksibel standard, der løbende ændres og afspejler den bedste praksis – "best practice" – med de højeste standarder, der findes på et givent tidspunkt indenfor ledelsesarbejdet i selskaber.²⁰⁹ Af hensyn til aktionærer og andre interessenters mulighed for at bedømme forholdene i offentligt handlede selskaber er gennemsigthed på ledelsesområdet vigtig.²¹⁰

Ved Corporate Governance anbefalinger er der tale om en samlet betegnelse for holdninger og regler vedrørende den overordnede ledelse i et selskab, som omfatter såvel strukturen som de enkelte processer. Corporate Governance fokuserer på forholdet mellem ejere i form af kapitalejerne, ejernes repræsentanter i form af bestyrelsen eller tilsynsrådet og den daglige ledelse i form af direktionen, men omhandler f.eks. også selskabets forhold til sine forskellige interessenter i form af f.eks. kreditorer eller medarbejder.²¹¹

Langt de fleste lande har i dag deres egne anbefalinger om Corporate Governance²¹², hvilket også er tilfældet i Danmark og siden de første danske anbefalinger om god selskabsledelse fra komitéen for god selskabsledelse blev offentliggjort i 2001, er der sket en væsentlig udvikling inden for god selskabsledelse, og anbefalingerne er siden da blevet opdateret fire gange. Formålet med anbefalingerne er at forbedre selskabernes muligheder for at tiltrække kapital, herunder udenlandske investorer, samt inspirere ledelsen i de børsnoterede selskaber til at takle de strategiske udfordringer, således at sel-

²⁰⁵ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

²⁰⁶ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

²⁰⁷ Schans Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskaber*, s. 237

²⁰⁸ Schans Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskaber*, s. 244

²⁰⁹ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 3 og Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

²¹⁰ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 4

²¹¹ Hansen m.fl. (2000): *Corporate Governance – Et bud på bestyrelse rolle*, s. 12

²¹² Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

skaberne konkurrenceevne styrkes.²¹³ Anbefaling for god selskabsledelse skal på nuværende tidspunkt ses som et supplement til den allerede eksisterende selskabs- og børseretlige regulering i Danmark.²¹⁴ Der er med anbefalingerne ikke tale om et forsøg på at rette op på en ringe tilstand, men nærmere tale om en mulighed for forbedring eller raffinering af selskabets ledelse.²¹⁵

Målgruppen for de anbefalinger, som komitéen for god selskabsledelse har udarbejdet, er danske selskaber, som har aktier optaget til handel på et reguleret marked. Af hensyn til aktionærerne og andre interessenters mulighed for at bedømme forholdene i det konkrete offentligt handlede selskab, er tillid og gennemsigtighed afgørende.²¹⁶ Komitéen understreger imidlertid selv i deres målgruppe, at anbefalingerne ligeledes kan være en inspiration for ikke offentligt handlende selskaber.²¹⁷

Anbefalingerne er frivillige retningslinjer eller normer, som er formuleret af erhvervslivet til anvendelse i erhvervslivet. Anbefalingerne er hverken bindende eller absolutte,²¹⁸ men bestyrelsen i et børsnoteret selskab skal forholde sig til anbefalingerne, idet anbefalingerne fleksibilitet er funderet i "comply or explain"-princippet, hvorefter bestyrelsen skal følge anbefalingerne eller forklare og begrunde, hvorfor de ikke følges.²¹⁹ Dette princip følger tillige af årsregnskabslovens § 107 b, hvorefter børsnoterede selskaber ved udarbejdelse af årsrapport skal medtage en redegørelse for, i hvilket omfang principperne er fulgt. Det er dermed målet – god Corporate Governance – der er essentielt, ikke midlet – de givne anbefalinger.²²⁰

I relation til bestyrelsesansvar vil det interessante være, om anbefalingerne har opnået en sådan almen accept blandt selskaberne i målgruppen, at det kan få betydning ved bedømmelsen af ansvaret for disse selskabers bestyrelser. Anbefalingerne er som nævnt

²¹³ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

²¹⁴ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 3

²¹⁵ Christensen: *Nørby-udvalgets anbefalinger om god selskabsledelse – Godt initiativinitiativ eller frivillighed på afveje?*, Børsen d. 28. december 2001

²¹⁶ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

²¹⁷ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 3

²¹⁸ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*, s. 480

²¹⁹ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 3, Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 31, Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006 og Christensen (2009): *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskaber*, s. 245

²²⁰ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

soft law, og kan i kraft deraf ikke søges sanktioneret ved domstolene.²²¹ Erstatningsansvaret for bestyrelsesmedlemmer vurderes ud fra en almindelig culpastandard²²². Herefter er vurderingen af erstatningsansvar hos det enkelte bestyrelsesmedlem baseret på en sammenligning med almindelige gode bestyrelsesmedlemmer. Som følge heraf vil anbefalingerne kunne begrunde et ansvar efter den almindelige erstatningsregel, såfremt de bliver en almindelig del af bestyrelsesarbejdet.²²³ Anerkender domstolene en sådan standard, vil det medføre, at bestyrelser der ikke efterlever eller som minimum diskutere anbefalingerne, kan ifalde et erstatningsansvar efter den almindelige culpastandard, idet manglende stillingtagen til anbefalinger vil være at sidestille med ansvars-pådragende dårligt ledelse af selskabet.²²⁴

En mere klar regulering, som den nye selskabslov f.eks. er udtryk for, skaber også mere klarhed omkring de pligter, som bestyrelsen skal påse. Som følge heraf bliver ansvaret ligeledes mere klart, hvilket må være til gavn for interessenterne i selskabet.²²⁵ I Højesterets kendelse af 8. maj 2002 blev det pga. ganske særlige omstændigheder pålagt Danske Bank at fremlægge interne anonymiserede bestyrelsesdokumenter til brug for sagsøgerne i Hafinia-sagen.²²⁶ Kendelsen viser, at hvis bestyrelsen har faste, detaljerede skriftlige procedure, der er udarbejdet i overensstemmelse med "best practice" på området, og bestyrelsen i den konkrete situation kan dokumentere at have overholdt procedurerne ved at fremlægge bestyrelsesprotokollen, vil en sådan dokumentation kunne fungere som en logbog over de handlinger og unkladelser, som har indgået i beslutningsprocessen og vil blive anerkendt som et brugbart middel til at vurdere ansvarsgrundlaget på baggrund af i en konkret sag. Protokollen vil herefter kunne sandsynliggøre, at ledelsen, og i særdeleshed bestyrelsen, har handlet uafhængigt og loyalt efter bedste evne i den konkrete situation, hvorved risikoen for at havne i en situation.²²⁷

²²¹ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

²²² Se gennemgang i kapitel **Fejl! Henvissningskilde ikke fundet.**

²²³ Holst & Haugaard: *Corporate Governance. Bestyrelsesarbejde og advokatansvar*, UfR.2003B.299

²²⁴ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

²²⁵ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

²²⁶ Werlauff & Skov: *Interne dokumenter er ikke altid interne*, Børsen, d. 28. maj 2002

²²⁷ Andersen: *Corporate governance og ledelsesansvar*, R&R.2004.02.0006

5.2.2. Sammenfatning

Anbefalingerne om god selskabsledelse vinder generel og almindelig accept i det danske erhvervsliv.²²⁸ Efterleves anbefalingerne vil indholdet af dem blive en integreret del af de rettigheder og pligter, som ledelsen i et selskab må efterleve. Medlemmerne af ledelsen vil skulle opfylde kriteriet i anbefalingerne om "comply or explain" og en afledt konsekvens af ikke at efterleve dette vil kunne indgå i bedømmelsesgrundlaget for et eventuelt bestyrelsesansvar. Som følge heraf kan det ikke udelukkes, at også soft law kan have en påvirkning på den norm, som bestyrelsen skal bedømmes efter. Det afgørende i den relation vil være, at den udstedte soft law bliver fulgt af bestyrelserne i erhvervslivet. En sådan almindelig efterlevelse af anbefalingerne vil kunne medføre, at disse bliver udtryk for almindelig selskabsledelse og dermed et naturligt element i culpabedømmelsen for bestyrelses arbejde. Professor Caspar Rose fra CBS har undersøgt danske selskabers anvendelse af Corporate Governance anbefalingerne.²²⁹ Generelt konkluderer han, at der er sket en positiv udvikling, og at langt de fleste større selskaber forholder sig til anbefalingerne i et eller andet omfang.²³⁰

Fremadrettet, hvor det kan forventes, at anvendelsen af anbefalingerne forøges²³¹, vil bidragene til udfyldningen af culpanormen for bestyrelsesmedlemmer blive mere holdbare, hvorved Corporate Governance i Danmark, i form af anbefalingerne om god selskabsledelse, kan spås at få større betydning ved udfyldningen af den culpanorm, som bestyrelsen skal vurderes efter.

Der har i en enkelt kendelse været pålagt edition til at få indblik i bestyrelsesprotokollerne, hvilket må tages som udtryk for, at disse tillægges bevismæssig vægt og dermed også må kunne indgå som et element i en ansvarsbedømmelse.

- Der vil ved en konkret ansvarsvurdering kunne blive taget hensyn til de bidrag, der findes i soft law i det omfang, disse bidrag har været fulgt, almindeligt, stadigt og i længere tid.

²²⁸ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

²²⁹ Rose & Dolata: *Corporate governance – i danske børsnoterede selskaber*, RR.2010.12.0046

²³⁰ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

²³¹ Rose: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, R&R.2010.12.0046

Ud over de ovenfor gennemgåede skrevne normer, som kan anvendes ved retsstridighedsvurderingen for det enkelte bestyrelsesmedlems handlinger, kan der ud fra domspraksis fastslås en række øvrige uskrevne principper, der skal iagttages af det enkelte bestyrelsesmedlem. Disse uskrevne principper kan som sagt findes i retspraksis, der på den måde også bliver en afgørende retskilde indenfor fastlæggelsen af retsstridighedsbegrebet for bestyrelsesmedlemmer, idet det forudsættes, at hidtidige ansvarstilfælde også svarer til de fremtidige tilfælde.²³²

5.3. Uskrevne principper

Ved en culpabedømmelse kan der som sagt ligeledes gribes til de uskrevne normer, hvor de skrevne ikke giver hjælp til udfyldningen af normen.²³³ Efter angelsaksisk ret baseres bestyrelsesansvaret på *Business Judgement Rule*, hvorefter et bestyrelsesmedlem ikke ifalder ansvar for fejlpositioner, såfremt der er handlet loyalt og på et oplyst og rationelt grundlag.²³⁴ Selvom at ansvaret for bestyrelsesmedlemmet efter angelsaksisk ret udspringer af den betroede stilling, som medlemmet indtager overfor selskabet og dets aktionærer, mens dansk rets bestyrelsesansvar udspringer af culpareglen, kan de angelsaksiske principper om loyalitet og oplyst beslutningsgrundlag, stadig anvendes til en udfyldning af begrebet retsstridighed indenfor culpareglen. De to tilgange til bestyrelsesansvaret fører ofte til et ensartet resultat, og i det følgende vil der blive redegjort for den loyalitetspligt, som bestyrelsesmedlemmerne i de danske bestyrelser har, samt pligten til at handle på oplyst og rationelt grundlag.²³⁵

Loyalitetspligten skal sikre, at bestyrelsen alene varetager selskabets og dets aktionærers interesser, og ikke forfølger egne interesser, mens pligten til at handle på et oplyst og rationelt grundlag er udtrykt ved, at bestyrelsen udviser fornøden omhu og grundighed ved sine dispositioner. Er disse betingelser om loyalitet og omhu opfyldte, vil bestyrelsesmedlemmet ikke ifalde ansvar²³⁶, jf. FED.1995.1531 SH, hvor der ikke var grundlag

²³² Sofsrud (1999), *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, s. 23 f.

²³³ Werlauff (2004): *Menighedsrådsmedlemmers erstatningsansvar – når samme organ skal udføre både Martha- og Maria-opgaver*, s. 669, n. 3

²³⁴ Schans Christensen (1992): *Ledelse & aktionærer*, s. 47 og Rose: *Ledelsens loyalitetsforpligtelse – Stakeholder versus shareholder value paradigmet*, RR.2004.12.0006.

²³⁵ Christensen (1992): *Ledelse og aktionærer*, s. 47

²³⁶ Christensen (1992): *Ledelse og aktionærer*, s. 47 og Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, s. 135 og Samuelsson (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 65

for at antage, at ledelsen af selskabet i forbindelse med en rekonstruktion ikke traf deres beslutninger ud fra forretningsmæssige overvejelser om, hvad der i den givne situation tjente selskabets interesser bedst.

5.3.1. Skønnets element

Ved bestyrelsen arbejde i et kapitalsekskab vil dispositionerne være hæftet op på et skøn fra bestyrelses side. Der er enighed om, at domstolene bør udvise tilbageholdenhed med at underkende ledelsen forretningsmæssige skøn, idet dommerne ikke formodes at kunne disponere bedre over selskabet, end dets egen bestyrelse kan.²³⁷ Domspraksis er da også i overensstemmelse hermed. Ved det konkrete forretningsmæssige skøn vil indgå en lang række faktorer, og det vil være individuelt fra virksomhed til virksomhed, hvilke dispositioner der bør træffes f.eks. i forbindelse med et nyt forretningsområde, investering i nye driftsmidler eller opkøb af konkurrenter. Det afgørende i den forbindelse vil være, at bestyrelsens skøn er velfunderet og udøvet i god tro, og da vil et fejlskøn der medfører tab sjældent medføre et ansvar. Domstolenes respekt for det forretningsmæssige skøn er ikke ubetinget, men der vil ved en domstolsprøvelse lægges vægt på grundlaget for skønnet frem for skønnet i sig selv.²³⁸ Begrænsningen i ansvar for fejlskøn, må dog ikke forveksles til dermed at omfatte en begrænsning for ansvar, i tilfælde hvor afgørelsen er truffet på utilstrækkeligt grundlag eller af uvidenhed.²³⁹ Det essentielle er, at det enkelte bestyrelsesmedlem varetager selskabets interesser efter bedste skøn og i øvrigt i overensstemmelse med almindelig sund fornuft.²⁴⁰

En sådan tilgang til domstolsprøvelsen blev anlagt i UfR.1974.1005 H hvor selskabets bestyrelse udsendte en beroligende cirkulæreskrivelse til kreditorerne med henblik på at opfordrede dem til at genoptage sædvanlig kredit til selskabet. Flertallet på fire dommere fandt ikke, at bestyrelsen herved havde pådraget sig et ansvar og henviste bl.a. til, at den i skrivelsen udtalte vurdering stemte med, hvorledes bestyrelsen på det pågælden-

og Gomard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.117 og Rose: *Ledelsens loyalitetsforpligtelse – Stakeholder versus shareholder value paradigmet*, RR.2004.12.0006.

²³⁷ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 124

²³⁸ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 136 f.

²³⁹ Gomard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.117

²⁴⁰ Krüger Andersen (2001): *Forsikring af bestyrelsesansvar*, s. 27

de tidspunkt bedømte forholdene. Ansvarsvurderingen var derfor knyttet til indholdet af den kommunikerede information og den forventning, som denne kunne skabe hos modtagerne. Et mindretal på tre dommere fandt bestyrelsen erstatningsansvarlig, idet den ikke fandt at bestyrelsen have haft et forsvarligt grundlag for en vurdering af, om selskabets kapitalmæssige baggrund var solid, samt om der var sket en nøje vurdering af driftsbudgettet og hvoraf bestyrelsen havde draget den konklusion, at man i løbet af få måneder kunne påbegynde afviklingen af den resterende gæld. Derved støtter mindretallet primært deres ansvarsvurdering på en prøvelse af selve beslutningen, og synes ved at inddrage den heraf afledte konklusion at forudsætte, at retten også har en adgang til at foretage en prøvelse af selve skønnet vedrørende selskabets fremtidige tilbagebetalingssevne.²⁴¹

Også i FED.1995.1531 SH vurderede domstolene til en vis grad det forretningsmæssige skøn. Retten fandt ikke grundlag for at antage, at ledelsen ikke traf dens beslutninger ud for forretningsmæssige overvejelser om, hvad der i den givne situation tjente selskabets interesser bedst. Herved tog retten stilling til sagsøgers anbringende om, at dispositionen ikke skete i selskabets interesse, men med det formål at profilere bl.a. bestyrelsesmedlemmerne selv. Hertil tilføjede retten, at det heller ikke fandtes sandsynliggjort, at det ville have ført til et forretningsmæssigt gunstigere resultat, såfremt ledelsen havde valgt en anden konkret handelsmulighed. Denne dom er netop udtryk for en selvstændig prøvelse af forsvarligheden ved dispositionen på trods af, at dette var et loyalt skøn, der var foretaget ud fra en lovlig interesse.

En af de type sager, der ofte medfører en høj grad af vurdering af det forretningsmæssige skøn, er *standsningssager*. Ved standsningssager forstås sager, hvor det efter et selskabs konkurs skal klarlægges, om bestyrelsen ifalder ansvar over for kreditorerne eller selskabet for en åbenbart tabsgivende drift, som er forsæt længere end den burde, og som derved har forsøgt kreditorerne og selskabets tab. En beslutning om at standse driften af en virksomhed vil uundgåeligt indeholde en stor del skøn. Som udgangspunkt ifalder bestyrelsen ikke ansvar for de tab, der naturligt følger af, at et selskab går konkurs. Der vil altid være en vis risiko for, at selskabet vil gå konkurs. Denne risiko må interessenterne i selskabet acceptere. Bestyrelsen vil alene ifalde ansvar, hvis dennes overlede

²⁴¹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 137

dispositioner har været årsag til, at selskabet går konkurs, eller hvis bestyrelsen ganske simpelt ikke har villet indse, at forsat drift af selskabet vil være håbløst, og at betalingsstandsning eller konkurs var eneste mulighed, jf. UfR.1998.1137 H, hvor en professionel fodboldklubs bestyrelse blev dømt til at betale erstatning til konkursboet for det tab, som selskabet havde lidt ved at forsætte dets underskudsgivende drift. Højesteret begrundede domsfældelsen med, at bestyrelsen burde have indset, at videreførelse af selskabet ikke var mulig uden yderligere tab, og at bestyrelsen havde handlet uforsvarligt ved at forsætte driften.²⁴²

I forlængelse heraf må det imidlertid fastslås, at bestyrelsen har en ret til at løbe en acceptabel risiko på kreditorernes bekostning, hvis der er en rimelig chance for, at virksomheden kan redes, jf. UfR.1956.990 SH. hvor retten konstaterede, at den sagsøgte bestyrelse og direktion med rette havde gjort gældende, at en standsning af virksomheden ville medføre betydelige tab.

Der eksisterer dog en margin for, hvornår en bestyrelse skal stoppe selskabet, og hvor der forefindes en reel mulighed for at føre selskabet videre, gives bestyrelsen derfor en vis arbejdsro til at føre seriøse forhandlinger²⁴³, jf. UfR.1977.274 H, hvor bestyrelsen i et stormagasin ikke blev fundet erstatningsansvarlige overfor en kreditor for at have modtaget vare på kredit dagen før, at selskabet trådte i likvidation som insolvent, idet der på dagen for modtagelsen af varerne samt dagen efter, endnu havde været ført seriøse forhandlinger for i sidste øjeblik at tilvejebringe en løsning. Sammen resultat i UfR.1978.121 H, hvor ledelsen havde bestræbt sig på en rolig afvikling af koncernen, og med nogen føje troede på muligheden heraf samt UfR.1995.43 H, hvor direktøren og eneejeren ifaldt ansvar, men ikke for perioden frem til betalingsstandsningen, hvor disse ikke havde overskredet den margin, der i økonomiske kriser må gives selskabets ansvarlige ledelse til, gennem seriøse forhandlinger, at undersøge muligheden for at videreføre selskabet.

I forbindelse med en standsningssag synes domstolene da også at have øje for, at den analyse der nødvendigvis efterfølgende må følge af virksomhedens økonomiske og øvrige forhold, vil være præget af bagklogskab og ofte støttes på oplysninger, som ikke var

²⁴² Samme resultat i UfR.2007.497 H

²⁴³ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 300 f.

tilgængelige på tidspunktet for den skadegørende handling, og som bestyrelsen derfor ikke kan bebrejdes ikke at have haft kendskab til. Det forretningsmæssige skøn vil bestyrelsen derfor som udgangspunkt ikke ifaldes ansvar for, hvis det kan lægges til grund, at dispositionen er foretaget på et veloplyst grundlag og ud fra loyale interesser.

5.3.2. Loyaltetspligten og varetagelsen af betroede midler

Idet bestyrelsen opgave består i administration af en virksomhed, som tilhører andre – nemlig kapitalejerne – følger der hermed, og i tråd med teorien omkring *diligentia quam in suis*, også en særlig pligt til at varetage de betroede midler, som var de ens egne.²⁴⁴ En sådan særlig pligt indebærer en pligt til ikke at fremme egne interesser på bekostning af selskabets og til, hvor der er mulighed for en interessekonflikt mellem bestyrelsesmedlemmets personlige interesser og selskabets interesser, at oplyse om eksistensen heraf, hvilket også følger af punkt 5.4.2. i anbefalingerne for god selskabsledelse.²⁴⁵ Loyaltetspligten skal således afholde bestyrelsen fra at udnytte dens position til personlig fordel.²⁴⁶ Tilgangen til loyaltetspligten varierer naturligt med, hvilken type interessekonflikt der er tale om.

I det særlige pligtforhold overfor selskabet består der også pligten til, at et bestyrelsesmedlem der er repræsentant for en enkelt hovedaktionær, også har pligt til at varetage de øvrige kapitalejers interesser, og ikke alene den enkelte hovedaktionær, som har valgt vedkommende ind i bestyrelsen. For sådanne særlige interesserepræsentationer i bestyrelsen gælder, at disse må skifte kasket, inden de påtager sig hvervet som bestyrelsesmedlem.²⁴⁷ Der er ikke indskrevet et forbud imod, at der er kontakt mellem bestyrelsesmedlemmet og den kapitalejer, der har stået bag valget, og det vil da også være urealistisk at forestille sig, at et sådan bestyrelsesmedlem og ene- eller hovedaktionæren ikke taler sammen. Overfor sådan kommunikation må der imidlertid løftes en pegefinger, idet en bestyrelse der udøves gennem direktiver fra en hovedaktionær, ikke ville kunne fritages for ansvar på denne baggrund, og det er derfor vigtigt, at bestyrelsen har

²⁴⁴ Gomard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1917B.121f. og Werlauff (2004): *Menighedsrådsmedlemmers erstatningsansvar – når samme organ skal udføre både Martha- og Maria-opgaver*, s. 669, n. 3

²⁴⁵ Komitéen for god selskabsledelse (april 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 13

²⁴⁶ Dotevall (1989): *Skadeståndsansvar för styrelseledamot ovh verkställande direktör*, s. 262

²⁴⁷ I Morten Samuelsson artikel *Hvem bestemmer over bestyrelsen?* argumentere denne imidlertid for, at der ikke i den praktiske dagligdag kan anses at være sådanne vandtætte skodder mellem bestyrelsesmedlemmet og den repræsentant, som denne er indsat af, idet bestyrelsesmedlemmet vil søge afklaring med dennes bagland.

en modstandskraft overfor sådanne påvirkninger.²⁴⁸ Den særlige forpligtelse overfor selskabet skyldes, at bestyrelsen er antaget til at varetage den juridiske persons interesser, og hvor valget derfor står mellem tredjemands interesser – selv hvor tredjemand kan være hovedaktionæren eller bestyrelsesmedlemmet selv – da må hensynet til selskabet veje tungest²⁴⁹, jf. UfR.1924.333 Ø, hvor det var uberettiget, at bestyrelsen overtog selskabets beholdning af egne aktier uden at oplyse overfor aktionærene, at aktierne ikke var blevet afsat til tredjemand, men til bestyrelsen.

Hermed er det imidlertid ikke sagt, at tredjemand blot kan udsættes for en unødigt risiko med fare for at lide tab. Dette er også understreget af, at en lang række domme omhandler netop kreditorernes utilfredshed med at have leveret på kredit til selskabet, jf. UfR.1977.274 H, hvor en selskabskreditor rejste erstatningskrav mod et stormagasins bestyrelse for at have leveret på kredit dagen før betalingsstandsning, samt UfR.1974.1005 H, hvor kreditorerne ligeledes havde rejst krav for at have levet på kredit. Men for det tilfælde, at valget står netop mellem kreditorerne og selskabet, da må hensynet til selskabet vægte højest. Dette kan lede til en overvejelse af, hvilken ansvarsvurdering der ville ske, hvis selskabets bestyrelse ud fra vidtgående hensyn til leverandørerne, vælger at lade selskabet gå i betalingsstandsning, hvorefter det senere viser sig, at selskabet – vel nok dristigt, men dog forsvarligt – kunne have overlevet. En sådan sag vil næppe opstå, idet en ansvarsvurdering vil læne sig op af en vurdering af bestyrelsen skøn, og som det er redegjort for²⁵⁰, er domstolene meget tilbageholdene med at vurdere sådanne forretningsmæssige skøn.²⁵¹

De tilfælde hvor den fejlmargen der accepteres er mere begrænset, er tilfælde, hvor bestyrelsen har medvirket til, at bestemte kapitalejere på bekostning af de øvrige opnår visse fordele, f.eks. ved samhandel med selskabet, jf. UfR.1925.244 H, hvor bestyrelsen billigt solgte selskabets egne aktier til sig selv og en medkontrahent, og herefter ifaldt ansvar overfor øvrige aktionærer. At der kan ifaldes et ansvar for samhandel med øvrige aktionærer eller koncernforbundne selskaber skal imidlertid ikke påvirke bestyrelsen, til slet ikke at ville foretage sådanne dispositioner. Så længe bestyrelsen handler på arms-

²⁴⁸ Samuelsson (2009): *Hvem bestemmer over bestyrelsen?*

²⁴⁹ Samuelsson & Søggaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 62 f.

²⁵⁰ Se ovenfor i afsnit 5.3.1

²⁵¹ Samuelsson & Søggaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 63 f.

længdevilkår med de pågældende, vil forholdet ikke indbyde til at pålægge ansvar. Des mere åbn bestyrelsen er overfor omverdenen om de pågældende transaktioner mellem selskabet og visse kapitalejere, des mere overlades det til omverdenen selv at vurdere, om denne ønsker at handle med selskabet på trods af den interne handel.

I kraft af valget til bestyrelsen har bestyrelsesmedlemmet et retsforhold med den juridiske person, hvilket understreger den særlige loyalitetspligt overfor netop selskabet. Valgte bestyrelsesmedlemmer kan til enhver tid, og uafhængigt af valgperioden, afsættes, jf. SL § 121, stk. 1, 3. pkt. eller generalforsamlingen kan undlade at genvælge disse, jf. SL § 121, stk. 2, og sanktionsmulighederne er, sammen med risikoen for at ifalde erstatningsansvar, med til skabe realitet i den loyalitetsforpligtelse, som bestyrelsen har overfor selskabet.²⁵²

5.3.3. Sammenfatning

Som det fremgår af afsnittet om bestyrelsesmedlemmets opgaver via de skrevne normer²⁵³, er opgaverne for bestyrelsen alsidige, og kan sjældent efterprøves ud fra en fuldstændig ekstakt eller sikker målestok. Derfor er retspraksis ligeledes præget af en bedømmelse af skønsmæssige dispositioner, som bestyrelsesmedlemmet har foretaget, og som ikke nødvendigvis udspringer af en skreven pligt for bestyrelsesmedlemmet. Det skøn som det enkelte medlem har udøvet, vil derfor være yderst aktuelt i en ansvarsbedømmelse og af stor interesse for bevisførelsen i en ansvarssag. Det afgørende vil være, om bestyrelsesmedlemmets skøn er velfunderet og udøvet i god tro, og så længe dette er tilfældet, udviser domstolene en tilbageholdenhed med at vurdere på skønnet i sig selv.

- Der er imidlertid set et eksempel på, at skønnet har været prøvet i praksis, jf. dissensen i UfR.1974.1005 H.
- Er det ikke sandsynliggjort, at en anden beslutning ville have ført til et forretningsmæssigt gunstigere skøn, kan der ikke ifaldes ansvar, jf. FED.1995.1531 SH.

²⁵² Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 18

²⁵³ Se afsnit 5.1

- Konkurs er en risiko, som interessenterne i et selskab må løbe, men burde bestyrelsen have indset, at forsat drift er uforsvarlig ifaldes der erstatning for at forsætte, jf. UfR.1998.1137 H.
- Selskabet er berettiget til at løbe en vis risiko på kreditorernes bekostning, og det kræver et særligt grundlag i retning af letsindig forretningsførelse at pålægge bestyrelsen ansvar, jf. UfR.1956.990 SH.
- Bestyrelsen gives en vis arbejdsro så længe der finder seriøse forhandlinger sted, jf. UfR.1977.274 H, UfR.1978.212 H samt UfR.1995.43 H.

Af dommene kan det udledes, at bestyrelsen skøn til en vis grad bliver prøvet ved domstolene. Det kan være svært at vurdere en konkret sag uden samtidig at vurdere på det skøn, som bestyrelsen har måttet foretage. Som det imidlertid også fremgår af dommene, er hovedparten af proceduren i sagerne baseret på, hvilket grundlag bestyrelsen havde for at træffe den konkrete beslutning, hvorefter retten har taget stilling til, om dette grundlag var velfunderet, jf. f.eks. UfR.1998.1137 H, hvor der af de sagsøgte blev gjort gældende, at selskabet forhold ikke ud fra regnskabet kunne antages at være så katastrofale, at driften øjeblikkelig måtte indstilles samt forventningerne om, at forsat drift ikke ville være tabsgivende. Der må imidlertid forsat spores en tilbageholdenhed fra domstolenes side til at vurdere på skønnet, og det pålægges da også sagsøgeren at godtgøre, at der har været tale om et fejlskøn, f.eks. ved, at en anden disposition kunne være foretaget uden tab i samme størrelse, jf. FED.1995.1531 SH.

Er loyalitetspligten iagttaget, vil et fejlskøn, der medfører tab, sjældent føre til et ansvar.

- Er der ikke grundlag for at antage, at beslutningerne ikke er truffet ud fra forretningsmæssige overvejelser om, hvad der i den givne situation tjener selskabet bedst, ifalder bestyrelsen ikke ansvar, jf. FED.1995.1531 SH.
- Bestyrelsen opkøb er egne aktier er uberettiget såfremt denne ikke giver meddelelse om opkøbet, jf. UfR.1924.333 H.
- Beslutninger truffet på en generalforsamling om salg af egne aktier til bestyrelsesmedlemmerne og en bestemt kapitalejer kan anses

for ugyldig, når generalforsamlingen beherskes af bestyrelsen selv,
jf. UfR.1925.244 H.

På trods af, at to af de fremhævede domme er relativt gamle og udspringer af samme sagskompleks, er loyalitetspligten ikke mindre anerkendt i dag, end tilfældet var for 90 år siden. Den selskabsstruktur som selskabslovens bygger på, hvor bestyrelsen er valgte af kapitalejerne på generalforsamlingen til at varetage den overordnede strategiske ledelse af selskabet, stiller et ubetinget krav om, at bestyrelsen ved deres udpegning skal være deres ansvar over for selskabet bevidst.

De uskrevne principper spiller derfor forsat en helt central rolle og i tilfælde, hvor der ellers ikke vil være andre forhold at bebrejde bestyrelsesmedlemmet, kan der ifaldes ansvar for en tilsidesætte af loyalitetspligten overfor selskabet. Det helt centrale for loyalitetspligten er herefter, hvorvidt dispositionen er truffet under hensyn til selskabets bedste, og om bestyrelsesmedlemmet har varetaget hvervet med en omhu og grundighed, som var det dennes egne sager. Har bestyrelsesmedlemmet varetaget denne loyalitetspligt og foretaget dispositionen på et velfunderet grundlag, vil der ikke kunne opnås erstatnings på baggrund af dispositionen og domstolene vil være tilbageholdne med at foretaget en vurdering af det forretningsmæssige skøn, som altid vil præge arbejdet i en bestyrelse.

6. Betydningen af individuelle forhold

Som det er redegjort for tidligere²⁵⁴ ifalder bestyrelsesmedlemmer ansvar efter culpastandarden. Den væsentligste forskel mellem culpastandarden og et professionsansvar er, at en individuel undskyldelighedsgrund kan accepteres som diskulperende indenfor culpastandarden modsat indenfor professionsansvar. I en sag om professionsansvar kan et anbringende om individuelle undskyldelige forhold hos skadevolder ikke medføre, at denne ikke ifalder ansvar. Dette er begrundet i, at der stilles krav til de faglige normer, som den professionelle bevæger sig indenfor, og at det derfor er berettiget at forvente en opfyldelse af disse faglige normer af den professionelle. Inden for bestyrelsesansvar vil individuelle undskyldelighedsgrunde under særlige omstændigheder kunne virke diskulperende.²⁵⁵ Under dette analysepunkt vil der blive gennemgået en række momenter, der vil kunne gøre, at individuelle forudsætninger, eller mangel på samme, for bestyrelsen kan være afgørende for ansvarsbedømmelsen. Disse momenter, vil ofte indgå i et samspil med det ovenfor gennemgåede krav om retsstridighed, hvorved et medlem af bestyrelsen der f.eks. har overtrådt en skreven norm, på grund af individuelle forhold vil kunne blive frifundet.

6.1. Nye bestyrelsesmedlemmer

For nye medlemmer må det i første omgang understreges, at disse ikke ifalder ansvar for dispositioner, der er foretaget inden at den pågældende indtrådte i bestyrelsen, jf. UfR.1925.49 H, hvor nogle senere tiltrådte medlemmer af en bankbestyrelse blev frifundet for ansvar med hensyn til retsstridige handlinger foretaget af en bankdirektør. Har den pågældende således ikke været med i bestyrelsen, på tidspunktet hvor den ansvarspådragende beslutning blev truffet, er denne ikke ansvarlig herfor.²⁵⁶ Hertil må det imidlertid tilføjes, at for det tilfælde, at et nyttiltrådt medlem bliver opmærksom på retsstridige eller uforsvarlige dispositioner foretaget inden dennes indtræden, må dette søge at få forholdene korrigeret. Det nyttiltrådte medlem kan herefter ifalde ansvar for ikke at søge at bringe et retsstridigt forhold til ophør på det tidspunkt, hvor det opdages eller burde være blevet opdaget, jf. UfR.1979.777 V, hvor et ulovligt aktionærlån kunne have

²⁵⁴ Se kapitel 2

²⁵⁵ Werlauff (2010): *Selskabsret*, s. 545

²⁵⁶ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482 og Stubkjær Andersen (2001) *Forsikring af bestyrelsesansvar*, s. 27 og Gomard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.117, s. 125

været opdaget ved en gennemlæsning af selskabets regnskab.²⁵⁷ Undlader det nytiltrådte medlem at forsøge at ændre retsstridige forhold, og forvoldes der i forbindelse med undladelsen et tab, vil også det nytiltrådte bestyrelsesmedlem kunne risikere at ifalde ansvar, jf. UfR.2007.2128 H, hvor nytiltrådte medlemmer fandtes ansvarlige for ikke at gribe ind, så snart de efter deres indtræden i bestyrelsen blev eller burde være blevet opmærksomme på, at selskabet blev afviklet uden hensyn til ligelig fordeling mellem kreditorerne. Forvoldes der et tab, vil det nytiltrådte bestyrelsesmedlems ansvar kunne lempes eller bortfalde på baggrund af manglende årsagssammenhæng, hvor tabet alligevel ville være indtrådt, selvom det nytiltrådte bestyrelsesmedlem havde reageret, eller hvis tabet ikke kan tilbageføres efter tiltrædelsen²⁵⁸, jf. UfR.1925.49 H, som angik en bankbestyrelses ansvar for nogle retsstridige engagementer foretaget af en bankdirektør. Nogle bestyrelsesmedlemmer, der var tiltrådt 14. januar 1921, blev frifundet med bemærkning om, at ledelsens opmærksomhed på dette tidspunkt (allerede) var henvendt på spekulationerne, og at det intet nærmere forelå om, hvorledes bankens tab på dette tidspunkt kunne have været begrænset.

For den konkrete bedømmelse vil det imidlertid afhænge af omstændighederne, hvilke handlinger der kan forventes foretaget af det nytiltrådte bestyrelsesmedlem. Har den hidtidige bestyrelse gennem en længerevarende periode disponeret uforsvarligt over selskabet med den følge, at det står i en vanskelig og måske ligefrem uløselig situation, da må der være en grænse for, hvad der kan forventes af det nytiltrådte bestyrelsesmedlem²⁵⁹, jf. UfR.1958.816 H, som angår strafansvar for en foreningsbestyrelse i anledning af ulovligt spil, og hvor Højesteret fandt, at to senere tiltrådte bestyrelsesmedlemmer ikke kunne straffes for den ulovlige spilvirksomhed, der allerede var afviklet på tidspunktet for deres indtræden i bestyrelsen.

Så længe situationen ikke er uoprettelige, da må bestyrelsesmedlemmet rejse spørgsmål om, hvorvidt dispositionen skal opretholdes eller søge at rette op på de fejl, der hidtil måtte være foretaget.²⁶⁰ Er tabet allerede indtruffet på tidspunktet for bestyrelsesmedlemmets indtræden i bestyrelsen, da bliver denne naturligt ikke erstatningspligtig herfor,

²⁵⁷ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482

²⁵⁸ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 124

²⁵⁹ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 124

²⁶⁰ Samuelsson (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 127

ligesom medlemmer der allerede er fratrådte, som udgangspunkt heller ikke ifalder ansvar, jf. UfR.1921.727 H hvor et fratrådt bestyrelsesmedlem blev frifundet under henvisning til, at medlemmet måtte antages at være udtrådt på det tidspunkt, hvor de ansvarspådragende begivenheder fandt sted²⁶¹.

I praksis levnes der imidlertid det nytiltrådte bestyrelsesmedlem en vis rimelig tid til at sætte sig ind i forholdene omkring den enkelte virksomhed.²⁶² Det vil ikke altid være muligt at sætte sig igennem overfor en fast praksis i et selskab og en traditionsbunden direktion, jf. UfR.1961.515 H, hvor der blev lagt vægt på, at nogle bestyrelsesmedlemmer var tiltrådt i april 1958. Disse bestyrelsesmedlemmer fandtes ikke at have pådraget sig ansvar for en varegæld ved ikke inden leverancerne i september 1958 at have foranlediget selskabet drift standset eller på anden måde hindret direktøren i at indgå et køb som det omhandlende. Direktøren derimod blev pålagt ansvar. Dette var ligeledes tilfældet i SØ- og Handelsrettens dom i UfR.2002.2067 H, (Hafnia-sagen), hvor bestyrelsesformanden og den administrerende direktør blev frifundet for prospekt ansvar bl.a. med henvisning til, at deres kortvarige tilknytning til Hafnia.

I en situation hvor det nytiltrådte bestyrelsesmedlem stiller spørgsmålstejn ved de hidtidige dispositioner, og ad den vej bliver opmærksom på dispositioner, som efter dennes skøn ikke er optimale eller måske ligefrem ulovlige, er det ikke på forhånd givet, at det nye medlem vil møde opbakning til dennes indsigelse overfor dispositionen.²⁶³ I et sådan tilfælde må det nytiltrådte medlem følge proceduren omkring dissens og evt. udtræden²⁶⁴. Heraf følger det, at bestyrelsesmedlemmet ikke alene skal lade sin mening komme til kende gennem stemmeafgivelse, men ligeledes må forsøge positivt at fremme dennes budskab under bestyrelsesmøderne, og lade generalforsamlingen og evt. myndighederne vide, hvis forholdene er så alvorlige, at de ikke kan løses internt af bestyrelsen.

Når det nytiltrådte medlems hverv i bestyrelsen er påbegyndt, da kan denne ifalde ansvar for de dispositioner, som denne er med til at træffe beslutning om. Det vil ikke i sig selv være diskulperende, at det nye medlem udfører eller færdiggør nogle dispositioner,

²⁶¹ Se nærmere 5.1.1.2

²⁶² Dotevall (1989): *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande disektör*, s. 234, Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482 og Samuelsson & Søggaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 129,

²⁶³ Samuelsson (2010): *Ledelsesansvar*, s. 125

²⁶⁴ Som beskrevet ovenfor i afsnit 5.1.1.2

som medlemmet anser for at være besluttet af tidligere medlemmer af bestyrelsen, jf. UfR.1962.452 H hvor den nye bestyrelse i et ejendomsaktieselskab underskrev en række pantebreve og skøder vedrørende selskabets ejendomme uden at sikre sig, at provenuerne blev anvendt til formål, der vedrørte selskabet. Den nye bestyrelse forsvarede sig blandt andet med, at det hele lå fast, og at den var uden indflydelse.

Som følge heraf er det det udøvende bestyrelsesmedlem, der bliver ansvarlig for dispositionen. Dette er uafhængigt af, om medlemmet er udtrådt af bestyrelsen efterfølgende eller er nytiltrådt på tidspunktet for dispositionens udførelse, idet også de nytiltrådte har mulighed for og ret til at stille yderligere spørgsmål eller undlade at træffe den konkrete disposition.

6.2. Individuelle forudsætninger og sagkundskab

Som gennemgået ovenfor i afsnittet om culpapreglen generelt²⁶⁵, da skal der ikke tages hensyn til den enkeltes forudsætninger men til, hvad der almindeligvis kræves af personer, der udfører den pågældende handling. Hermed er det også ovenfor gjort klart, at en person som hovedregel ikke kan undskylde sig med manglende individuel formåen.²⁶⁶ Alene i tilfælde, hvor den manglende formåen er begrundet i fysiske eller intelligensmæssige mangler, kan dette blive et undskyldende moment for den enkelte.

I relation til ansvaret for bestyrelsesmedlemmer har denne sondring imidlertid ingen interesse. Den type skader der kan indtræde som følge af bestyrelsesarbejde, har ingen sammenhæng med en persons fysiske egenskaber – en person der lider af et fysisk handicap, kan uden problemer bestride en bestyrelsespost, uden at dette indvirker på dennes dispositioner. Personer med intelligensmæssige udfordringer vil ikke komme i betragtning til en bestyrelsespost og skulle det alligevel ske, vil der ikke være noget undskyldeligt moment heri, idet bestyrelsesarbejdet er frivilligt, og ikke bør påtages af personer, der ikke har de fornødne kompetencer hertil. Udgangspunktet vil derfor være, at individuelle manglende forudsætninger eller kvalifikationer ikke ville kunne diskulpere ansvar for det enkelte bestyrelsesmedlem²⁶⁷, jf. UfR.1962.151 H, hvor manglende regn-

²⁶⁵ Se kapitel 3

²⁶⁶ Samuelsson & Søgaaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 25 f.

²⁶⁷ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s.

skabsmæssig indsigt ikke kunne undskylde en bestyrelsesformand i en sag om ansvar for en bestyrelses besvigelser.

I forlængelse heraf kan f.eks. en medarbejderrepræsentant i bestyrelsen derfor heller ikke undskylde sig med manglende forudsætninger for at bestride hvervet som bestyrelsesmedlem. De medarbejdsvalgte bestyrelsesmedlemmer forudsættes at have de samme rettigheder, samt at være underlagt de samme pligter og det samme ansvar,²⁶⁸ som den øvrige bestyrelse, jf. UfR.1990.271 Ø. Udgangspunktet vil derfor være, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer bedømmes på linje med de øvrige medlemmer, men at der i tilfælde, hvor ansvaret forekommer urimeligt tungt, kan lempe efter SL § 363.²⁶⁹

Hermed er det fastslået, at selvom de enkelte bestyrelsesmedlemmer kan have meget forskellige saglige forudsætninger for at bestride bestyrelseshvervet, kan manglende forudsætninger som udgangspunkt ikke lempe på de pligter, som et bestyrelsesmedlem har. Særlige sagkundskaber kan imidlertid godt tænkes at skærpe kravene til de normer, et bestyrelsesmedlem er forpligtet til at følge, og det er da også almindeligt antaget.²⁷⁰

Typeeksemplet herpå er advokater, der indtræder i en bestyrelse, jf. UfR.1989.812 H, hvor en advokat blev anset erstatningsansvarlig in solidum med de øvrige bestyrelsesmedlemmer, men således at advokaten i det indbyrdes forhold i første række skulle udrede erstatningen.²⁷¹ Det er imidlertid ikke alene advokater, der kan forventes at bliver underlagt en sådan skærpet ansvarsvurdering. Andre faggrupper med særlige sagkundskaber, som gør, at deres tilgang til selskabets forhold er eller burde være en anden end de øvrige medlemmers, f.eks. en revisor, vil ligeledes kunne blive genstand for en sådan skærpet vurdering.²⁷² Disse særlige sagkundskaber vil kunne få betydning i to relationer, dels om ansvarsnormen for det pågældende medlem skal skærpes, dels om de øvrige medlemmer af bestyrelsen må støtte deres beslutning på den indsigt, som det pågældende bestyrelsesmedlem må antages at have. I praksis er det tidligere set, at særlige sagkundskaber er blevet tillagt betydning, men der synes ikke at være nogen dom, der

²⁶⁸ Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 137

²⁶⁹ Christensen (1992): *Ledelse & aktionærer*, s. 52

²⁷⁰ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 483 og Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 485

²⁷¹ Se også UfR.1986.513 H og UfR.1985.313 H

²⁷² Samuelsson & Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 140 og Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 486

klart tager stilling til vægten af særlige sagkundskaber, jf. UfR.1923.871 H, hvor det havde betydning for landsrettens bedømmelse af et spørgsmål om vildfarelse med hensyn til regler om regnskabsaflæggelse, at et af bestyrelsesmedlemmerne var juridisk uddannet. Det pågældende medlem kunne derfor ikke få medholde i, at han havde misforstået reglerne. Andre bestyrelsesmedlemmer, der havde støttet sig til det pågældende medlems opfatte, blev frifundet netop af den grund. Dommen blev imidlertid ændret af Højesteret, hvor alle blev dømt.

6.2.1. Særlig sagkundskab og særlige kompetencer

Sagkundskab er kendetegnet ved at være den uddannelsesmæssige baggrund og faglighed den enkelte person besidder. Særlig sagkundskab er kort nævnt i foregående afsnit, og det er antaget i teorien, at medlemmer af bestyrelsen, der f.eks. er advokater, er underlagt et strengere ansvar som bestyrelsesmedlemmer, end de ville være som eksterne rådgivere, idet opdraget for den eksterne rådgiver vil være langt mere begrænset, end hvervet som bestyrelsesmedlem.²⁷³ Det samme vil være tilfældet for en lang række samfundsvidenskabelige uddannelser. Ud over denne sagkundskab, er der opstået muligheden for at tage en uddannelse som bestyrelsesmedlem, og dette må ud fra et konkret skøn, kunne medføre en skærpet ansvarsbedømmelse.

Særlige kompetencer er de kvalifikationer, der er tilegnet ud over uddannelse.²⁷⁴ Kompetencer kan opstå ved, at f.eks. en advokat specielt er beskæftiget med bank- og finansverdenen, eller erhverver sig ved at udføre bestyrelsesarbejde, og på den måde får en særlig kompetence indenfor området. Det er ikke afklaret i praksis, men der må være en formodning for, at særlige kompetencer vil indgå i det samlede skøn. Dette må ligeledes følge af, at det fremgår af anbefalingerne for god selskabsledelse, at det årligt skal vurderes, om medlemmerne af ledelsesorganerne er i besiddelse af den fornødne kompetence og sagkundskab, og dette bliver dermed en del af den soft law, der er gældende for udøvelsen af bestyrelseserhvervet i de selskaber, der er forpligtet af anbefalingerne.²⁷⁵

²⁷³ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 487, Dotevall (1989): *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande disektör*, s. 114 og Gormard: *Selskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.124

²⁷⁴ Nordhaug (2002): *LMR Ledelse af menneskelige Ressurser – Måltrettet personal- og kompetanseledelse*, s. 160

²⁷⁵ Komitéen for god Selskabsledelse (April 2010): *Anbefalinger for god selskabsledelse*, s. 12

6.3. Den tidsmæssige indsats

Den tid som et bestyrelsesmedlem kan bruge på bestyrelsesarbejdet og vurderingen af de beslutninger, som denne må træffe, skal ses i lyset af, at arbejdet som bestyrelsesmedlem ikke er et fuldtidsarbejde. Bestyrelsesmedlemmerne forudsættes normalt at have en anden primær beskæftigelse, og det er også fælles for alle generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer, at bestyrelsesarbejdet er frivilligt at påtage sig.²⁷⁶ I de tilfælde, hvor selskabet er inde i en krise eller anden ekstraordinær situation, må der forventes en forøget indsats dog stadig med hensyn til, at der er tale om et deltidserhverv. Forinden en person indtræder i en bestyrelse, er det imidlertid vigtigt, at denne gør op med sig selv, om denne har den fornødne tid til at bestride hvervet.²⁷⁷

Antallet af bestyrelsesmøder må derfor afholdes med henblik på, at bestyrelsesmedlemmerne har øvrig beskæftigelse. Antallet af møder fastsættes ud fra det enkelte selskab og dets konkrete forhold. Den aktuelle situation spiller i den forbindelse en vigtig rolle, hvorfor kravet til antallet af møder bliver skærpet i takt med alvorligheden af situationen, jf. UfR.1956.990 SH, hvor der i perioden juni 1952 til juli 1953 blev afholdt seks bestyrelsesmøder. I dommen fremhæves, at bestyrelsen herved har fulgt virksomhedens gang nøje også efter, at krisen var sat ind. Det er imidlertid af Sofsrud konkluderet, at dette næppe vil være resultatet i dag.²⁷⁸ For denne konklusion anføres ingen grund, men mulighederne for kontrol og opfølgning med de trufne beslutninger er langt større i dag end i 1952, og det ville kunne begrunde, at afholdelse af seks bestyrelsesmøder indenfor 13 måneder ikke vil være tilstrækkeligt for bestyrelsen i et kriseramte selskab i dag. Dette var yderligere fremme i UfR.1925.49 H, hvor kritikken af bestyrelsens manglende tilsyn med en bank blandt andet støttedes på en overvejelse om, hvor ofte bestyrelsen havde holdt møde.

I sagens natur kan et bestyrelsesmedlem ikke undskylde sin skadegørende adfærd med, at denne manglede tid eller lejlighed til at sætte sig ind i den konkrete bestyrelses anliggender. I nogle tilfælde kan den manglende tid være begrundet i, at det enkelte medlem har påtaget sig for mange øvrige hverv, hvorunder dennes arbejde i bestyrelsen lider.

²⁷⁶ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482

²⁷⁷ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 482

²⁷⁸ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 497

Der er ikke lovfæstede begrænsninger på, hvor mange forskellige bestyrelser den samme person kan sidde i, men i erstatningsretlig henseende kan et sådan forhold ikke have nogen betydning for en ansvarsvurdering, idet deltagelse i flere bestyrelser ikke kan fritage bestyrelsesmedlemmet fra at opfylde kravet til den tidsmæssige indsats omkring den konkrete bestyrelse.²⁷⁹

Visse kærneanliggender er altid bestyrelsesanliggender, og skal derfor varetages af bestyrelsen, uanset hvilke konkrete forhold denne arbejder under.²⁸⁰ Det kan f.eks. være ansættelsen af direktøren samt drøftelse af selskabets virksomhed med denne, opstilling af forslag til årsregnskaber og modtagelse og gennemgang af revisors beretninger.²⁸¹ Er det i bestyrelsen forretningsorden bestemt, at bestyrelsen internt fordeler disse lovfæstede pligter mellem sig, vil dette ikke kunne fritage de øvrige bestyrelsesmedlemmer for ansvar jf. UfR.1923.871 H, hvor alle bestyrelsesmedlemmer blev dømt i Højesteret med henvisning til, at man intet havde gjort for at skaffe sig nærmere oplysninger om den rigtige forhold, og lagde herved vægt på, at bestyrelsen havde almindeligt kendskab til, at banken var inde i en række faretruende engagementer og således havde været opfordret til at skaffe sig nærmere oplysning.

Udeblivelse fra bestyrelsesmøder hvor der blev truffet ansvarspådragende beslutninger, kan ikke i sig selv fritage for ansvar.²⁸² Et bestyrelsesmedlem er ikke forpligtet til at deltage i samtlige bestyrelsesmøder, hvorfor det heller ikke i sig selv er culpøst at udeblive fra et bestyrelsesmøde.²⁸³ Det vil være en betingelse for ansvar som følge af udeblivelse fra et bestyrelsesmøde, at der er årsagssammenhæng mellem udeblivelsen og tabet.²⁸⁴ Er bestyrelsesmedlemmet forhindret i at deltage efter omstændigheder, som er umiddelbart undskyldelige, må bestyrelsesmedlemmet være forpligtet til at holde sig opdateret efterfølgende samt at søge at få ændret retsstridige beslutninger truffet i dennes fraværd, da andet vil være ansvarspådragende for bestyrelsesmedlemmet ud fra en be-

²⁷⁹ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 500

²⁸⁰ Gormard: *Selskabsledelsens erstatningsansvar*, UfR.1971B.123

²⁸¹ Jf. afsnit 5.1.1

²⁸² Samuelsson & Sjøgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 58 f.

²⁸³ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 497

²⁸⁴ Dotevall (1989): *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande disektör*, s. 120

tragtning om, at denne ellers stiltiende har tilsluttet sig dispositionen.²⁸⁵ Heri ligger yderligere, at bestyrelsesmedlemmet har en forpligtelse til at skaffe sig viden om det afholdte bestyrelsesmøde på trods af, at denne ikke deltog i mødet, og det fritager som sagt ikke fra ansvar, at et medlem ikke havde mulighed for at deltage.²⁸⁶ Dette var også resultatet i Nordisk Fjer-sagen, hvor advokaten i bestyrelsen forlod et bestyrelsesmøde inden gennemgang af regnskabet i form af revisorprotokollen, hvilket ikke kunne afholde ham for efter bestyrelsesmødet selv at gøre sig bekendt med indholdet af mødet, og han dømtes derfor også for overtrædelse af AL § 54, stk. 3.²⁸⁷

6.4. Sammenfatning

Som nævnt i indledningen af dette afsnit er den væsentligste forskel mellem en culpaansvarsbedømmelse og et professionsansvar, at en individuel undskyldelighedsgrund kan accepteres som diskulperende indenfor culpastandarden modsat indenfor professionsansvar. Inden for bestyrelsesansvar vil individuelle undskyldelighedsgrunde under særlige omstændigheder kunne virke diskulperende. Undskyldelighedsgrunde for det enkelte bestyrelsesmedlem, vil indgå som et moment i ansvarsbedømmelsen, i et samspil med det ovenfor gennemgåede krav om retsstridighed, hvor et medlem af bestyrelsen f.eks. har overtrådt en skreven norm, men på grund af individuelle forhold vil blive frifundet. Det må fastslås, at få forhold kan udgøre en individuel undskyldelighedsgrund. Den tidsmæssige indsats må først og fremmest afvises, som et forhold der kan påvirke ansvarsbedømmelsen.

- Bestyrelsen har pligt til at afholde det antal bestyrelsesmøder, der er nødvendige for at føre den fornødne kontrol med selskabet, jf. UfR.1925.49 H.
- Det medfører, at der må påregnes en ekstra indsats i krisetider jf. UfR.1956.990 SH.
- Udeblivelse fra bestyrelsesmøder, hvor der træffes retsstridige beslutninger, kan ikke føre til ansvarsfrihed, jf. UfR.1923.871 H.

²⁸⁵ Christensen (1992): *Ledelse & aktionærer*, s. 48 og Samuelsson & Søgaaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 26 og 59

²⁸⁶ Samuelsson & Søgaaard (1997): *Bestyrelsesansvaret*, s. 26

²⁸⁷ Werlauff: *Bestyrelsen tilsynsansvar – med udgangspunkt i to straffedomme om organisation, tilsyn mv.*, R&R.1994.06.0009

Et nytiltrådt bestyrelsesmedlem, der ikke var tiltrådt på tidspunktet for den skadegørende handling, og først tiltræde efterfølgende, vil ikke blive ansvarlig. Dette betyder dog ikke, at det nytiltrådte bestyrelsesmedlem kan læne sig tilbage de første måneder, idet dette stadig vil kunne ifalde ansvar, dersom dette ikke straks reklamerer mod eventuelle forhold, der bør vække mistanke hos det nye bestyrelsesmedlem.

- Bestyrelsesmedlemmet vil ikke blive ansvarligt for handlinger der har fundet sted i tiden før medlemmets tiltrædelse, medmindre disse kunne være ændret efter indtræden, jf. UfR.1925.49 H.
- Det nytiltrådte bestyrelsesmedlem har dog en pligt til at sætte sig ind i virksomhedens forhold og straks gribe ind, dersom dette finder mistænkelige forhold også selvom disse er foretaget før dennes indtræden, jf. UfR.1979.777 V og UfR.2007.2128 H og UfR.1962.452.
- Der gives en vis tidsmargin, hvor det nytiltrådte bestyrelsesmedlem, har mulighed for at sætte sig ind i virksomhedens forhold, og indenfor denne margin, ifalder det nytiltrådte bestyrelsesmedlem ikke ansvar jf. UfR.1961.515 H.

De ovenfor fremhævede momenter læner sig alle op af den grundlæggende betingelse i erstatningsretten om årsagssammenhæng mellem handlingen og den indtrådte tab. Denne betingelse vil også skulle være opfyldt indenfor bestyrelsesansvar, og den manglende årsagssammenhæng kan derfor begrunde ansvarsfrihed.

Til gengæld er der flere forhold, der vil kunne føre til en skærpelse af ansvarsbedømmelsen for den enkelte. Som gennemgået vil sagkundskab og kompetencer kunne føre til, at der ses skærpelse på det pågældende bestyrelsesmedlem, da netop dette kan have haft særlige forudsætninger for at håndterer opgaven.

- Udgangspunktet er, at alle ledelsesmedlemmer bedømmes efter samme norm.
- Ansvarsfrihed kan f.eks. ikke begrundes i manglende kompetence eller regnskabsmæssig indsigt, jf. U.1962.151 H og UfR.1990.271 Ø.

- Særlig sagkundskab kan være en skærpende omstændighed, og kan føre til, at et medlem bliver ansvarligt forud for øvrige medlemmer uden denne særlige sagkundskab, jf. UfR.1989.812 H og UfR.1923.871 H.

7. Konklusion

Formålet med denne afhandling er at redegøre for det erstatningsansvar, der gælder for bestyrelsen i et kapital selskab, og dermed hvilke momenter der indgår ved bedømmelsen heraf. I det følgende vil de væsentligste punkter fra analysen blive fremhævet.

Afhandlingens første del består af en teoretisk gennemgang af det klassiske culpabegreb. Efter den klassiske gennemgang af culpa som ansvarsgrundlag, kan følgende punkter opstilles:

- Erstatning er baseret på en tankegang om, at risiko herfor har en positiv indvirken på folks handlemåder.
- Ved anvendelsen af culpareglen i praksis opstilles der to betingelser, der skal være opfyldte for at erstatning kan ifaldes; objektiv retsstridighed og subjektiv tilregnelser.
- Kravet om objektiv retsstridighed er opfyldt, hvis skadevolderen har handlet i strid med de normer, som samfundet har opstillet for den konkrete handling.
- Skadevolderen skal for at opfylde den subjektive betingelse som minimum have handlet uagtsomt, og kan herved ifalde ansvar efter culpareglen.
- Ved vurderingen af uagtsomhed kan visse standarder tages i brug alt efter omstændighederne.
- Bonus pater-standard kan anvendes som en standard, hvorefter der ifaldes ansvar for handlinger, der ligger udenfor, hvordan en god og fornuftig borger ville have handlet.
- Diligentia quam in suis-standard kan anvendes ved uagtsomhedsvurderingen, når der består et særligt pligtforhold for skadevolderen hvorefter denne skulle varetage skadelidtes ting, som var de dennes egne.

Dette har været en hensigtsmæssig indgangsvinkel til at forstå, hvordan culpabedømmelse mere konkret kan udfyldes indenfor bestyrelsesansvarssager. Praksis indenfor bestyrelsesansvarssager bærer præg af at være enkeltsager, hvor ud fra det er svært at

spore nogle sikre tendenser. Det gør ansvarsbedømmelsen i disse sager vanskelig, idet denne i hver enkelt sag vil hvile på de konkrete omstændigheder. I det følgende vil der blive forsøgt opstillet nogle af de momenter, der kan uddrages af skrevne normer, soft law og den retspraksis, som er gennemgået i analysen.

- Udgangspunktet er, at alle bestyrelsesmedlemmer bedømmes efter samme norm.

Fra dette udgangspunkt må den konkrete norm, som bestyrelsesmedlemmerne bedømmes efter, udfyldes med en række mere håndgribelige momenter, for at blive anvendelig. Der følger en række pligter af selskabsloven, som bestyrelsen skal varetage, heriblandt den overordnede pligt til at varetage den strategiske ledelse og forsvarlige organisation af selskabet, samt etablere de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. SL § 115. I det følgende vil der blive opstillet en række yderligere momenter, som bestyrelsen skal iagttage. Disse momenter er hentet i retspraksis, men skal dog ikke forstås som en udtømmende liste over, hvilke hensyn et bestyrelsesmedlem bør tage, men nærmere som et uddrag af de momenter, der kan tillægges vægt ved en konkret vurdering. Bestyrelsesmedlemmet skal:

- sikre den langsigtede værdiskabelse;
- ved tiltræden sætte sig ind i virksomhedens forhold og straks gribe ind, dersom dette finder mistænkelige forhold;
- i samarbejde med den øvrige bestyrelse påse, at der afholdes det antal bestyrelsesmøder, der er nødvendige for at føre den fornødne kontrol med selskabet.
- så vidt muligt deltage i samtlige bestyrelsesmøder, og i tilfælde af udeblivelse, af andre veje søge de nødvendige informationer om det afholdte bestyrelsesmøde, samt søge omgørelse af retsstridige beslutninger;
- disponere over selskabet indenfor de rammer, der er opstillet i formålsbestemmelsen i selskabets vedtægter, som bestyrelsen i øvrigt skal iagttage;

- gøre opmærksom på dissens samt sørge for, at denne føres til protokol;
- forsøge at påvirke de øvrige til ikke at træffe uretmæssige beslutninger;
- ved udtræden underrette kapitalejere og eventuelt myndigheder om mistænkelige forhold;
- forsætte driften af selskabet så længe, at det er forsvarligt;
- stoppe selskabets drift, når forsat drift vil medføre tab, og der ikke længere er realistisk mulighed for at redde selskabet.

Når der er tvivl om, hvorvidt bestyrelsen har opfyldt disse pligter, kan visse øvrige udfyldende bidrag give vejledning i bedømmelsen af den enkeltes handling. De nedenfor nævnte bidrag befinder sig indenfor den objektive retsstridighedsvurdering og enkelte af de ovennævnte momenter kan desuden spores i disse bidrag.

Selskabsdokumenter: Ejeraftalen og ikke mindst forretningsordenen kan give domstolene et mere solidt grundlag for at udfylde culpanormen i det konkrete tilfælde og dermed bidrage til ansvarsvurderingen.

Corporate Governance: Der vil ved en konkret ansvarsvurdering kunne blive taget hensyn til de bidrag, der findes i soft law i det omfang, disse bidrag har været fulgt, almindeligt, stadigt og i længere tid.

"Professionsstandard": Særlig sagkundskab kan være en skærpende omstændighed, og kan føre til, at det enkelte medlem blive ansvarlig forud for medlemmer uden denne sagkundskab.

Der anvendes ikke en professionsansvarsnorm indenfor bestyrelsesansvar, men det ses af praksis, at der hentes inspiration fra den skærpede ansvarsnorm, der anvendes på pro-

fessionelle i andre sammenhænge, f.eks. advokater, revisorer og ejendomsmæglere m.v.

Yderligere momenter, der nærmere berører de subjektive forhold for det enkelte bestyrelsesmedlem, kan være med til at udfylde ansvarsnormen.

Loyalitetspligten: Er der ikke grundlag for at antage, at beslutningerne ikke er truffet ud fra forretningsmæssige overvejelser om, hvad der i den givne situation tjener selskabet bedst, er loyalitetspligten iagttaget og bestyrelsen ifalder ikke ansvar.

Business Judgement Rule: Er det ikke sandsynliggjort, at en anden beslutning ville have ført til et forretningsmæssigt gunstigere resultat, kan der ikke ifaldes ansvar.

Beslutningsusikkerhed: Det må vurderes, hvorvidt det enkelte bestyrelsesmedlem har taget en forsvarlig beslutning til videreførelse af selskabet, og hvorvidt bestyrelsesmedlemmet har været bevidst omkring risikoen, der var forbundet med beslutningen.

God tro: Det kan i ansvarsvurderingen have konkret betydning, hvordan bestyrelsesmedlemmet på tidspunktet for den ansvarspådragende handling anså situationen.

Dililigentia quam in suis: Bestyrelsesmedlemmet skal varetage de betroede midler med samme omhu, som var de dennes egne.

Hvor der objektivt er opstillet en norm for bestyrelsen pligter, men forsat er tvivl om, hvorvidt bestyrelsen har opfyldt denne norm, vil det være muligt at udfylde denne vurdering med subjektive forhold hos det enkelte bestyrelsesmedlem. Den subjektive vurdering må derfor forsat have sin berettigelse ved vurderingen af bestyrelsen ansvar.

8. Skærpelse af ansvarsnormen?

Der kan i forlængelse af ovenstående analyse stilles en række spørgsmål til fremtidsperspektiverne for de momenter, der er opstillet for bestyrelsen erstatningsansvar. Der kan stilles spørgsmål til, om den ansvarsbedømmelse der sker af bestyrelsesmedlemmerne, vil kunne blive påvirket gennem vedtagelsen af den nye selskabslov i retning af en mere objektiveret culpabedømmelse. Der vil yderligere kunne stilles spørgsmål ved, om ændringen af bestyrelsen rolle kan påvirke den culpastandard, som disse bedømmes efter.

8.1. Objektivisering af ansvarsbedømmelsen gennem den nye selskabslov

Ved den gennemgåede klassiske to-komponentbedømmelse er det et krav, *at* handlingen skal være retsstridig, og *at* skadevolder skal eller burde indse dette. Dette er ikke betingelserne ved en objektiveret culpabedømmelse. Ved en objektiveret bedømmelse lægges der ikke vægt på skadevolders subjektive forhold, men vægt på den udviste adfærds farlighed og skadeevne, samt en vurdering af om denne afviger fra det på handlingstidspunktet kendt adfærdsmønster.²⁸⁸

Det har været diskuteret i teorien, om de ovenfor gennemgåede lovændringer i selskabsloven medfører en sådan objektiveret culpabedømmelse af bestyrelsesmedlemmers ansvar, at der reelt er tale om en skærpelse i forhold til tidligere.

Gomard konkluderede i sin analyse af de ændringer der fandt sted af selskabsloven i 1993, at de nye regler alene skulle forstås som "*pædagogiske illustrationer*" af, hvad der var forsvarlig handlemåde for medlemmer af bestyrelsen.²⁸⁹ Heroverfor var bl.a. Berg, Bo Langsted²⁹⁰ og Krüger Andersen²⁹¹ uenige, der alle antog, at de nye regler kunne give anledning til en strengere kurs fra domstolens side på *visse punkter*. Hovedargumentet for denne antagelse var, at bemærkningerne til lovændringen temmelig klart tilkendegav, at lovgiver ikke havde delt betænkningens vurderinger, men tværtimod ønskede at lette muligheden for at gøre ansvar gældende mod et bestyrelsesmedlem, hvor der var tale om en undladelse eller forsømmelse. Berg og Langsted fremhæver i artiklen *Er be-*

²⁸⁸ Sofsrud (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsens erstatningsansvar*, s. 124

²⁸⁹ Gomard: *Bestyrelsesansvar*, UfR.1993B.145

²⁹⁰ Berg & Langsted: *Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*, UfR.1994B.183 ff.

²⁹¹ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 479

*styrelsen ansvar blevet skærpet?*²⁹² en række forskellige opgaver, som efter den lille selskabsreform i 1993 var nye for bestyrelsen. Dette var bl.a. tilsyn med datterselskaber, og stillingtagen til intern kontrol.²⁹³ Det er vanskeligt at give noget entydigt svar på, om stramningerne i 1993 og senere har medført nogen ændring i ansvarsbedømmelsen.²⁹⁴

Det kan imidlertid fastslås, at de nye regler i SL § 115 beskriver pligterne langt mere specifikt, end tilfældet var for den tidligere lovgivning.²⁹⁵ Det kan ikke udelukkes, at den reelle virkning af denne præcisering på nogle punkter *kan* medføre en skærpelse ved en konkret vurdering af bestyrelsen handlinger, ligesom det af nogle blev antaget, ville være resultatet efter ændringen i 1993. I forhold til ændringen i 1993 må der imidlertid bemærkes to afgørende forskelle, nemlig at moderniseringsudvalgets vurdering af, at de hidtidige regler på området var tilfredsstillende, blev tiltrådt ved udarbejdelsen af selve loven, ligesom baggrunden for udarbejdelsen var loven i 1993 var en ganske anden, end tilfældet var i 2010. Loven for 1993 blev primært vedtaget med bevæggrund i de selskabsskandaler, der var gået forud, hvorimod moderniseringsudvalgets arbejde blev påbegyndt i en periode med højkonjunktur og ud fra en målsætning om at gøre Danmark til et mere konkurrencedygtigt samfund.

Kun tiden kan vise, om præciseringerne i selskabsloven vil få nogen skærpende effekt på ansvarsbedømmelsen overfor bestyrelsen, men med de nye regler må der siges at været givet såvel bestyrelsen som interessenterne et mere håndgribeligt katalog over bestyrelsen pligter, end tilfældet var tidligere.

8.2. Ændring af bestyrelsen rolle gennem Corporate Governance

Diskussion omkring Corporate Governance har stået på længe, såvel i Danmark som internationalt. Overordnet set er det i Danmark en diskussion af begreber som uafhængighed og kompetence. Som der er argumenteret for i analysen oven for vil den fortsatte brug og integrering af Corporate Governance kunne være med til at udfylde den forståelse, samfundet og domstolene har af god selskabsledelse.²⁹⁶ En anden påvirkning som Corporate Governance imidlertid også kan have er, at den kan ændre på bestyrelsens

²⁹² Berg & Langsted: *Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*, UfR.1994B.183 ff.

²⁹³ Berg & Langsted: *Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*, UfR.1994B.187

²⁹⁴ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 479

²⁹⁵ Krüger Andersen (2010): *Aktie- og anpartsselskaber – Kapitalselskaber*, s. 479 f.

²⁹⁶ Se afsnit 5.2

rolle i selskabet, og derved skaber nogle ændrede rammer, som bestyrelsen skal handle indenfor.

Som det blev fremhævet i indledning er der en tendens til at opfatte bestyrelserne i de danske selskaber som indspiste og lagt mere optaget af deres golfhandicap end bestyrelsesshvervet, der nærmere betragtes som en retrætepost. Indenfor de sidste to årtier er der dog sket en udvikling i bestyrelsens rolle og udviklingen er i teorien beskrevet således²⁹⁷:

Den traditionelle bestyrelse:	Den nye/ideelle bestyrelse
Bestyrelsesposten er en prestige-post	Bestyrelsesposten er et egentligt arbejde
Symbolisk aflønning	Aflønning modsvarer arbejdsindsats og ansvar
Ansvarlighed over for aktionærer	Ansvarlighed over for alle væsentlige interessenter
Usikkerhed omkring bestyrelsens funktion og ansvar	Bestyrelsen er åben omkring principper for og indholdet af dens funktion
Bestyrelsen har alene kontakt til virksomheden gennem den administrerende direktør	Bestyrelsen har flere kontakter til virksomheden, f.eks. ledende medarbejdere samt intern og ekstern revision
Valg til bestyrelsen er en formsag	Valg til bestyrelsen sker ved en åben og begrundet rekrutteringsproces
Bestyrelsen har fire årlige møder	Alle bestyrelsesmedlemmer bliver løbende orienteret om virksomhedens situation, og der holdes regelmæssigt møder efter behov
Direktionen varetager kontakten til omverdenen	Bestyrelsen inddrages mere i kontakten til medier, aktionærer og andre interessenter

Figuren stammer fra Hansens m.fl. bog *Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelsens rolle*, der ikke er helt uden juridisk værdi.²⁹⁸ Ved modellen skal der ikke forstås, at der allerede er sket en fuldstændig transformation til den ideelle bestyrelse, men snarere som en indikation af i hvilken retning udviklingen går.

Som det ses af beskrivelsen af den ideelle bestyrelse er deres arbejde overordnet set præget af at være mindre rutinepræget, men også mere omfattende end tilfældet er for den mere traditionelle bestyrelse. En naturlig følge heraf vil være, at bestyrelsen indtager en mere central ledelsespost, end tilfældet har været tidligere, og at bestyrelsen

²⁹⁷ Hansen m.fl. (2000): *Corporate Governance – et bud på danske bestyrelses rolle*, s. 24

²⁹⁸ Weraluff: *Anmeldelse af Teddy Wivel, Jørgen Valther Hansen og Thomas Rise Johansen: Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelses rolle*, UfR.2001B.69

arbejdet vil omfatte mere, end blot kontrol med direktøren. Det vil forsat være direktøren, der varetager den daglige ledelse af selskabet, men der kan naturligt skabes en forventning om, at bestyrelsen tager en mere aktiv rolle heri. Kapitalejerne kan have en forventning om, at bestyrelsen varetager den "nye" rolle, og kan der argumenteres for, at denne forventning er berettiget, kan bestyrelsen ifalde ansvar, for ikke loyale at forsøge at opfylde denne forventning.

Også kun tiden kan være med til at vise, om bestyrelsen ændrede rolle kan være med til at skærpe kravene til det enkelte bestyrelsesmedlem. Det kan imidlertid med nogen sikkerhed konstateres, at bestyrelsen rolle har ændret sig – særligt i de større danske selskaber – og at denne ændring primært er begrundet i den påvirkning, som Corporate Governance har haft på dansk selskabsledelse.

Summary

This thesis is the end of our study in Laws at Aalborg University.

The financial crisis and bank failure has increased the focus on the quality of the directors' work, which among other things has been criticized for being characterized by nepotism and quest for prestige. There is a need of more people who see the work at the board as an occupation and not a cozy retreat position where he has time to improve his handicap in golf. The work at the board demands more than ever. The thesis' goal is to determine some of the elements in the culpa-based negligence standards concerning directors' liability.

The thesis is in no way be considered as an exhaustive or detailed explanation of elements of culpa-based negligence standards, but will simply highlight what factors that is of particular importance to directors' liability, in particular the difficulty in assessing these individual elements.

The thesis' first part consists of a theoretical analysis of the classical concept of culpa. This is a useful approach to understanding how culpa-based negligence in general is founded and which elements it consist of.

It will in this connection be described how the culpa-based negligence standard consists of two components – subjective fault by the tortfeasor and an objective wrongful act - and what content those components consist of in their classic form.

After the overall review of the components of the culpa-based negligence is reviewed, the components are reviewed in content of the directors' liability. Concerning the liability of the directors' the judgment of the objective wrongful act will be the weightiest and will therefore has the greatest extent in the analysis. The analysis of the wrongful act will consist of a review of the primary written legal rule concerning the board's work, the company law § 115. The possible importance of the articles of association, shareholders' agreement and the rules of procedure will also be a part of the analysis of the written wrongful act. After an analysis of the soft law it will be reviewed what impact it can have on the liability of the directors'. This will give a picture of the importance of the focus on corporate governance for both the company and its current and potential share and stake holders. Furthermore some unwritten principal stated in case law will be re-

viewed, being the business judgment rule and the duty of loyalty. From this analysis some of the elements in the culpa-based negligence standard will have been stated.

The main difference between liability based on culpa and professional liability is the importance on the personal circumstances for the tortfeasor. Therefore it is of a great interest which significance these can hold both in relation to increased or relaxed judgment.

Case law concerning directors' liability appears as individual cases where from which is hard to track see any trends. It makes the determination of liability in these cases very difficult, since in the judge in each case will rest on the concrete circumstances. In the conclusion there will be an attempt to establish some of the elements that can be drawn from written norms, soft law and case law which has been reviewed in the analysis. The checklist is not meant as an exhaustive list of which terms a board member should take, but rather as an extract of the some elements that can be accepted on a case basis.

Finally a perspective will be evaluating on how the culpa-based negligence standard in an ongoing perspective maybe will be evolving in light of the recent legislative change and the impacts of corporate governance on the boards obligations.

Oversigt over litteratur m.v.

Bøger m.v.

Christensen, Jan Schans (1992) *Ledelse & aktionærer*. København: G.E.C Gad.

Christensen, Jan Schans (2009) *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret* (3. udgave). Hellerup: Thomson Reuters.

Dotevall, Rolf (1989) *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör – En aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning*. Göteborg: Norstedts Förlag.

Dotevall, Rolf (2008) *Bolagsledningens skadeståndsansvar* (2. udgave). Göteborg: Norstedts Juridik.

Drachmann, A. B. & H. Federspiel (1918) *Romerske Retskilder*. M.P. Madsens Boghandel.

Eyben, Bo von & Helle Isager (2007) *Lærebog i erstatningsret* (6. udgave). København/Århus: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Eyben, Bo von (2008) *Juridisk Ordbog* (13. udgave). København: Thomson Reuters.

Friis Hansen, Søren & Krenchel, Jens Waldemar (2010) *Introduktion til dansk selskabsret I* (3. udgave). København: Thomson Reuters.

Gomard, Bernhard (1958), *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold*, Gads Forlag, genoptryk 1990.

Hansen, Jørgen Valther, Thomas Riise Johansen & Teddy Wivel (2008) *Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelses roller* (1. udgave). København, Forlaget Thomson.

Jensen, Martin Christian (2009) *Ejeraftaler* i Neville, Mette & Karsten Engsig Sørensen (red.) *Den nye selskabslov* (1. udgave). Aarhus: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Keller Hendriksen, Flemming (2010) *Bestyrelser – i virksomheder* (1. udgave). København: Nyt Juridisk Forlag.

Komitéen for god Selskabsledelse (april 2010) *Anbefalinger for god selskabsledelse* (4. udgave). Københavns Fondsbørs.

Kruse, A. Vinding (1971) *Erstatningsretten* (2. reviderede udgave). København: Juristforbundets Forlag.

Krüger Andersen, Paul (2008) *Aktie- og anpartsselskabsret* (10. udgave). København: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Krüger Andersen, Paul (2010) *Aktie- og anpartsselskabsret - Kapitalselskaber* (11. reviderede udgave). Århus: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Nordhaug, Odd (2002) *LMR Ledelse af Menneskelige Ressurser – Målrettet personal- og kompetanseledelse*, Oslo: Universitetsforlaget.

Samuelsson, Morten & Kjeld Søgaard (1997) *Bestyrelsesansvaret* (1. udgave). Rungsted Kyst: Forsikringshøjskolens Forlag.

Samuelsson, Morten (2009) *Ledelsesansvar* i Neville, Mette & Karsten Engsig Sørensen (red.) *Den nye selskabslov* (1. udgave). Århus, Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Salmonsens konversationsleksikon (1917): *Bind VI: Demeter – Elektrisk sikring* (2. udgave). København: A/S J. H. Schultz Forlagsboghandel.

Schaumburg-Müller, Peer & Erik Werlauff (2008) *Børs- og kapitalmarkedsret* (4. udgave). København: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Schaumburg-Müller, Peer & Erik Werlauff (2010) *Selskabsloven med kommentarer* (1. udgave). København: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

Schaumburg-Müller, Peer & Erik Werlauff (2010) *Vedtægter og ejeraftaler* (3. udgave). København: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.

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

Tamm, Ditlev (2002) *Retshistorie – Danmark – Europa – globale perspektiver* (1. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Trolle, Jørgen (1969) *Risiko & skyld – i erstatningspraxis* (2. rev. og forøgede udgave). København: G.E.C Gads Forlag.

Ussing, Henry (1914) *Skyld og skade – Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?* (1. udgave). København: G.E.C Gad.

Vinding Kruse, A. (1971) *Erstatningsretten* (2. rev. udgave). København, Juristforbundets Forlag.

Werlauff, Erik (2004) *Menighedsrådsmedlemmers erstatningsansvar – når samme organ skal udføre både Martha- og Maria-opgaver* i Andersen, Jon m.fl. (red.) *Festskrift til Hans Gammeltoft Hansen*. Dansk Jurist- & Økonomforbunds Forlag.

Werlauff, Erik (2008) *Selskabsret* (7. udgave). Thomson Reuters.

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

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

Artikler

Andersen, Klaus Stubkjær: *Corporative governance og ledelsesansvar*, Revisions & Regnskabsvæsen 2004, nr. 2 s. 6 ff.

Beckett, Trine & Annemette Schultz Jørgensen: *Danske bestyrelser til storvask*. DJØF Bladet, 14. januar 2011.

Berg, Claus & Lars Bo Langsted: *Et bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 1994 s. 183 ff.

Boe, Jørgen: *Bestyrelsesmedlemmers og direktørers ansvar*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 1984 s. 385 ff.

Christensen, Jan Schans: *Nørby-udvalgets anbefalinger om god selskabsledelse. Godt initiativ eller frivillighed på afveje?*. Børsen, d. 28. december 2001.

Ewperian – A world of insight: *Rekordmange konkurser i november*, 3. december 2010.

Friis Hansen, Søren: *Skatteretlige følger af den ny selskabslovgivning – Et overblik over udvalgets skatteretlige følger af lovforslaget L 170, vedrørende modernisering af aktie- og anpartsselskabsloven*, Skattepolitisk Oversigt, 2009, s. 125 ff.

Gomard, Bernhard: *Aktieselskabsledelsens erstatningsansvar*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 1971, s. 117 ff.

Gomard, Bernhard: *Bestyrelseansvar*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 1993, s. 145 ff.

Holst, Jørgen & Peter Søgaard Haugaard: *Corporative Governance. Bestyrelsesarbejde og advokatansvar*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 2003, s. 293 ff.

Lego Andersen, Eigil: *Mere om aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, Retsvæsen Litterær afdeling, 2008, s. 425 ff.

Rose, Caspar: *Ledelsens loyalitetsforpligtelse: Stakholder versus sharholder value paradigmet*, Revision & Regnskabsvæsen 2004, nr. 12, s. 6 ff.

Rose, Caspar & Karolina M. Dolata: *Corporate Governance i danske børsnoterede selskaber*, Revision & Regnskabsvæsen 2010, nr. 12, s. 46 ff.

Werlauff, Erik: *Bestyrelsens tilsynsansvar – med udgangspunkt i to straffedomme om organisation, tilsyn mv.*, Revision & Regnskabsvæsen 1994, nr. 6, s. 9 ff.

Werlauff, Erik: *Aktionæroverenskomstens retsvirkning for generalforsamling og bestyrelse*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 2008, s. 207 ff.

Weraluff, Erik: *Anmeldelse af Teddy Wivel, Jørgen Valther Hansen og Thomas Rise Johansen: Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelses rolle*, Ugeskrift for Retsvæsen Litterær afdeling, 2001, s. 69 ff.

Werlauff, Erik: *Ejeraftalens håndhævelse – da aftalen ikke binder selskabet*, Ugeskrift for retsvæsen Litterær afdeling, 2010, s. 130 ff.

Werlauff, Erik & Kjeld Skov: *Interne dokumenter er ikke altid interne*, Børsen, d. 28. maj 2002.

Anvendte domme

Højesterets dom fra 1759, no. 36	UfR.1977.274 H
UfR.1921.727 H	UfR.1978.133 2H
UfR.1923.871 H	UfR.1979.777 V
UfR.1924.333 Ø	UfR.1989.812 H
UfR.1925.49 H	UfR.1990.271 Ø
UfR.1925.244 H	UfR.1995.43 H
UfR.1930.864 Ø	FED.1995.741 Ø
UfR.1940.563 Ø	FED.1995.1531 SH
UfR.1946.1103 SH	UfR.1997.283 H
UfR.1956.990 SH	UfR.1998.1137 H
UfR.1958.816 H	UfR.2001.1757 H
UfR.1961.515 H	Højesterets kendelse af 2. maj 2002
UfR.1962.151 H	UfR.2002.2067 H
UfR.1962.452 H	UfR.2004.2253 H
UfR.1966.31 H	UfR.2007.497 H
UfR.1974.1005 H	UfR.2007.2128 H
UfR.1978.121 H	UfR.2010.190 H