



Bestyrelsesansvar i kapitalselskaber

Analyse af bestyrelsens pligter efter selskabslovens § 115

Forfattet af:

Frida K. Gregersen (20185023)

Mie Frederikke Hansen (20185927)

Kandidatafhandling ved Juridisk Institut AAU

Vejleder: Anders Ørgaard

Afleveret d. 17. maj 2023

Abstract

The board of directors in a limited company is in charge of the overall and strategic management and must ensure proper organisation of the company's activities. This thesis examines, when the board is liable to damages caused to the limited company, the shareholders or any third parties.

Initially, the general law of tort is examined. This chapter introduces the four general terms of liability being the basis of the liability, the loss, the causality, and the foreseeability. The terms are cumulative and must all be fulfilled in order to cause liability. Next, the thesis examines the relevant articles in the Act on Public and Private Limited Companies concerning the company's organization and duties of the board. The board of directors must at any time ensure the interest of the company. The board of directors is in charge of the overall and strategic management and ensuring proper organisation of the company's activities as well as ensuring that the duties specified in Act 115 are fulfilled. As a result of the Business Judgment Rule the board of directors must be allowed a margin of error meaning that the board will not necessarily be liable for every decision causing a loss.

Afterwards, case law is analysed in order to determine the detailed substance of the board of directors' duties to ensure the overall and strategic management, to ensure proper organisation of the company's activities, to supervise the executive board and the company's finance as well as their duty to ensure that the financial resources are adequate at all times.

In the analysis of the board of directors' liability, it is relevant to determine the time where the board of directors should have realized that it would be hopeless to continue the company in the same form. The scope of the point of hopelessness will be analysed. In addition, it will be examined which actions the board of directors can make to avoid liability. Next, relevant tort law issues are dealt with in relation to the board of directors' liability.

Last it is concluded that the board of directors can be held liable for neglecting their duties. The board of directors will only exceptionally be liable for the overall and strategic management and ensuring proper organisation but violation of the duties specified in act 115 will potentially lead to liability. The margin of error admitted as a result of the Business Judgment Rule depends on whether the board of directors has solely ensured the interests of the company and whether the board has made the decision on a justifiable basis.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	3
1.1 Problemformulering og afgrænsning	3
1.2 Metode	4
1.3 Kilder	4
2. Grundlæggende erstatningsret	7
2.1 Erstatningsrettens formål	7
2.2 Erstatning i og uden for kontrakt	7
2.3 Grundlæggende betingelser	8
2.3.1 Ansvarsgrundlag	9
2.3.2 Tab	11
2.3.3 Årsagsforbindelse	13
2.3.4 Påregnelighed	14
2.4 Flere erstatningsansvarlige	14
2.5 Lempelse af erstatningsansvar	15
2.6 Skadelidtes egen skyld	16
3. Regler om kapitalsselskabers ledelse	17
3.1 Grundlæggende om kapitalsselskaber	17
3.1.1 Stiftelse af kapitalsselskaber	18
3.1.2 Generalforsamlingen	18
3.2 Selskabets ledelse	19
3.2.1 Valgbarhed	20
3.2.2 Valg af ledelsesmedlemmer	21
3.2.3 Repræsentations- og tegningsret	21
3.2.4 Udtrædelse	22
3.3 Selskabsinteressen	22
3.4 Bestyrelsens pligter	23
3.4.1 Bestyrelsens konkrete tilsynspligter	24
3.4.2 Beslutningsdygtighed	27
3.5 Direktionens pligter	27
3.6 Kapitalsselskabers konkurs	28
4. Bestyrelsesansvaret	30
4.1 Hjemmel i selskabsloven og sammenhæng med erstatningsretten	30
4.1.1 Ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer	31
4.1.2 Professionelle bestyrelsesmedlemmer	32
4.1.3 Roller i bestyrelsen	33
4.2 Det forretningsmæssige skøn	36

4.3	Ansvarssituationer	39
4.3.1	Overordnet strategisk ledelse	40
4.3.2	Forsvarlig organisation	42
4.3.3	Tilsyn med direktionen	44
4.3.4	Tilsyn med selskabets finansielle forhold	47
4.3.5	Tilsyn med forsvarligt kapitalberedskab	50
4.3.5.1	Tilpasning og indstilling af drift	51
4.3.5.2	Håbløshedstidspunktet	53
4.3.5.3	Insolvenstidspunktets betydning	57
4.4	Særligt om tab	58
4.4.1	Særligt om egen skyld	61
4.4.2	Konkursboet eller kreditors tab	61
4.4.3	Konkursboet eller kapitalejers tab	64
4.5	Særligt om årsagsforbindelse og påregnelighed	65
4.6	Særligt om lempelse	67
4.7	Særligt om indbyrdes fordeling	69
4.8	Forældelse	71
5.	Konklusion	74
6.	Litteraturliste	78
Bilag	

1. Indledning

Når et kapitalselskab går konkurs, resulterer dette ofte i store tab for både kapitalejere og kreditorer. Interessenterne i konkursramte selskaber vil have interesse i at mindske det tab, der er lidt ved konkursen. Af denne årsag er der ført en række erstatningssager mod den bestyrelse, der havde til opgave at varetage den overordnede strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation. Spørgsmålet om bestyrelsesansvar er ikke nyt, men har i de senere år været højaktuelt og en række nyere afgørelser er afsagt vedrørende bestyrelsesmedlemmernes personlige ansvar for at medvirke til at drive et selskab i konkurs.

Fastlæggelse af rækkevidden for bestyrelsesmedlemmers personlige ansvar er overordnet en afvejning af flere hensyn. De interessenter, der har lidt store tab i forbindelse med driften af det nu konkursramte selskab, vil have en væsentlig interesse i at kunne rette erstatningskrav mod de ansvarlige. Det danske samfund og erhvervsliv har en væsentlig interesse i, at kompetente og veluddannede ledere har lyst til at påtage sig bestyrelsesposter, så der kan skabes økonomisk vækst. Dertil kommer, at det enkelte bestyrelsesmedlem har en interesse i, at dennes personlige formue ikke belastes af store erstatningskrav som følge af indvalg i en bestyrelse.

Spørgsmålet om bestyrelsesansvar er et juridisk emne, der rammer ind i flere forskellige retsområder. Først og fremmest vil den almindelige erstatningsret være væsentligt. Dette gælder særligt spørgsmål om ansvarsgrundlag, tabsopgørelse samt reglerne om indbyrdes fordeling og lempelse. Dertil kommer de regler, der gælder for kapitalselskaber efter selskabsloven, herunder reglerne om bestyrelsens pligter i lovens § 115. Ligeledes vil spørgsmålet være forbundet med visse konkursretlige problemstillinger. Afhandlingen vil indledningsvist undersøge, hvilke almindelige erstatningsretlige principper, der gælder for krav mod skadevolder samt hvilke pligter, bestyrelsen må varetage efter selskabsloven. Denne undersøgelse anvendes til at afdække grænserne for det personlige bestyrelsesansvar, når et kapitalselskab drives mod konkurs.

1.1 Problemformulering og afgrænsning

Med afsæt i ovenstående betragtninger er formålet med denne afhandling at besvare problemformuleringen:

I hvilket omfang risikerer bestyrelsesmedlemmer med udgangspunkt i selskabslovens § 115 at ifalde et erstatningsansvar efter kapitalselskabets konkurs?

Afhandlingen fokuserer på ansvaret for bestyrelsesmedlemmer i kapitalselskaber, hvorfor direktions og tilsynsrådets ansvar er udeladt. Der fokuseres på selskabslovens § 115, som omhandler bestyrelsens pligter i almindelige kapitalselskaber. Afhandlingens fokus er på det erstatningsansvar, der kan være forbundet med drift af selskaber, hvorfor overvejelser om det strafferetlige ansvar holdes uden for analysen.

1.2 Metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at analysere retstilstanden gennem beskrivelse, fortolkning og systematisering af de relevante retskilder.¹ Den retsdogmatiske metode anvendes ikke til at løse konkrete problemstillinger, men derimod til at systematisere retsreglerne, analysere deres indhold og rækkevidde samt beskrive usikkerhederne. Metoden kan karakteriseres som en analytisk deskriptiv metode, idet der efterstræbes en rent objektiv beskrivelse af retstilstanden.²

1.3 Kilder

Retskilder anvendes til analyse af den gældende retsstilling på et område, herunder hvad der må anses som ret og pligt.³ Retskilderne er traditionelt beskrevet som loven, retspraksis, sædvane og forholdets natur.⁴ Retskilderne kan anvendes i sammenspil, men de vil ikke nødvendigvis alle være relevante på samme tid.⁵ De relevante retsregler til besvarelse af afhandlingens problemformulering er delvist skrevne og delvist uskrevne.

Afhandlingens problemformulering søges særligt belyst ved undersøgelse af selskabslovens regler om bestyrelsens pligter og ansvar. Loven er øverst i retskildehierarkiet og har således forrang over andre retskilder. Loven giver en umiddelbar ret, pligt og status for både fysiske og juridiske personer.⁶ Selskabslovens regler er delvist deklaratoriske og delvist præceptive. Hertil kommer, at nogle

¹ Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 15 og Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 211.

² Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 72 og Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 210.

³ Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, s. 107.

⁴ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 201.

⁵ *Ibid.*, s. 207.

⁶ *Ibid.*, s. 263f.

bestemmelser, herunder selskabslovens § 361, kan karakteriseres som præceptiv for så vidt angår kreditorkrav og aktionærkrav samt deklatorisk for så vidt angår selskabets krav.⁷

Selskabslovens bestemmelser er delvist direktivstyrede, mens andre bestemmelser har et rent dansk ophav. Bestemmelsernes ophav bliver relevante for fortolkning af reglernes indhold.⁸ Denne afhandling tager sit udgangspunkt i de danske bestemmelser, hvorfor den direktivkonforme fortolkning ikke får nævneværdig betydning for denne afhandling. Fortolkning af selskabslovens rent danske bestemmelser tager udgangspunkt i bestemmelsernes ordlyd og hvad man ved almindelig sproglig forståelse må udlede heraf. Supplerende anvendes lovmotiverne til forståelse af bevæggrundene bag lovgivningen. Særligt anvendes Betænkning om Modernisering af selskabsretten fra 2008.⁹

Udover de ansvarsnormer, der følger af selskabsloven, findes også "Anbefalinger for god Selskabsledelse", som er udarbejdet af Komitéen for god Selskabsledelse. Anbefalinger er modsat selskabslovens regler ikke retligt bindende, men kan anses for god skik-regler.¹⁰ Anbefalingerne er henvendt til selskaber, der er noteret på et reguleret marked, men kan udgøre et fortolkningsbidrag til at fastslå, hvad der kan anses for en korrekt handlemåde. Reglerne om god selskabsledelse stiller højere krav til bestyrelsen end selskabsloven og beskriver, hvordan en "god ledelse" agerer.¹¹ Anbefalingerne er ikke inddraget yderligere i denne afhandling, idet de ikke belyser den nedre grænse for, hvornår bestyrelsen må anses for at have handlet ansvarspådragende.

Selskabslovens bestemmelser om ansvar og erstatning bygger på almindelig ulovreguleret erstatningsret med visse modifikationer. Erstatningsretten og selskabsretten kan således ikke holdes adskilt, når man foretager en analyse af erstatningsansvaret i selskabsforhold.¹² Erstatningsretten er i det væsentligste ulovregulerede og bygger på retssædvaner og retsprincipper, der er udviklet i retspraksis. Dette ændrer dog ikke ved, at erstatningsretten indeholder rettigheder og forpligtelser, der kan være akkurat så byrdefulde eller værdiskabende som ved lovreguleret ret. Idet der ikke findes en beskrivelse af erstatningsbetingelsernes indhold i lovgivningen, må fortolkning af indholdet bero på

⁷ Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 207.

⁸ Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, s. 116f.

⁹ *Ibid.*, s. 118.

¹⁰ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 35.

¹¹ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 205f. og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 548.

¹² Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 548 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 689 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 67f.

en analyse af retspraksis.¹³ Enkelte erstatningsretlige principper er dog kodificeret i erstatningsansvarsloven.¹⁴ Disse anvendes løbende og analyseres ud fra samme betragtninger som ovenstående om selskabsloven.

Retspraksis er et væsentligt bidrag til fortolkning af både de skrevne og uskrevne retsregler. Afgørelser fra domstolene har en betydelig retskildeværdi både som resultat af enkelte væsentlige sager eller som resultat af det mønster, som dommene tegner i deres flerhed.¹⁵ Baggrunden herfor er en lighedsideologi; alle borgere skal kunne forudse deres retsstilling og forvente det samme resultat under de samme relevante omstændigheder.¹⁶ En doms præjudikatsværdi vil afhænge af, om sagens tvistpunkt er faktum (en bevisvurdering) eller jus (et fortolkningsspørgsmål) samt hvilken retsinstans, der har afsagt dommen.¹⁷ Dertil kommer, at dommenes præjudikatsværdi kan være begrænset af princippet om forhandlingsmaksimen. Parterne sætter gennem deres påstande og anbringender en grænse for, hvad domstolene kan tage stilling til.¹⁸ I afhandlingen anvendes både nyere og ældre afgørelser. Ved anvendelse af ældre afgørelser, må der tages stilling til ændringer i retsreglerne. Idet der ikke er sket en egentlig realitetsændring af reglerne om bestyrelsens pligter i selskabsloven, kan afgørelser afsagt før modernisering af selskabsloven fortsat anvendes til at belyse retsstillingen.¹⁹ Det er endnu uklart, hvilken betydning dissens får for dommes præjudikatsværdi.²⁰

I denne afhandling anvendes i høj grad juridisk litteratur som bidrag til analysen. Den juridiske litteratur opfattes i almindelighed ikke som en retskilde.²¹ Litteraturen præsenterer dog resultaterne af det metodiske arbejde, som andre har foretaget, hvorfor værkerne kan bruges til at underbygge de retlige argumenter, som fremlægges i denne afhandling.²² Med henblik på at sikre en objektiv analyse anvendes en række værker af forskellige forfattere.

¹³ Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, s. 137ff.

¹⁴ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 41.

¹⁵ Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, s. 159 og Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 341

¹⁶ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 332.

¹⁷ *Ibid.*, s. 341.

¹⁸ *Ibid.*, s. 335.

¹⁹ Betænkning nr. 1498/2008, s. 894f.

²⁰ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 344f.

²¹ Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, s. 170 og Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 397

²² Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 398.

2. Grundlæggende erstatningsret

Hensigten med dette afsnit er at belyse erstatningsrettens formål og indhold, herunder hvilke grundlæggende betingelser der må være opfyldt, førend et tab kan overføres fra skadelidte til skadevolder.

2.1 Erstatningsrettens formål

Erstatningsret er en samlebetegnelse for de retsregler, der gælder vedrørende fastlæggelse af ansvar for en indtrådt skade. Retsreglerne behandler betingelserne for, hvornår en person kan tilpligtes at betale erstatning og hvordan denne erstatning skal udmåles. Gennem anvendelse af erstatningsretten kan der således stiftes et krav fra skadelidte mod skadevolder. Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at tab som følge af skade forbliver på den, som har lidt skaden. Den skadelidte har ikke krav på erstatning allerede som følge af skadens indtræden, men alene ved opfyldelse af de erstatningsretlige betingelser. Det er ej heller tilstrækkeligt, at en anden person kan siges at have forvoldt skaden, hvis der ikke er en rimelig grund til at pålægge denne at erstatte skaden.²³

Det erstatningsretlige regelsæt tjener flere formål. Reglerne har en tryghedsskabende funktion ved at sikre, at den skadelidte opnår økonomisk genrejsning for et økonomisk tab. Dertil kommer, at erstatningsreglerne har en præventiv funktion ved, at enhver som potentiel skadevolder motiveres til at handle med en vis forsigtighed, således denne ikke pålægges at genrejse en fremtidig skadelidte økonomisk.²⁴

2.2 Erstatning i og uden for kontrakt

Erstatningskrav kan både opstå i kontrakt og uden for kontrakt. Kontraktansvaret og deliktansvaret har som udgangspunkt to forskellige anvendelsesområder. Kontraktansvaret regulerer ansvaret i frivilligt påtagne relationer, mens deliktansvaret regulerer ansvar over for en tilfældig tredjemand.²⁵ Begge erstatningsretlige regelsæt har til formål at fordele økonomiske tab, som følger af usædvanlige eller utilsigtet begivenhedsforløb mellem de involverede parter.²⁶ Regelsættene har også nævneværdige ligheder, heriblandt at culpereglen som udgangspunkt finder anvendelse i begge tilfælde.²⁷

²³ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 21f.

²⁴ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 12 og Ussing, Henry: *Erstatningsret*, s. 9f. samt Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 48f.

²⁵ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 17f.

²⁶ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret* s. 26.

²⁷ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 16.

Der findes et overlap mellem regelsættene, hvorfor afgrænsningen kan være vanskelig. I litteraturen er der ikke enighed om, hvorledes bestyrelsesansvaret skal subumeres. En række juridiske forfattere tilslutter sig det synspunkt, at ansvaret over for selskabet og kapitalejerne beror på de kontraktuelle forpligtelser samt selskabslovens regler.²⁸ Modsat anfører andre forfattere, at ansvaret må karakteriseres som et deliktansvar, idet bestyrelsesansvaret grundlæggende hviler på retsregler, retspraksis og andre udefra givne standarder og ikke på en kontrakt.²⁹ Der er enighed om, at bestyrelsens ansvar overfor tredjemand hviler på deliktreglerne.³⁰

Det er relevant at kvalificere, hvilket regelsæt et givent forhold falder ind under, da der findes forskelle, som kan have betydning for erstatningsspørgsmålet. I de tilfælde, hvor både reglerne om erstatning i og uden for kontrakt er anvendelige, vil det almindelige udgangspunkt være, at skadelidte kan gøre brug af det regelsæt, som er mest fordelagtigt for vedkommende. Dette betegnes konkurrencelæren.³¹

I kontraktforhold vil parterne have mulighed for at forhandle, hvordan den økonomiske risiko skal fordeles mellem parterne. Dette vil navnlig komme til udtryk ved, at parterne indgår ansvarsfraskrivelser, ansvarsbegrænsninger eller på anden vis aftaler, hvilke misligholdelsesbeføjelser den skadelidte part kan gøre brug af. Uden for kontraktforhold vil forholdene derimod altid være uforudsete og pålæggelse af erstatningsansvar vil være den eneste mulighed for fordeling af økonomiske risici. Denne forskel i parternes forhandlingsgrundlag forinden skaden indtræder afspejles blandt andet i reglerne om erstatningsudmåling og vurdering af ansvaret.³²

2.3 Grundlæggende betingelser

Der gælder fire grundlæggende betingelser for, hvornår en skadevolder kan ifalde ansvar. Skadevolder skal have handlet på en sådan måde, at der foreligger et ansvarsgrundlag, mens skadelidte skal være påført en skade som har medført, at der er lidt et tab. Samtidigt skal der være årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og skaden. Som sidste betingelse, skal skaden kunne anses for påregnelig for skadevolderen. Betingelserne er kumulative, således alle fire betingelser skal

²⁸ Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 180 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 680 samt Ørgaard, Anders: NTS 2015:2, s. 49.

²⁹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 302ff. og Iversen, Torsten: Forhandlingerne ved det 40. Nordiske Juristmøde, s. 200

³⁰ Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 180 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 680 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 302.

³¹ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 18ff.

³² Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 27f.

være opfyldte, førend tabet kan overføres fra skadelidte til skadevolder. De grundlæggende betingelser gælder både for pålæggelse af erstatningsansvar i og uden for kontraktforhold.³³

Disse betingelser er ikke lovfæstet, men anses i sin helhed som en del af det danske retssystem. Dette indebærer, at en skadevolder kan ifalde ansvar, selvom der ikke findes en konkret lovhjemmel hertil, såfremt de fire grundlæggende betingelser for erstatningsansvar er opfyldt. Selvom det som udgangspunkt er overflødigt at angive i lovtæst, at overtrædelse af loven kan medføre erstatning efter de almindelige erstatningsregler, findes der bestemmelser med netop denne ordlyd i visse love, herunder selskabsloven, mens bestemmelserne er udeladt fra andre. Dette ændrer dog ikke på retsstillingen, idet de almindelige erstatningsretlige regler er en del af dansk ret og finder anvendelse på tværs af retsområderne. Dog fremgår en strengere ansvarsnorm samt adfærdsregulerende regler af visse love, hvilket gør lovgivningen væsentlig for erstatningsretten på disse områder. Det nærmere indhold af reglerne skabes gennem retspraksis, hvor domstolene fortolker og præciserer indholdet og rækkevidden af reglerne.³⁴

2.3.1 Ansvarsgrundlag

Det er hovedreglen i det danske retssystem, at en skadevolder kun kan ifalde erstatningsansvar, hvis denne har handlet culpøst.³⁵ Culpareglen kan beskrives ved, at der indtræder ansvar for en skade, hvis denne er forvoldt ved en uagtsom eller forsætlig handling eller undladelse. Den nedre grænse for tilregnelser af ansvar er uagtsomhed. Fastlæggelse af denne grænse mellem uagtsomhed og ikke-uagtsomhed er af samme årsag væsentlig for erstatningsretten. Begrebet uagtsomhed indeholder ikke en beskrivelse af, hvordan denne grænse drages og hvilke hensyn, der skal medtages i en uagtsomhedsvurdering.³⁶

Afgørende for culpabedømmelsen bliver, om handlingen eller undladelsen afviger fra et på tidspunktet almindeligt anerkendt handlingsmønster: hvordan vil en almindelig person i samme situation og med samme kendskab til omstændighederne have ageret? Culpabedømmelsen er i høj grad objektiviseret, idet der ikke er tale om en vurdering af skadevolders psykiske beredskab, men derimod en

³³ Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 28ff. og Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, s. 208f.

³⁴ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 18f. og Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 40f.

³⁵ Henry: *Erstatningsret*, s. 2, 8 og Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 89.

³⁶ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 71, 92 og Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 74.

vurdering af dennes handlinger og undladelser.³⁷ Ved fastlæggelse af, hvad der må anses for værende et almindeligt anerkendt handlingsmønster i skadesøjeblikket, inddrages først og fremmest omstændighederne omkring skadens indtræden, herunder overvejelser omkring den konkrete handlingens farlighed, skadeevne og mulighederne for at undgå skader, som den indtrådte. Disse faktorer vil i visse tilfælde have udmøntet sig i konkrete lovforskrifter.³⁸

Overtrædelse af forskrifter vil tillægges betydning ved vurdering af, om skadevolderen har handlet uagtsomt. Forskrifter i love og bekendtgørelser angiver normerne for korrekt adfærd og udgør derfor et væsentligt fortolkningsbidrag ved fastlæggelse af uagtsom adfærd.³⁹ Det vil dog ikke være enhver overtrædelse af offentlige forskrifter, der leder til, at handlingen må betragtes som uagtsom. Dette vil for eksempel ikke være tilfældet for forskrifter, hvis formål ikke er at forhindre skade som den hændte eller hvor selve lovovertrædelsen ingen betydning har fået for skadens indtræden.⁴⁰ Omvendt vil det danne en formodning for, at skadevolder ikke har handlet uagtsomt, såfremt skadevolder har overholdt alle forskrifter på området. Visse forskrifter efterlader plads til fortolkning. I disse tilfælde vil det være op til domstolene at vurdere, om den konkrete handling eller undladelse må anses for omfattet af forskriften. Denne vurdering kan ligeledes karakteriseres som en objektiviseret helhedsbedømmelse.⁴¹

På visse områder er der indført andre ansvarsnormer end den almindelige culpabedømmelse. Disse ansvarsnormer kan både være varieret som følge af lov og som følge af retspraksis.⁴²

Professionsansvar angår ansvar efter en differentieret culpamålestok. Denne professionsmålestok gælder ved udøvelse af håndværksmæssige fag samt for visse liberale erhverv, herunder de klassiske aktører som advokater, ejendomsmæglere og revisorer. Ved culpabedømmelsen inddrages de særlige kvalifikationer, som kan forventes af en professionel aktør, herunder om der er handlet i overensstemmelse med branchens normer og generelt ud fra aktørens faglige forudsætninger. Sammen målestok for ansvar må anvendes i den situation, hvor en aktør uden

³⁷ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 50 og Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 96.

³⁸ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 118f.

³⁹ *Ibid.*, s. 96ff., 120.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 100ff.

⁴¹ *Ibid.*, s. 105, 118ff.

⁴² *Ibid.*, s. 125ff.

særligt kendskab til branchen alligevel vælger at levere en ydelse, som kræver et særligt kendskab eller særlige faglige forudsætninger.⁴³

Præsumptionsansvar er udtryk for en skærpet ansvarsnorm, idet det pålægges skadevolder at bevise, at vedkommende ikke har handlet ansvarspådragende. Præsumptionsansvar kan både være pålagt ved lov og af domstolene i konkrete sager.⁴⁴ Ansvarsnormen har flere gange været anvendt i relation til professionsansvaret, hvor den professionelle er blevet pålagt at løfte bevisbyrden for, at denne ikke har handlet ansvarspådragende.⁴⁵ Præsumptionsansvaret anvendes ikke alene vedrørende ansvarsgrundlaget, men også vedrørende bevisbyrden for de andre erstatningsbetingelser.⁴⁶

Objektivt ansvar udgør den mest vidtgående form for ansvarsgrundlag. Ved objektivt ansvar forstås, at man som skadevolder pålægges ansvar for skader, som ikke er forårsaget ved forsæt eller uagtsomhed. Man pålægges således ansvar for hændelige skader, uden at have udvist en culpøs handling eller undladelse.⁴⁷ Det objektive ansvar kan enten pålægges efter lov eller efter det i retspraksis udviklede objektive ansvar.⁴⁸

Ansvarsvurderingen foretages med udgangspunkt i culpareglen, således skadevolder kan blive erstatningsansvarlig, hvor denne har handlet med simpel uagtsomhed, grov uagtsomhed eller forsæt, medmindre forholdet er begået inden for et retsområde med et andet ansvarsgrundlag.

2.3.2 Tab

Det er en betingelse for, at skadelidte kan rette erstatningskrav mod skadevolder, at denne har lidt et økonomisk tab. Det er grundprincippet for erstatningsudmålingen, at skadelidte skal stilles økonomisk som forinden skaden var sket. Dette grundprincip rummer den regel, at skadelidte ikke har krav på berigelse som følge af skadens indtræden og ikke kan søge samme tab dækket af flere omgange.

⁴³ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 25ff. og Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 125f. samt Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 93.

⁴⁴ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 137 og Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 91.

⁴⁵ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 40.

⁴⁶ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 104.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 24.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 89.

Der findes ikke krav om fysisk genoprettelse, hvorfor den skadelidte kan disponere over erstatningsbeløbet, som denne ønsker.⁴⁹

Tabsvurderingen foretages ved, at man fastlægger et hypotetisk hændelsesforløb uden den skadevoldende handling. Dette anvendes til vurderingen af, hvordan skadelidte ville være stillet økonomisk, hvis skaden ikke var indtrådt. Herefter sammenholdes skadelidtes økonomiske position i henhold til det faktiske hændelsesforløb med dennes position efter det hypotetiske hændelsesforløb. Denne metode til fastlæggelse af skadelidtes tab kaldes differencemetoden, idet tabet opgøres som differencen mellem de to hændelsesforløb.⁵⁰

Særligt relevant for denne afhandling er tabsopgørelsen i de tilfælde, hvor der er tale om almindelig formueskade som følge af utilstrækkelig ledelse. Formueskader udgør en ren økonomisk skade, herunder driftstab eller andet afsavnstab, som indtræder, uden at nogen samtidig lider person- eller tingskade. Tabet følger således af påvirkninger, som normalt ikke har en fysisk skadeevne. Erstatningsudmålingen sker efter de grundlæggende principper, herunder princippet om fuld erstatning og ikkeberigelse.⁵¹

Det kan få betydning for erstatningsudmålingen, om ansvaret pådrages i eller uden for kontrakt. I kontraktforhold kan skadelidte få erstatning efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. Positiv opfyldelsesinteresse omfatter, at skadelidte økonomisk skal stilles, som var kontrakten korrekt opfyldt. Skadelidte kan ved denne udmåling, modsat ved negativ kontraktsinteresse, få erstattet den tabte fortjeneste. Dertil kommer, at der kan foreligge relevant regulering i kontrakten om beløbsmæssige begrænsninger eller lignende.⁵² Med negativ kontraktsinteresse forstås, at skadelidte skal stilles økonomisk, som var aftalen aldrig blevet indgået og skaden derfor ikke var indtrådt.⁵³

I de situationer, hvor der ingen gyldig aftale foreligger mellem parterne, er ansvaret reguleret af deliktreglerne. Ved erstatning uden for kontrakt bliver skadelidte dækket efter princippet om negativ

⁴⁹ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 2.

⁵⁰ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 278 og Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 361ff.

⁵¹ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 29 og Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, s. 214 samt Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, s. 19, 26.

⁵² Ørgaard, Anders: *NTS 2015:2*, s. 49 og Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, s. 225, 270.

⁵³ Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, s. 307f.

kontraktsinteresse, hvorfor skadelidte skal stilles som forinden skadens indtræden.⁵⁴ Det får betydning for erstatningsudmålingen, om forholdet behandles efter reglerne om erstatning i eller uden for kontrakt, da kontraktuel regulering samt princippet om positiv opfyldelsesinteresse, herunder muligheden for at få tabt fortjeneste erstattet, kun er aktuel ved erstatning inden for kontrakt. Skadelidte kan dog i begge tilfælde blive erstattet efter negativ kontraktsinteresse.

Skadelidte skal løfte bevisbyrden for tabets størrelse. Det kan give anledning til vanskeligheder at fremlægge relevant dokumentation for tabets størrelse med henblik på at løfte bevisbyrden. Domstolene bliver således til en vis udstrækning nødt til at acceptere skadelidtes sandsynliggørelse af tabets størrelse og fastsætte erstatningen skønsmæssigt herefter.⁵⁵

Skadelidte har tabsbegrænsningspligt. Denne pligt indebærer, at skadelidte efter skadens indtræden skal formindske sit tab i det omfang det er muligt.⁵⁶ Generelt må det forventes, at skadelidte træffer de foranstaltninger der må anses for hensigtsmæssige i den pågældende situation indtil den grænse, hvor foranstaltningerne påfører skadelidte en ikke uvæsentlig ulempe.⁵⁷ Retsvirkningerne af tilside-sættelse af tabsbegrænsningspligten vil typisk være bortfald af erstatningskravet fra det tidspunkt, hvor pligten indtræder.⁵⁸

2.3.3 Årsagsforbindelse

En af de grundlæggende erstatningsretlige betingelser er, at der skal være årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende adfærd og skaden. Den ansvarspådragende adfærd skal således være årsagen til skaden samt det heraf afledte tab.⁵⁹

Vurderingen af, om der foreligger årsagsforbindelse afgøres på baggrund af en undersøgelse af, om den konkrete skade ville være indtrådt, hvis det ansvarspådragende forhold ikke havde foreligget. Vurderingen kan blive besværliggjort i de situationer, hvor flere ansvarspådragende forhold kan være årsag til samme skade. I denne situation kan det være relevant at overveje, om forholdet er en tilstrækkelig eller nødvendig betingelse for skadens indtræden. I det tilfælde, hvor det ansvarspå-

⁵⁴ Ibid., s. 312.

⁵⁵ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 95.

⁵⁶ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 361.

⁵⁷ Steenstrup, Anne Sofie Resen: *Skadelidtes medvirken*, s. 59.

⁵⁸ Ibid., s. 58f.

⁵⁹ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 25, 313.

dragende forhold har været tilstrækkeligt, men ikke nødvendig, er der tale om en årsagskonkurrence. Derimod vil der, hvis forholdet er nødvendigt, men ikke tilstrækkeligt, foreligge udfordringer med betingelsen om påregnelighed.⁶⁰

I de tilfælde, hvor skadevolder har handlet forsætligt, med grov uagtsomhed eller i strid med lovfor- skrifter, har domstolene udvist tilbøjelighed til at vende bevisbyrden vedrørende årsagsforbindelse.⁶¹

2.3.4 Påregnelighed

Den sidste betingelse for at pålægge erstatningsansvar er påregnelighed. Vurderingen af påregnelig- heden omhandler, hvorvidt det var eller burde være påregneligt for skadevolderen, at den ansvarspå- dragende handling ville medføre den pågældende skade.⁶² Før et hændelsesforløb kan anses for på- regneligt, skal forløbet være påvirket af den ansvarspådragende handling på en sådan måde, at der af skadevolderen er sket en farefremkaldelse. Hertil er det et krav, at farefremkaldelsen er sket for den faktisk indtrufne skade og ikke blot for en hvilken som helst skade. Hvis skadevolder har fremkaldt fare for indtrædelse af en række skadesformer og den faktisk indtrufne skade må anses for at være omfattet, vil det betragtes som påregneligt for skadevolder, at skaden indtræder. Hvis den faktisk indtrufne skade derimod ligger uden for gruppen af påregnelige skadesformer, vil skadevolder ikke kunne holdes erstatningsansvarlig grundet manglende påregnelighed.⁶³

2.4 Flere erstatningsansvarlige

I visse tilfælde vil flere personer kunne holdes ansvarlig for én og samme skade. Såfremt flere perso- ner har forårsaget en skade, er det grundprincippet, at de holdes *solidarisk ansvarlige*. Det solidariske ansvar gælder både, hvor skadevolderne er ansvarlige på baggrund af culpa eller objektivt ansvar, såvel som ved en blanding heraf.⁶⁴

Efter skadelidte har fået udbetalt erstatning opstår spørgsmålet om, hvorledes erstatningsbyrden skal fordeles mellem skadevolderne. Den generelle regel om fordeling af erstatningsbyrden findes i er- statningsansvarslovens § 25, stk. 1, hvorefter den indbyrdes fordeling foretages efter, hvad der under

⁶⁰ Ibid., s. 317ff.

⁶¹ Ibid., s. 104.

⁶² Ussing, Henry: *Erstatningsret*, s. 142.

⁶³ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 328f.

⁶⁴ Ibid., s. 490f.

hensyn til ansvarets beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt må anses for rimeligt. Domstolene er tildelt en vid margin til fordeling af erstatningsbyrden og kan blandt andet lægge vægt på sociale hensyn, handlingens farlighed, risikosynspunkter, interesse i handlingens gennemførelse mv.⁶⁵

Såfremt én eller flere erstatningsansvarlige har tegnet ansvarsforsikring skal den ikke-forsikret skadevolder holdes fri for at tage del i erstatningsbyrden, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, 1. pkt. Denne regel om bortfald af regresansvar finder ikke anvendelse, hvor en skadevolder har handlet med forsæt eller grov uagtsomhed eller som led i erhvervsmæssig eller offentlig virksomhed, jf. erstatningsansvarslovens §§ 25, stk. 2, 2. pkt. og 19, stk. 2. Det følger dog af bestemmelsens ordlyd, at domstolene kan dog fortsat inddrage ansvarsforsikringer efter omstændighederne.⁶⁶

2.5 Lempelse af erstatningsansvar

Det følger af erstatningsansvarsloven, at erstatningsansvar kan nedsættes eller bortfalde, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende for den ansvarlige, eller når ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt, jf. erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1, 1. pkt. Ved afgørelsen skal der tages hensyn til skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, skadevolderens forhold, skadelidtes interesse, foreliggende forsikringer samt omstændighederne i øvrigt, jf. erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1, 2. pkt.

Lempelse kan enten begrundes ved, at ansvaret vil være urimeligt tyngende, eller hvis andre omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt, jf. erstatningsansvarslovens § 24. I de tilfælde, hvor det vil virke urimeligt tyngende at pålægge fuld erstatning, vil rimelighedsvurderingen primært tage udgangspunkt i skadevolderens økonomiske forhold. Det vil kun være rent undtagelsesvist, at skadevolderens ansvar nedsættes med henvisning til, at andre særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt, selvom skadevolder har økonomisk grundlag for at imødekomme erstatningskravet, herunder skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, skadelidtes interesse, foreliggende forsikringer samt omstændighederne i øvrigt.⁶⁷

⁶⁵ Ibid., s. 492ff.

⁶⁶ Ibid., s. 498.

⁶⁷ Ibid., s. 522, 527.

2.6 Skadelidtes egen skyld

Såfremt skadelidte medvirker til en skades indtræden, kan vedkommende miste retten til fuld erstatning. Reglerne om skadelidtes egen skyld er hovedsageligt relevant i de tilfælde, hvor den skadelidte har handlet culpøst. Såfremt det statueres, at skadelidte har udvist egen skyld, vil skadevolders ansvar nedsættes tilsvarende med den del, som overflyttes til skadelidte.⁶⁸

Nedsættelse af erstatningsansvaret på baggrund af betragtninger om skadelidtes egen skyld er begrundet ved, at det ikke må bero på tilfældigheder, hvem der er økonomisk ansvarlig for den uagtsomme handling, der ligger bag skaden. Vurderingen af skadelidtes egen skyld volder dog særligt udfordringer i de tilfælde, hvor skaden delvis skyldes, at skadelidte har forholdt sig passivt, men hvor skadelidte næppe vil ifalde ansvar, hvis skaden havde ramt tredjemand. Her adskiller vurderingen af skadelidtes culpa sig fra vurderingen af skadevolders culpa, idet man antager at skadelidte allerede ved at udsætte sig selv for skade og derigennem forhøje skadevolders risiko for påføring af skade, har medvirket til skadens indtræden. Modsat ville samme part næppe ifalde ansvar for tilsvarende skade på tredjemand.⁶⁹

Vurderingen af skadelidtes egen skyld vil typisk ses i relation til skadevolders uagtsomhed, såfremt forholdene er sammenlignelige og vurderingen kan derfor beskrives som relativ. Såfremt skadelidte har handlet forsætligt, og skadevolder har handlet uagtsomt, vil resultatet typisk blive, at skadelidte mister adgang til erstatning ud fra betragtninger om egen skyld. Såfremt begge parter har handlet uagtsomt, vil man fordele skylden mellem parterne ud fra en konkret vurdering af blandt andet handlingernes farlighed og skadeevne samt parternes mulighed for at afværge skadens indtræden.⁷⁰

⁶⁸ Ibid., s. 470ff.

⁶⁹ Ibid., s. 472f.

⁷⁰ Steenstrup, Anne Sofie Resen: Skadelidtes medvirken, s. 37f. og Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 475.

3. Regler om kapitalselskabers ledelse

Hensigten med dette afsnit er at belyse de grundlæggende principper inden for selskabsretten. Hertil kommer gennemgang af de relevante bestemmelser for bestyrelsens ledelse af selskaber. Afslutningsvis beskrives betydningen af, at selskabet begæres konkurs.

3.1 Grundlæggende om kapitalselskaber

Selskabsloven finder alene anvendelse for kapitalselskaber, jf. selskabslovens § 1, stk. 1. Kapitalselskab er en samlebetegnelse for de selskabsformer, der er reguleret i selskabsloven, herunder aktieselskaber og anpartsselskaber. Opdelingen af selskaberne er relevant, idet der gælder forskellige lovregler for selskabsformerne.⁷¹ Kapitalselskaber er juridiske personer, hvilket indebærer, at selskabets formue må holdes adskilt fra kapitalejerne samt at selskabet har rets-, handle-, parts- og procesevne. Det er muligt at indgå i kontraktforhold med selskabet, ligesom selskabet kan føre sager ved domstolene eller indgå som part i offentlige forvaltningssager.⁷²

Ingen af ejerne i et kapitalselskab hæfter personligt og ubegrænset for selskabets forpligtelser, jf. selskabslovens § 1, stk. 2.⁷³ Kapitalejerne er principielt fri for ethvert ansvar for selskabets forpligtelser fra det tidspunkt, hvor vedkommende har indskudt kapital.⁷⁴ Idet ejerne ikke hæfter for selskabets forpligtelser, er det nødvendigt at opstille kapital- og gennemsigtighedskrav i lovgivningen, eftersom tredjeparter handler med selskabet i tillid til, at selskabet har en vis formue.⁷⁵ Kapitalselskabsretten er domineret af en målsætning om, at beskytte selskabets ejerkreds samt selskabets kreditorer og reglerne i selskabsloven er udviklet med henblik på netop at forhindre misbrug af selskabsformen.⁷⁶

Ejerkredsen har primært interesse i økonomisk vækst samt indflydelse på beslutninger og indsigt i selskabets forhold. Samtidig har potentielt nye ejere særligt interesse i, at de ikke risikerer at investere i et selskab på et ikke-oplyst grundlag.⁷⁷

⁷¹ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 20. og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 28.

⁷² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 23.

⁷³ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 22.

⁷⁴ Betænkning nr. 540/1969, s. 100.

⁷⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 28f. og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 24.

⁷⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 61.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 62.

Kreditorer har primært interesse i at have sikkerhed for, at selskabet kan indfri sine forpligtelser. Kreditors interesse hænger sammen med den begrænset hæftelse for ejerkredsen, der findes for kapital-selskaberne og den kreditrisiko, som kreditor påtager sig ved alene at kunne søge sig fyldestgjort i selskabets formue. En betydelig del af reglerne i selskabsloven har til formål at give kreditorerne den bedste mulighed for at beregne hvilken kreditrisiko, der er forbundet med at indgå aftaler med selskabet og sikre, at selskabet ikke kan tømmes for værdi uden sikring af kreditorernes rettigheder.⁷⁸

3.1.1 Stiftelse af kapital-selskaber

I Danmark står det frit for enhver at stifte et kapital-selskab.⁷⁹ Stifterne kan enten være myndige personer eller andre registrerede selskaber, jf. selskabslovens § 24, stk. 3 og 4. I selskabsloven findes en lang række regler om stiftelsesdokumenter, navn, registrering hos Erhvervsstyrelsen, indbetaling af selskabskapital mv. i forbindelse med oprettelse af kapital-selskaber, der ikke vil blive behandlet yderligere i denne afhandling. Når et selskab stiftes og registreres hos Erhvervsstyrelsen, skal alle betydelige reelle ejere registreres, jf. selskabslovens § 58, stk. 2. Hvis der ikke findes kapitalejere, der ejer mere end 5 pct. af stemmerettigheder eller kapitalandele, skal dette tillige registreres, jf. selskabslovens §§ 55, stk. 1 og 58, stk. 2.

Et selskab skal, førend det kan registreres, have en indskudskapital på henholdsvis 400.000 kr. for aktieselskaber og 40.000 kr. for anpartsselskaber, jf. selskabslovens § 4, stk. 2. Kravene til selskabskapitalen findes for at undgå, at selskaber stiftes uden et vist kapitalgrundlag.⁸⁰

3.1.2 Generalforsamlingen

Kapital-selskaber består af flere selskabsorganer, der varetager forskellige opgaver og besidder kompetence til at træffe forskellige beslutninger. Generalforsamlingen er øverst i hierarkiet for interne ledelsesorganer i kapital-selskaber efterfulgt af ledelsen.⁸¹

Kapitalejernes ret til at træffe beslutninger i selskabet udøves på generalforsamlingen, jf. selskabslovens § 76, stk. 1. Kapitalejerne kan med få undtagelser drøfte og træffe beslutning om ethvert forhold

⁷⁸ Ibid., s. 61.

⁷⁹ Ibid., s. 93.

⁸⁰ Ibid., s. 24.

⁸¹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 480 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapital-selskaber*, s. 353.

på generalforsamlingen.⁸² Visse opgaver og en vis beslutningskompetence er i selskabsloven særligt henlagt til generalforsamlingen, herunder anlæggelse af retssager mod ledelsesmedlemmer, stiftere, revisorer mv., jf. selskabslovens § 364, stk. 1.⁸³ Generalforsamlingen kan ligeledes beslutte ansvarsfrihed for bestyrelsen, for så vidt angår de beslutninger, der er truffet i det forrige regnskabsår, jf. selskabslovens § 364, stk. 2, forudsætningsvis. En kapitalejer må ikke deltage i afstemninger, der vedrører søgsmål mod kapitalejere selv eller om kapitalejerens erstatningsansvar over for selskabet, herunder som bestyrelsesmedlem, jf. selskabslovens § 86.

Selskabet skal én gang årligt afholde ordinær generalforsamling, jf. selskabslovens § 88, stk. 2. Generalforsamlinger indkaldes og tilrettelægges af det centrale ledelsesorgan i overensstemmelse med selskabslovens regler herom og selskabets vedtægter, jf. selskabslovens §§ 93, stk. 1, 95, stk. 1 og 96. Dertil kan enhver kapitalejer, der ejer min. 5 pct. af selskabets kapital, forlange, at der afholdes generalforsamling til behandling af et nærmere angivet emne, jf. selskabslovens § 89, stk. 3. Ledelsen skal, når det forlanges af kapitalejerne, svare på spørgsmål om forhold, som er af betydning for bedømmelse af årsrapporten, bedømmelse af andre beslutninger eller selskabets stilling i øvrigt, jf. selskabslovens § 102, stk. 1.

Generalforsamlingens rolle i driften af selskabet kan variere. I visse selskaber er generalforsamlingen meget aktiv vedrørende kontrol af selskabet. Dette ses typisk i de tilfælde, hvor der er få kapitalejere. I de selskaber, hvor der findes adskillige små kapitalejere, vil det i højere grad være ledelsen, der reelt kontrollerer selskabet. I mindre selskaber vil kapitalejerne oftest være en del af selskabets ledelse og der vil således være personsammenfald. Modsat vil ledelsen i store selskaber oftest bestå af professionelle rådgivere eller virksomhedsledere.⁸⁴

3.2 Selskabets ledelse

Selskabsloven fastsætter en række regler for selskabers ledelse, som er fælles for både aktie- og anpartsselskaber. I loven anvendes terminologien det centrale ledelsesorgan og det øverste ledelsesorgan som samlebetegnelse for ledelsesorganerne. Det afhænger af den valgte ledelsesstruktur, hvilke organer der udgør det centrale og øverste ledelsesorgan.⁸⁵ I selskabsloven defineres bestyrelsen som

⁸² Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 342.

⁸³ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 666ff. og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 639f.

⁸⁴ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 356 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 340.

⁸⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 484f.

både det centrale og det øverste ledelsesorgan i selskaber, som har en bestyrelse og en direktion, jf. selskabslovens § 5, nr. 4, litra a og nr. 5, litra a. Den traditionelle ledelsesstruktur er den, hvor selskabet har en direktion og en bestyrelse.⁸⁶ Afhandlingens hovedfokus er denne ledelsesstruktur.

Bestyrelsen i kapitalselskaber skal varetage den overordnede og strategiske ledelse, hvorimod direktionens opgave bliver at varetage den daglige ledelse, jf. selskabslovens § 111, stk. 1. Det er et krav for bestyrelsens sammensætning i aktieselskaber, at denne mindst skal bestå af tre bestyrelsesmedlemmer, jf. selskabslovens § 111, stk. 2. For aktieselskaber gælder derudover en begrænsning i muligheden for personsammenfald, som medfører, at flertallet af bestyrelsens medlemmer ikke også må være direktører i selskabet, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1, 4. pkt. Derudover må formandsposten i bestyrelsen ikke varetages af en direktør, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1, 5. pkt. Det samme må gælde for næstformandsposten, da denne skal overtage formandsposten i tilfælde af formandens udeblivelse.⁸⁷

I anpartsselskaber kan der som udgangspunkt frit vælges en ledelsesstruktur, hvor direktionen udgør det eneste ledelsesorgan og varetager alle ledelsesmæssige forhold herunder både den daglige, overordnede og strategiske ledelse, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2. Derudover er anpartsselskaberne ikke underlagt de samme begrænsninger for personsammenfald samt krav til antal af medlemmer i bestyrelsen, som gælder for aktieselskaber.⁸⁸

3.2.1 Valgbarhed

Ledelsesmedlemmer i kapitalselskaber skal være myndige og må ikke være under værgemål, jf. selskabslovens § 112, stk. 1. Derudover stiller selskabsloven ikke yderligere kvalifikationskrav. Sådanne yderligere krav kan dog pålægges direktionen eller bestyrelsen gennem selskabets vedtægter eller speciallovgivningen.⁸⁹ Kravet i selskabslovens § 24, stk. 2 om, at stiftere ikke må være under rekonstruktion eller konkurs gør sig ikke gældende for ledelsesmedlemmerne. Hertil kan dog bemærkes, at reglerne om konkurskarantæne medfører, at en person ikke må deltage i den formelle eller faktiske ledelse af et kapitalselskab i op til 3 år efter pålagt konkurskarantæne, jf. konkurslovens § 165.⁹⁰

⁸⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 339, 345 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 354.

⁸⁷ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 486f.

⁸⁸ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 354 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 486f.

⁸⁹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 491 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 350.

⁹⁰ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 371, 402.

Derudover er det et krav, at samtlige registrerede ledelsesmedlemmer faktisk udøver de funktioner som det kræves af et ledelsesmedlem, jf. selskabslovens § 112, stk. 2.

3.2.2 Valg af ledelsesmedlemmer

For aktieselskaber gælder, at flertallet af bestyrelsens medlemmer vælges på generalforsamlingen af selskabets kapitalejere, jf. selskabslovens § 120. Majoritetsejerne vil typisk indstille kandidater til indvalg i bestyrelsen, hvorefter der stemmes mellem kandidaterne ved et relativt simpelt flertalsvalg, jf. selskabslovens § 105, 3. pkt. Derimod gælder en valgfrihed i anpartsselskaber, da der ikke er faste regler for valg af direktionen og bestyrelsen, jf. selskabslovens § 120 modsætningsvist.⁹¹ For selskaber, der de sidste tre år har haft mere end 35 ansatte, gælder det, at medarbejderne er berettiget til at vælge et antal medlemmer til selskabets øverste ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 140, stk. 1. Selskabslovens regler om beføjelser, rettigheder og pligter differentierer ikke mellem, om et bestyrelsesmedlem er valgt af kapitalejerne, medarbejderne eller andre, således alle medlemmer af en bestyrelse har samme retsstilling.⁹²

3.2.3 Repræsentations- og tegningsret

Medlemmer af direktionen og bestyrelse repræsenterer selskabet udadtil, jf. selskabslovens § 135, stk. 1. Ledelsesmedlemmerne kan således møde på vegne af selskabet i retssager, møde til generalforsamling i andre selskaber, hvor selskabet har kapitalandele, begære udlæg mv. Repræsentationsretten kan ikke begrænses i selskabets vedtægter.⁹³

Medlemmer af bestyrelsen og direktionen har udover repræsentationsret også tegningsret. Det følger af selskabslovens § 135, stk. 2, at selskabet forpligtes ved aftaler, som indgås på selskabets vegne af det samlede centrale ledelsesorgan, af et medlem af bestyrelsen eller af en direktør. Tegningsretten kan modificeres i selskabets vedtægter.⁹⁴

⁹¹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 490 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, 372.

⁹² Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 380.

⁹³ Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 805.

⁹⁴ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 642.

3.2.4 Udtrædelse

Bestyrelsens valgperiode fastsættes i selskabets vedtægter og kan efter selskabslovens regler ikke overstige fire år, jf. selskabslovens § 120, stk. 4. Denne bestemmelse gælder alene for aktieselskaber, hvorfor anpartsselskaber frit kan fastsætte valgperioden i vedtægterne.⁹⁵

Et bestyrelsesmedlem kan altid frit vælge at træde ud af bestyrelsen, hvis medlemmet ønsker dette, jf. selskabslovens § 121, stk. 1, 1. pkt. Udtrædelse sker ved meddelelse til generalforsamlingen samt den, som eventuelt har udpeget medlemmet, jf. selskabslovens § 121, stk. 1, 2. pkt. Tidspunktet for meddelelsen til generalforsamlingen får betydning for retsvirkningen af udtrædelsen.⁹⁶ Et bestyrelsesmedlem kan derudover, på et hvilket som helst tidspunkt under sin valgperiode, afsættes af generalforsamlingen eller af den, som har udpeget medlemmet, jf. selskabslovens § 121, stk. 1, 3. pkt. Retten til at udøve sit hverv som bestyrelsesmedlem er så fundamental, at bestyrelsen som udgangspunkt ikke selv har kompetencen til at afsætte et bestyrelsesmedlem. I særlige situationer, hvor et bestyrelsesmedlem har udvist grov tilsidesættelse af sine forpligtelser samt forsøgt at sabotere bestyrelsens generelle arbejde, antages, at bestyrelsen kan suspendere vedkommende.⁹⁷

3.3 Selskabsinteressen

Bestyrelsen er valgt og ansat med henblik på at varetage selskabets interesser. Ledelsen skal således altid varetage selskabets interesse forud for enkeltinteresser. Dette kan beskrives som ledelsens loyalitetspligt. Pligten til at varetage selskabsinteressen indebærer, at bestyrelsen til enhver tid skal handle loyalt over for både selskabet, selskabets kreditorer og kapitalejerne.⁹⁸ Det er desuden anerkendt, at selskabsinteressen også omfatter hensyn til medarbejderne samt visse samfunds- og forbrugerinteresser.⁹⁹ Disse interesser vil i en række tilfælde have sammenfaldende interesser, herunder at der skabes vækst i selskabet og selskabsformuen derigennem forøges. I en række andre situationer, vil interesserne ikke være sammenfaldende og det er her særligt væsentligt, at bestyrelsen iagttager selskabsinteressen i sin helhed. I nødlidende selskaber vil varetagelse af selskabsinteressen foranledige, at bestyrelsen må afvikle selskabet eller indsende konkursbegæring. Afgørende for, om en disposition varetager selskabsinteressen, bliver ikke den faktiske virkning af dispositionen, men dennes

⁹⁵ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 348f.

⁹⁶ *Ibid.*, s. 349.

⁹⁷ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 386.

⁹⁸ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 212f. og Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 22ff. samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 375.

⁹⁹ Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 308 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 213f.

egnethed til at tilsidesætte selskabets interesse. Bestyrelsen skal af samme årsag afvise, at efterkomme en beslutning truffet på generalforsamlingen, hvis bestyrelsen finder, at forholdet strider mod selskabsinteressen.¹⁰⁰

Selskabsloven indeholder forskellige bestemmelser, der er udtryk for ledelsens loyalitetspligt. Dette gælder navnlig selskabslovens § 131 vedrørende bestyrelsens inhabilitet. Reglen opstiller en tilbivelsesnorm for bestyrelsens beslutninger, som må iagttages med henblik på at sikre, at bestyrelsen ikke varetager egne interesser over selskabets. Loyalitetspligten er desuden kodificeret i en række bestemmelser i selskabsloven, herunder i § 127 om forbud mod utilbørlige dispositioner, § 132 om tavshedspligt, § 133 om oplysningspligt mv.¹⁰¹

Forholdet kan give anledning til mange interessekonflikter, idet der i selskabsloven er intet til hinder for, at ledelsesmedlemmerne eller deres selskaber indgår aftale med selskabet. Dertil vil det hyppigt forekomme, at ledelsesmedlemmerne også er kapitalejere i selskabet. Det er væsentligt, at ledelsesmedlemmerne evner at holde forholdene adskilt i forbindelse med deres hverv som ledelsesmedlemmer, idet kapitalejernes indflydelse skal udøves på generalforsamlingen og ikke i ledelsesfunktionen.¹⁰²

3.4 Bestyrelsens pligter

Bestyrelsen er forpligtet til at varetage den overordnede og strategiske ledelse samt sikre en forsvarlig organisation af kapital-selskabets virksomhed, jf. selskabslovens § 115, stk. 1. Der kan således sondres mellem to typer af opgaver efter selskabslovens § 115.

For det første skal bestyrelsen varetage den *overordnede og strategiske ledelse*. Bestyrelsen pligt til at varetage den overordnede ledelse omfatter, at alle beslutninger af større forretningsmæssig betydning træffes af bestyrelsen.¹⁰³ Varetagelse af den strategiske ledelse omfatter, at bestyrelsen skal fastlægge hovedlinjerne for selskabets forretningskoncept, herunder den overordnede firmapolitik og selskabsstrategi. Med udgangspunkt i selskabets potentiale, skal bestyrelsens strategi indeholde en

¹⁰⁰ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 414 og Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 22ff.

¹⁰¹ Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 23 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 375f., 392f. samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 213.

¹⁰² Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 375f og Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 24f.

¹⁰³ Betænkning nr. 1498/2008, s. 298 samt Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466.

fremadrettet vision for selskabet med dertilhørende handleplaner, som skal sikre, at selskabet opnår de i strategien fastsatte mål. Hovedformålet med at vedtage en selskabsstrategi er, at skabe udvikling og værdi i selskabet. For at fastlægge en realistisk strategi bør bestyrelsen forholde sig til selskabets situationsbillede, således selskabets aktuelle udfordringer og udviklingspotentiale inddrages i strategien.¹⁰⁴

For det andet skal bestyrelsen sikre en *forsvarlig organisation*. Bestyrelsen er forpligtet til at tilrettelægge selskabets generelle drift samt sikre, at selskabets centrale funktioner indrettes mest hensigtsmæssigt, herunder ved fastlæggelse af retningslinjer og procedurer.¹⁰⁵ Bestyrelsen er derudover forpligtet til at ansætte en kompetent direktion, opstille retningslinjer for denne samt fastlægge arbejdsfordelingen mellem bestyrelsen og direktionen, for at sikre en forsvarlig organisation i selskabsstrukturen. Bestyrelsens retningslinjer og anvisninger for direktionen og revisionen samt deres indbyrdes arbejdsfordeling angives i forretningsordenen. jf. selskabsloven § 130.¹⁰⁶ For at sikre forsvarlig organisation skal bestyrelsen inddrage forretningsmæssige hensyn, således selskabet organiseres på en måde der bedst muligt understøtter selskabets planlagte strategi for værdiskabelse.¹⁰⁷

Forpligtelserne til at varetage overordnet ledelse og sikre forsvarlig organisation skal ses i sammenhæng med de i selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5 angivne pligter, da bestyrelsen skal organisere selskabet med henblik på at iagttage disse pligter.¹⁰⁸

3.4.1 Bestyrelsens konkrete tilsynspligter

Udover at varetage den overordnede og strategiske ledelse samt sikre en forsvarlig organisation, skal bestyrelsen varetage de i § 115 oplyste opgaver. Oplistingen blev indført i selskabsloven efter overvejelser fra Udvalget til Modernisering af selskabsretten, som fandt, at der var behov for at præcisere ledelsens pligter på særlige områder. Lignende pligter er kendt fra den tidligere aktieselskabslovs § 54, stk. 1-3. Udvalget mente dog, at der skulle ske en præcision og sproglig modernisering af de overordnede rammer for bestyrelsens arbejde.¹⁰⁹ Det påhviler direktionen at udføre en række af

¹⁰⁴ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 444ff. og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 496 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 268f.

¹⁰⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 496 og Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 731 samt Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466.

¹⁰⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 365 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 441f.

¹⁰⁷ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 199.

¹⁰⁸ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 199f.

¹⁰⁹ Betænkning nr. 1498/2008, s. 301.

opgaverne og bestyrelsens forpligtelse omfatter således alene at føre kontrol og tilsyn. Bestyrelsen skal sikre, at tilrettelæggelsen af bestyrelsens tilsyn til enhver tid er forsvarligt.¹¹⁰

Bestyrelsen skal påse, at *bogføringen og regnskabsaflæggelsen* foregår på en måde, der efter kapital­selskabets forhold er tilfredsstillende, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1. Forpligtelsen omfatter at påse, at reglerne om bogføring og regnskabsaflæggelse overholdes samt sikre oprettelsen af betryggende regnskabssystemer. Bestyrelsen kan overlade kontrollen heraf til en revisor.¹¹¹ Selskaber med begrænset hæftelse skal aflægge årsregnskab efter reglerne i årsregnskabsloven, jf. årsregnskabsloven § 3. Årsregnskabet giver tredjeparter mulighed for at vurdere selskabets kreditværdighed, forinden parterne indgår aftale. Forpligtelsen til at sikre forsvarlig regnskabsaflæggelse omfatter gennemgang og godkendelse af årsregnskabet samt udarbejdelse af årsrapport, jf. årsregnskabslovens §§ 8 og 9.

Bestyrelsen skal yderligere påse, at der er *etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller*, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 2. Det er ikke fastlagt, hvad der anses som fornødne procedurer, hvorfor det må afhænge af selskabets størrelse og type, hvilken risikostyring der er mest hensigtsmæssig for at sikre en forsvarlig organisering af selskabet. Denne forpligtelse omfatter blandt andet, at bestyrelsen skal sikre etableringen af kontrolsystemer og fastlæggelse af interne regler for håndtering af særlige risikable forhold, så risikoen reduceres og nødvendige handlinger foretages. Bestyrelsens effektive tilsyn med procedurerne for risikostyring og de interne kontrolsystemer vil være med til at sikre, at bestyrelsen kan reagere på risikable forhold i tide.¹¹²

Bestyrelsen skal yderligere påse, at *bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om kapital­selskabets finansielle forhold*, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3. Denne forpligtelse omfatter, at bestyrelsen skal udarbejde retningslinjer og etablere et rapporteringssystem, der sikrer, at bestyrelsen rettidigt modtager materiale fra direktionen med indhold af tilstrækkelig kvalitet. Materialet skal gøre det muligt for bestyrelsen at føre kontrol med selskabets økonomiske forhold samt sikre et tilfredsstillende beslutningsgrundlag. Hvad der skal til, for

¹¹⁰ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 694 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 162.

¹¹¹ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 367 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 137, 199 samt Christensen, Jan Schans: *Kapital­selskaber*, s. 442.

¹¹² Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 203f. og Christensen, Jan Schans: *Kapital­selskaber*, s. 442 f. samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 367.

at bestyrelsen har modtaget den fornødne rapportering, må afhænge af kompleksiteten i selskabets økonomi.¹¹³

Bestyrelsen skal yderligere påse *direktionens arbejde*, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 4. Dette omfatter, at føre tilsyn med direktionens arbejde og sikre, at de af bestyrelsen fastsatte retningslinjer overholdes, herunder ved at indgå i tæt dialog med direktionen om selskabets drift. I den situation, hvor direktionen ikke lever op til kravene, kan bestyrelsen gribe ind i konkrete anliggender, ændre i retningslinjerne eller som yderste konsekvens afskedige direktionen. Det vil typisk være formanden, der står for den daglige kontakt med direktionen uden for bestyrelsesmøderne.¹¹⁴

Slutligt skal bestyrelsen påse, at *kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt*, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 5. Bestemmelsen pålægger ikke bestyrelsen at opretholde et bestemt kapitalgrundlag eller likviditet men at sikre, at selskabet til enhver tid råder over de fornødne ressourcer, således den løbende drift kan sikres og nuværende og fremtidige forpligtelser kan opfyldes efterhånden som de forfalder. Tilsynspligten må særligt være aktuel i risikofyldte selskaber eller i forbindelse med, at et selskab bliver nødlidende.¹¹⁵

Bestyrelsens tilsynspligt med selskabets økonomiske situation kan ses i sammenhæng med selskabsloven § 119 om kapitaltab. Efter denne bestemmelse skal bestyrelsen sikre, at der afholdes en generalforsamling senest 6 måneder efter det er konstateret, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital, jf. selskabslovens § 119, stk. 1, 1. pkt. Bestemmelsen fastsætter det seneste tidspunkt for, at generalforsamlingen skal involveres ved større forringelse af selskabets økonomi. Har bestyrelsen overholdt sin tilsynspligt med selskabets kapitalberedskab, vil bestyrelsen formentlig have reageret tidligere. Bestemmelsen ændrer således ikke på det forhold, at bestyrelsen er forpligtet til løbende at føre tilsyn med selskabets økonomiske situation og reagere herpå, når denne ikke er forsvarlig.¹¹⁶

¹¹³ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466f. og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 368 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 101f.

¹¹⁴ Werlauff, Erik: *Selskabsret* s. 498 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 160ff.

¹¹⁵ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5467 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 498 samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 369.

¹¹⁶ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 99.

3.4.2 Beslutningsdygtighed

Bestyrelsen træffer sine beslutninger på bestyrelsesmøderne. En bestyrelse er som udgangspunkt beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer er repræsenteret, jf. selskabslovens § 124, stk. 1, 1. pkt. Bestyrelsen kan ikke træffe beslutninger, uden at samtlige medlemmer så vidt muligt har haft adgang til at deltage i sagens behandling, jf. selskabslovens § 124, stk. 1, 2. pkt. Denne bestemmelse skal sammenholdes med selskabslovens § 123, hvorefter formanden af bestyrelsen er forpligtet til at indkalde samtlige medlemmer til bestyrelsesmøderne. Et medlem har haft mulighed for at deltage i sagens behandling, når denne har været indkaldt korrekt til det pågældende møde.¹¹⁷

De beslutninger, som bestyrelsen behandler, afgøres som udgangspunkt ved et simpelt flertal, jf. selskabslovens § 124, stk. 3, 1. pkt. Selvom det ikke fremgår direkte af bestemmelsen, anses det for fastlagt, at alle medlemmer er indbyrdes ligestillet, således disse er tillagt samme stemmewægt. Det kan dog fremgå af selskabets vedtægter, at formandens stemme bliver udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed, jf. selskabslovens § 124, stk. 3, 2. pkt.¹¹⁸

En bestyrelse, der består af mere end ét medlem, skal føre en forhandlingsprotokol, som underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer, jf. selskabslovens § 128, stk. 1. De medlemmer, som ikke har været til stede på mødet, må efterfølgende læse referatet. Det kan i nogle situationer kræves, at særlige betydningsfulde beslutninger også skal tiltrædes af ikke tilstedeværende medlemmer. Dette gøres i praksis ved, at medlemmet noterer, at referatet er læst og at beslutningen er tiltrådt. Ifølge årsregnskabsloven er et bestyrelsesmedlem forpligtet som medunderskriver af årsregnskabet, selvom denne er helt eller delvis uenig i indholdet af årsrapporten. jf. årsregnskabsloven § 10, stk. 1, 1. pkt. Medlemmet er dog berettiget til at tilkendegive sine indvendinger med en konkret og fyldestgørende begrundelse herfor i tilknytning til dennes underskrift og ledelsespåtegning, jf. årsregnskabsloven § 10, stk. 1, 2. pkt.

3.5 Direktionens pligter

I kapitalselskaber, hvor ledelsen består af en bestyrelse og en direktion, varetager direktionen den daglige ledelse af kapitalselskabet og følger de retningslinjer, som bestyrelsen har givet, jf. sel-

¹¹⁷ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 607.

¹¹⁸ *Ibid.*, s. 609.

selskabslovens § 117, stk. 1, 1. og 2. pkt. Udover de pligter, der fremgår af selskabsloven, kan bestyrelsen i en instruks eller forretningsorden for direktionen foreskrive særlige pligter for direktionen.¹¹⁹

Direktionens pligter fremgår desuden af selskabslovens § 118, stk. 1, hvorefter direktionen skal sikre, at kapitalelskabets bogføring sker under iagttagelse af lovgivningens regler herom, og at formueforvaltningen foregår på betryggende måde. Det er således pålagt direktionen at sikre, at selskabets bogføring sker i overensstemmelse med bogføringsloven og at alle transaktioner registreres, så selskabet kan rapportere efter reglerne i årsregnskabsloven.¹²⁰ Direktionen er herudover, ligesom bestyrelsen, forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt, jf. selskabslovens § 118, stk. 2.

3.6 Kapitalelskabers konkurs

Kapitalelskaber kan i kraft af deres juridiske person optræde som skyldner og kan i den forbindelse også gå konkurs.¹²¹ Formålet med konkursbehandlingen er, at skaffe skyldnerens kreditorer bedst mulig adgang til ligelig fyldestgørelse gennem afvikling af skyldnerens virksomhed.¹²² Det er både muligt for kreditor og får skyldner at indgive konkursbegæring, jf. konkurslovens § 17, stk. 1. Kompetencen til at indgive konkursbegæring på selskabets vegne tilkommer det centrale ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 233, stk. 1. Kapitalejerne kan ikke begære selskabet konkurs, idet dette skal ske på initiativ fra det centrale ledelsesorgan.¹²³

Grundbetingelsen for konkurs er insolvens. En skyldner anses for insolvent, hvis denne ikke kan opfylde sine forpligtelser efterhånden som de forfalder, og hvis dennes betalingsudygtighed ikke kan anses for forbigående, jf. konkurslovens § 17, stk. 2. Selskabets kreditorer kan således alene begære selskabet konkurs, hvor skyldneren har så økonomiske vanskeligheder, at kreditorerne ikke kan forvente adgang til fyldestgørelse. Fordringen, som danner grundlag for konkursbegæringen, skal opfylde visse krav, herunder være egnet til at danne grundlag for udlæg efter retsplejelovens § 478.¹²⁴

¹¹⁹ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalelskaber*, s. 397.

¹²⁰ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 502.

¹²¹ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 13f.

¹²² *Ibid.*, s. 37, 41.

¹²³ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret*, s. 764 og Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 20.

¹²⁴ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 16f., 20, 29.

Den umiddelbare virkning af konkursdekretets afsigelse er, at skyldner mister retten til at råde over egen formue med virkning for boet og der kan ikke længere foretages individualforfølgning mod skyldneren, jf. konkurslovens §§ 29 og 31, stk. 1. I kapital-selskaber får skyldnerens manglende ret til at råde over sin formue den virkning, at selskabets organer, herunder generalforsamling, bestyrelse og direktion, bliver beslutningsudygtige.¹²⁵

Når konkursdekretet er afsagt, etableres et konkursbo. Dette bo succederer i skyldnerens formue, jf. konkurslovens § 32. Denne formue omfatter ligeledes de erstatningskrav, som skyldner havde på dekretdagen.¹²⁶ Konkursboet opfattes som en juridisk person med evne til at indgå i aftaler. Skifteretten udpeger straks efter dekretets afsigelse en kurator og indrykker bekendtgørelse i Statstidende vedrørende konkursen, jf. konkurslovens §§ 107, stk. 1, 1. pkt. og 109, stk. 1, 1. pkt. Kurators opgave er at varetage boets interesser og fremme boets behandling, jf. konkurslovens § 110, stk. 1. Som led i denne varetagelse har kurator pligt til at varetage alle legitime interesser for boet, herunder undersøge om der foreligger krav på erstatning eller lignende, der kan danne grundlag for en retssag mod bestyrelsen. Generalforsamlingens kompetence til at anlægge sag mod bestyrelsen og direktionen efter selskabslovens § 364, stk. 1 overgår i forbindelse med konkursen til kurator.¹²⁷ Vælger kurator at opgive kravet mod bestyrelsen uden indgåelse af forlig, kan enhver fordringshaver, herunder kapitalejere og kreditorer, anlægge sagen for egen regning og på egen risiko, jf. konkurslovens § 137, stk. 1, 1. pkt.¹²⁸

Alle, der har en fordring mod selskabet, anmelder kravet i boet. Konkursmassen anvendes til at fyldestgøre de kreditorer, der har anmeldt krav i boet, jf. konkurslovens § 38. Kreditorerne fyldestgøres efter konkursordenen i konkurslovens §§ 93-98.

¹²⁵ Ibid., s. 13, 31.

¹²⁶ Ørgaard, Anders: NTS 2015.2, s. 44.

¹²⁷ Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov m.fl.: *Konkurs*, s. 124, 648.

¹²⁸ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 732.

4. Bestyrelsesansvaret

Hensigten med dette afsnit er at belyse, hvilke erstatningskrav bestyrelsesmedlemmer risikerer at ifalde efter et kapitalselskabs konkurs. Der tages udgangspunkt i bestyrelsens pligter efter selskabslovens § 115 sammenholdt med almindelige erstatningsretlige principper, som gennemgået i afhandlingens afsnit 3 og 4.

4.1 Hjemmel i selskabsloven og sammenhæng med erstatningsretten

Den almindelige regel om erstatningsansvar er kodificeret i selskabsloven. Erstatningsansvaret følger af selskabslovens § 361, stk. 1:

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.

Bestyrelsesmedlemmer ifalder ikke ansvar allerede som følge af, at et selskab går konkurs og interessenterne derved lider tab. Som det også fremgår af bestemmelsen, er bestyrelsesmedlemmer alene pligtige at erstatte tab, der er påført selskabet, kapitalejere eller tredjemand ved forsætlig eller uagtsom adfærd. Ansvar for bestyrelsesmedlemmerne bedømmes således ud fra den almindelige culpa-regel.¹²⁹ De grundlæggende betingelser om tab, årsagsforbindelse og påregnelighed skal ligeledes være opfyldt førend bestyrelsesmedlemmer kan ifalde ansvar.¹³⁰

Der gælder ikke et kollektivt ansvar for bestyrelsesarbejdet. Selvom bestyrelsen har et fælles ansvar for at drive selskabet, er hvervet som medlem af bestyrelsen personligt. Det enkelte medlem vil derfor ifalde et individuelt erstatningsansvar. Dette medfører, at culpabedømmelsen foretages for hvert enkelt bestyrelsesmedlem.¹³¹ Dette giver anledning til at behandle, hvordan det enkelte bestyrelsesmedlems individuelle forudsætninger indgår i culpabedømmelsen.

¹²⁹ Se afsnit 2.3.1 om Ansvarsgrundlag.

¹³⁰ Se afsnit 2.3 om Grundbetingelser og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 583.

¹³¹ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 555 og Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 201f. samt Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: *Bestyrelsesansvaret*, s. 126.

4.1.1 Ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer

Enhver kan som udgangspunkt indtræde som bestyrelsesmedlem, hvis denne bliver valgt hertil.¹³² Idet der ikke stilles særlige kvalifikationskrav, kan bestyrelsen være sammensat af personer med forskellige forudsætninger for at bestride deres hverv som bestyrelsesmedlem.¹³³

Aktieselskabers bestyrelse skal bestå af minimum tre medlemmer.¹³⁴ De manglende kvalifikationskrav til bestyrelsesmedlemmerne har medført, at en række bestyrelser består af ét eller flere medlemmer, der ikke har særlig kendskab til selskabsledelse. Dette gælder særligt familiemedlemmer, der er indsat i bestyrelsen med henblik på at møde minimumskravet. Spørgsmålet om disse medlemmers ansvar har været aktuelt i en række sager.

Afgørelsen U 1979.777 V (Det ulovlige aktionærlån) omhandlede tre bestyrelsesmedlemmers potentielle ansvar for at have tilsidesat deres tilsynspligt med selskabets økonomiske forhold. Sagen omhandlede selskabets bevilling af ulovlige aktionærlån til selskabets ejer og bestyrelsesformand. De øvrige bestyrelsesmedlemmer var alle bestyrelsesformandens børn. Børnene forklarede i retten, at de var tiltrådt som bestyrelsesmedlemmer for at gøre faderen (bestyrelsesformanden) en tjeneste, at de ikke kendte til selskabets regnskab samt at de ikke havde kendskab til, at der fulgte pligter med bestyrelsesposten. Landsretten fandt, at bestyrelsesmedlemmerne alle var solidarisk ansvarlige som følge af manglende tilsyn med selskabets forhold. Der fremgik intet af landsrettens begrundelse om, at bestyrelsesmedlemmernes manglende kendskab til bestyrelseshvervet skulle tillægges betydning.

Afgørelsen U 2001.873 H (Salg til underpris) omhandlede tre bestyrelsesmedlemmers potentielle ansvar for overdragelse af en ejendom til væsentlig underpris. Ejendommen blev overdraget fra et aktieselskab til et anpartsselskab, som begge havde samme ejere. Aktieselskabet gik efter overdragelsen af ejendommen konkurs. Konkursboet anlagde sag om erstatning mod bestyrelsesmedlemmerne. Ejerne var en del af bestyrelsen og derudover arbejdede den ene som selskabets direktør. Bestyrelsens tredje medlem var den ene ejers fader, som efter egen forklaring påtog sig hvervet som bestyrelsesformand, fordi der skulle være tre bestyrelsesmedlemmer. Ved vurderingen af faderens ansvar for overdragelsen fandt landsretten, at han

¹³² Se afsnit 3.2.1 om Valgbarhed.

¹³³ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 556.

¹³⁴ Se afsnit 3.2.2 om Valg af ledelsesmedlemmer.

havde pådraget sig et medansvar for beslutningen om overdragelse af ejendommen. Faderen var derfor medansvarlig for det tab, som selskabet led ved at overdrage ejendommen til underpris. Der fremgik intet af landsrettens eller Højesterets begrundelser om, at faderens manglende kendskab til bestyrelseshvervet skulle tillægges betydning.

Afgørelserne illustrerer, at de enkelte medlemmers subjektive forudsætninger for at varetage bestyrelseshvervet ikke er tillagt vægt i retspraksis. Derimod slår den almindelige erstatningsretlige betragtning om en objektiviseret culpabedømmelse også igennem i sager om bestyrelsesansvar.¹³⁵ Culpabedømmelse vil således tage udgangspunkt i det handlingsmønster, der må forventes af et almindeligt bestyrelsesmedlem, herunder en generel forretningsforståelse samt kendskab til selskabsloven og årsregnskabsloven. Bestyrelsesmedlemmer kan derfor ikke undskylde misligholdelse med, at de ikke vidste bedre.¹³⁶ Det samme menes i litteraturen at gælde for medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, men ingen afgørelser er endnu afsagt vedrørende dette spørgsmål.¹³⁷ Det tillægges ikke betydning, om bestyrelsesmedlemmer modtager vederlag for deres arbejde, jf. også U 2006.2637 H (AOF) og U 1998.1137 H (OKStimist).¹³⁸

4.1.2 Professionelle bestyrelsesmedlemmer

Der er enighed i litteraturen om, at bestyrelsesansvaret ikke kan karakteriseres som et professionsansvar.¹³⁹ Visse bestyrelsesmedlemmer, herunder advokater og revisorer, har dog særlige kvalifikationer i forbindelse med deres hverv i øvrigt, der styrker deres indblik i selskabsledelse. Det giver anledning til at undersøge, om bestyrelsesmedlemmer med særligt gode forudsætninger underlægges en strengere culpabedømmelse.

Afgørelsen U 2004.2253 H (Den alternative bankvirksomhed) omhandlede bestyrelsens ansvar efter et bankieraktierselskabs konkurs. Konkursboet lagde sag an om samlet 8 mio. kr. mod bestyrelsen og selskabets revisor for at muliggøre den tidligere direktørs bedrageri med

¹³⁵ Se afsnit 2.3.1 om Ansvarsgrundlag og Betænkning nr. 1498/2008, s. 41 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 556 samt Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 690f.

¹³⁶ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 204 og Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: *Bestyrelsesansvaret*, s. 27 samt Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: ET.2018.58, s. 3.

¹³⁷ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 557 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 70ff. samt Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 203.

¹³⁸ Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: *Bestyrelsesansvaret*, s. 31 og Andersen, Lennart Lyng og Vistisen, Torben: ET 2007.47, s. 3.

¹³⁹ Se afsnit 2.3.1. om Ansvarsgrundlag og Betænkning nr. 1498/2008, s. 41 og Betænkning nr. 1575/2021, s. 105ff., 141ff. og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 657 samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 553.

selskabets midler. Blandt bestyrelsesmedlemmerne var én advokat, som sideløbende havde fungeret som selskabets advokat. Angående advokatens ansvar fandt landsretten, at advokaten “som professionelt bestyrelsesmedlem allerede på et langt tidligere tidspunkt burde have foranstaltet undersøgelser med henblik på at få verificeret den forsikringsdækning, der var af afgørende betydning for selskabets risiko”. Advokaten havde derfor ikke “udfoldet tilstrækkelige bestræbelser eller foretaget nødvendige handlinger til opfyldelse af de forpligtelser, der har påhvilet ham som bestyrelsesmedlem”. Advokaten blev erstatningsansvarlig for det tab, som selskabet led efter det økonomiske sammenbrud. Højesteret tiltrådte landsrettens resultat og begrundelse.

Afgørelsen illustrerer, at bestyrelsesmedlemmers subjektive forudsætninger kan inddrages i de tilfælde, hvor bestyrelsesmedlemmer har særlig indsigt i det fagområde, der er relevant for beslutningen. Professionelle bestyrelsesmedlemmer underlægges dog ikke et skærpet ansvar generelt.¹⁴⁰

4.1.3 Roller i bestyrelsen

Bestyrelsen træffer beslutninger som et samlet organ, men de enkelte medlemmer kan have haft forskellige roller i beslutningens tilblivelse. Hvis bestyrelsesmedlemmer finder, at en beslutning er forkert eller potentielt kan virke ansvarspådragende, har de ret til at få dette indført i protokollen, jf. selskabslovens § 128.¹⁴¹ Denne indførelse kan under omstændighederne lede til ansvarsfrihed. Angivelse af dissens leder dog ikke nødvendigvis til ansvarsfrihed, hvis bestyrelsesmedlemmet senere har medvirket til gennemførelse af de tabsforvoldende beslutninger og der er tale om graverende forhold.¹⁴² Derimod må medlemmet hindre gennemførelsen eller udtræde af bestyrelsen, jf. også U 2020.3547 H (EIK Bank), hvor et bestyrelsesmedlem blev frifundet med henvisning til, at denne efter mødet, hvor beslutningen blev truffet, havde taget afstand hertil og meddelt, at han ville udtræde af bestyrelsen. Bestyrelsesmedlemmet deltog ikke i mødet og nægtede at underskrive referat. Det vil også være muligt for bestyrelsesmedlemmer at reagere på forholdene ved at orientere kapitalejerne, uden at bryde tavshedspligten, således kapitalejerne eventuelt kan indkalde til ekstraordinær generalforsamling efter selskabsloven § 89, stk. 3.¹⁴³

¹⁴⁰ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 70 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 692 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 683 samt Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: *Bestyrelsesansvaret*, s. 27.

¹⁴¹ Se afsnit 3.4.2 om Beslutningsdygtighed.

¹⁴² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 618 og Fode, Carsten: ET 2020.210, s. 9 samt Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 705f.

¹⁴³ Se afsnit 3.1.2 om Generalforsamlingen.

Bestyrelsesmedlemmer vil i visse tilfælde være fraværende på mødet, hvor beslutningerne er taget. Det kan som udgangspunkt ikke fritage et bestyrelsesmedlem for ansvar, at denne ikke har deltaget på mødet. Medlemmer er som udgangspunkt ansvarlig for alle beslutninger truffet i bestyrelsen, hvorfor denne bør gøre sig bekendt med, hvilke beslutninger der er blevet truffet i medlemmets fravær.¹⁴⁴

I visse tilfælde er én eller flere medlemmer af bestyrelsen nytiltrådte. Som gennemgået tager culpabedømmelsen udgangspunkt i det almindeligt anerkendte handlemønster for bestyrelsesmedlemmer i samme situation og med samme kendskab til omstændighederne. Betydningen af, at nytiltrådte medlemmer ikke vil have samme adgang til sikre kendskab til omstændighederne omkring en beslutning, blev behandlet i U 1961.515 H (Grosserer Backhaus).

I afgørelsen havde selskabets direktør modtaget et vareparti på kredit, selvom det måtte være klart for ham, at virksomheden ikke kunne fortsætte uden, at kreditorernes tab ville forøges. Bestyrelsesmedlemmerne var indtrådt i bestyrelsen kort tid forinden, at direktøren modtog varepartiet, som senere påførte vareleverandøren tab i forbindelse med selskabets konkurs. Højesteret lagde ved culpabedømmelsen vægt på, at bestyrelsen var nytiltrådt, hvorfor de ikke kunne holdes ansvarlige for, at de ikke havde standset selskabets drift eller på anden måde hindret direktøren i at foretage de konkrete dispositioner. Bestyrelsesmedlemmerne blev alle friholdt for ansvar.

Afgørelsen illustrerer, at det kan tillægges vægt, om medlemmerne er nytiltrådte og således ikke har haft mulighed for at sikre et tilstrækkeligt kendskab til selskabets økonomiske situation og omstændighederne omkring dispositionen. Det kan udledes, at kravet til bestyrelsesmedlemmers viden lempes i en rimelig tidsperiode efter tiltrædelsen, således et nytiltrådt bestyrelsesmedlem ikke kan ifalde ansvar for ukendskab eller misinformation, medmindre dette skyldes en utilstrækkelig indsats fra medlemmet. Dette er ikke et udtryk for, at der anvendes en subjektiv culpabedømmelse for bestyrelsesmedlemmer. Culpabedømmelsen vil fortsat være objektiviseret og vurderingen af ansvaret vil blot tage udgangspunkt i, hvilken adgang de pågældende har haft til at sikre sig kendskab til omstændighederne.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 618 og Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 390 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 560 samt Fode, Carsten: ET 2020.210, s. 8.

¹⁴⁵ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 700 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 555 samt Fode, Carsten: ET 2020.210, s. 7.

Bestyrelsesmedlemmerne kan til enhver tid vælge at udtræde af bestyrelsen, jf. selskabslovens § 121, stk. 1, 1. pkt.¹⁴⁶ Udtrædelse af bestyrelsen vil ikke medføre ansvarsfrihed for efterfølgende tab, der relaterer sig til beslutninger, som den pågældende har været med til at træffe under sin bestyrelsesperiode. Såfremt bestyrelsesmedlemmer har mistanke om, at selskabet er i risiko for at lide tab i fremtiden, kan bestyrelsesmedlemmer ikke afværge et fremtidigt erstatningsansvar ved blot at udtræde af bestyrelsen. Dette vil særligt være tilfælde, hvor der er graverende forsømmelser eller misbrug og hvor den pågældende i stedet burde være blevet i bestyrelsen og forhindret yderligere tab, jf. også U 2004.2253 H (Den alternative bankvirksomhed), hvor én advokat, der også fungerede som bestyrelsesmedlem ifaldt ansvar efter sin udtrædelse. Advokaten var udtrådt uden at orientere resten af bestyrelsen om udfordringer ved en forsikringsgaranti.¹⁴⁷

Bestyrelsen vælger ved simpelt stemmeflertal en formand, jf. selskabslovens §§ 105 og 122. Det har i litteraturen været behandlet, hvorvidt bestyrelsesformandens pligter er forøget i forhold til den øvrige bestyrelse. Formanden har i henhold til selskabsloven en række forpligtelser, herunder pligt til indkaldelse til bestyrelsesmøder, udsendelse af materiale og referater, føre kontrol med quorumkrav mv. Formanden kan uddele disse opgaver. Dette vil dog ikke ændre ved, at det er formandens ansvar at sikre opfyldelse, hvorfor opfyldelsen som minimum skal ske under formandens tilsyn.¹⁴⁸ Det vil typisk være formanden, der har den daglige kontakt med direktionen.¹⁴⁹ Det kan påvirke ansvaret, at formanden har udvidet adgang til at indsamle oplysninger gennem sit tætte samarbejde med direktionen og sin pligt efter selskabslovens § 123 til at indkalde til møder samt udarbejde og udsende materiale. Formanden vil således have kendskab eller burde have kendskab til flere forhold end de øvrige bestyrelsesmedlemmer, hvilket potentielt kan have indvirkning på ansvaret. Der er dog enighed i litteraturen om, at formanden ikke bedømmes efter en anden culpanorm end resten af bestyrelsen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Se afsnit 3.2.4 om Udtrædelse.

¹⁴⁷ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 560 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 693 og Fode, Carsten: ET 2020.210, s. 11f.

¹⁴⁸ Werlauff, Erik: RR.2013.03.0044, s. 3.

¹⁴⁹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 163f.

¹⁵⁰ Werlauff, Erik: RR.2013.03.0044, s. 8.

4.2 Det forretningsmæssige skøn

Når der foretages en culpabedømmelse i sager om bestyrelsesansvar, er der grundlæggende to hensyn, der står over for hinanden. Der må tages hensyn til at sikre kapitalejere og kreditorer mod tab forvoldt af en uforsvarlig beslutning fra bestyrelsen. Omvendt må der tages hensyn til at sikre en effektiv drift af selskabet. Mange faktorer får betydning for, hvorvidt en forretningsbeslutning bliver en succes og alle investeringer og strategier involverer en vis risiko. Disse forretningsmæssige beslutninger vil være nødvendige for selskabets vækst og dermed i alle interessenters fælles interesse. Det vil kunne afspejle sig negativt på selskabets drift, hvis bestyrelsen frygter at ifalde et bestyrelsesansvar efter enhver beslutning om selskabets fremtidige investeringer og strategier, herunder hvor beslutningen skal træffes inden for en kort tidshorisont.¹⁵¹ Udvalget til Modernisering af selskabsretten anerkendte væsentligheden af denne handlefrihed og var opmærksom på at sikre en god balance mellem bestyrelsens handlingsfrihed og det ansvar, der følger med bestyrelsesposten.¹⁵² Dette hensyn er bredt anerkendt i litteraturen og retspraksis som Business Judgment Rule. Reglen er dommerskabt og findes ikke nedskrevet i lovregler.¹⁵³

Anvendelse af Business Judgment Rule i dansk ret medfører, at domstolene er tilbageholdende med at pålægge ansvar for dispositioner, der er foretaget efter et forretningsmæssigt skøn.¹⁵⁴ Business Judgment Rule anvendes alene til at prøve de forretningsmæssige beslutninger. Anvendelse af reglen kan ikke begrunde, at bestyrelsen ikke har iagttaget sine pligter efter selskabslovens § 115. Disse regler i loven er båret af hensyn til kreditorer og kapitalejere, hvorfor bestyrelsen ikke kan holdes ansvarsfri for overtrædelse heraf med henvisning til, at der er tale om et forretningsmæssigt skøn. Derimod vil domstolene altid prøve, om bestyrelsen har iagttaget disse pligter ved culpabedømmelsen.¹⁵⁵ Anvendelse af Business Judgment Rule vil desuden begrænses i de tilfælde, hvor bestyrelsen har misligholdt forpligtelser, som følger af forretningsordenen eller andre interne regler.¹⁵⁶

I retspraksis har Business Judgment Rule længe været anerkendt for ikke-finansielle virksomheder, jf. også U 1977.274 H (Havemann). Rækkevidden af princippet behandles jævnlige ved domstolene.

¹⁵¹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 69 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 691.

¹⁵² Betænkning nr. 1498/2008, s. 39.

¹⁵³ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 255 og Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 42.

¹⁵⁴ Sørensen, Karsten Engsig: U.2019B.299, s. 1.

¹⁵⁵ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 570.

¹⁵⁶ Sørensen, Karsten Engsig: U.2019B.299, s. 4.

Afgørelsen U 2006.2637 H (AOF) omhandlede, hvorvidt bestyrelsen var erstatningsansvarlig for driften af organisationen. Organisationen havde i en årrække økonomiske udfordringer og blev erklæret konkurs i juni 2000. Efterhånden som den økonomiske situation blev forværret, havde bestyrelsen foretaget en række initiativer og ellers fortsat driften i håbet om, at udfordringerne kunne overvindes. Budgetterne viste sig langt fra at holde og underskuddet i 1998 endte på 3,8 mio. kr. og i 1999 på 2,6 mio. kr., hvilket foranlediget en markant nedgang i egenkapitalen. Selvom bestyrelsen gentagne gange havde udarbejdet urealistiske budgetter, fandt både landsretten og Højesteret, at bestyrelsen ikke var erstatningsansvarlige, idet beslutningen om at fortsætte driften byggede på et omfattende oplysningsgrundlag. Bestyrelsen kunne af denne grund ikke holdes ansvarlig for de forretningsmæssige beslutninger, der havde foranlediget tab. Både landsretten og Højesteret fandt, at organisationen skulle bedømmes som en erhvervsdrivende virksomhed som følge af dens omsætning og aktivitet.

Afgørelsen illustrerer, at domstolene i mindre grad foretager en vurdering af selve skønnet som værende forkert, men derimod fokuserer på, om grundlaget for beslutningen har været forsvarligt oplyst. Det bliver således et væsentligt element i culpabedømmelsen, om bestyrelsen har indhentet alt relevant materiale og alle fornødne oplysninger til at foretage beslutningen.¹⁵⁷

En række nyere afgørelser, afsagt efter finanskrisen, behandler rækkevidden af Business Judgment Rule i de tilfælde, hvor bestyrelsen varetager andre interesser end selskabets.¹⁵⁸

Afgørelsen U 2019.1907 H (Capinordic Bank) omhandlede, hvorvidt bestyrelsen og bankens direktør potentielt var ansvarlige for en række udlånsarrangementer. Banken gik konkurs i 2010. Finansiell Stabilitet rejste krav vedrørende tab på 11 udlån, som var bevilget mellem 2007-2009. Højesteret fandt ikke, at banken generelt var drevet på en måde, der kunne begrunde bestyrelsens ansvar for tabet på de 11 udlånsarrangementer. Derimod måtte der foretages en konkret vurdering af de enkelte udlånsarrangementers forsvarlighed. Højesteret udtalte i den forbindelse, at beslutningen om ydelse af lån måtte bero på en kreditvurdering af den enkelte låntager. Afgørende for culpabedømmelsen blev dernæst, om dette skøn efter en samlet vurdering blev foretaget på et forsvarligt grundlag. Højesteret fandt dertil, at “der bør

¹⁵⁷ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 164f. og Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk Selskabsret 2*, s. 690.

¹⁵⁸ Werlauff, Erik: *Selskabsret* s. 681.

udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån”. Derimod fandt Højesteret ikke, at samme forsigtighed skulle udvises, hvis bevillingen ikke alene var foretaget på forretningsmæssige hensyn, men også ud fra andre uvedkommende hensyn. Bestyrelsesmedlemmerne kunne efter en samlet vurdering holdes ansvarlig for tab på de 9 ud af 11 udlånsarrangementer.

I afgørelsen fastslog Højesteret atter, at domstolene må være forsigtige med at tilsidesætte forretningsmæssige skøn som uforsvarlige, hvis de er truffet på et forsvarligt grundlag. Afgørende for, om beslutningen var truffet på et forsvarligt grundlag blev, hvilke oplysninger der forelå på bevillingstidspunktet.¹⁵⁹ Bedømmelsen af bestyrelsens adfærd må således foretages på grundlag af de oplysninger, der var tilgængelige for bestyrelsen på beslutningstidspunktet, herunder også de oplysninger, som bestyrelsen med rimelighed kunne have indhentet.¹⁶⁰ Højesteret tilføjede dertil, at der må stilles skærpet krav til forsvarlighed i de tilfælde, hvor det ikke alene er bankens interesser, der varetages, men også enkelte bestyrelsesmedlemmers uvedkommende interesser. Skønsmargin for fejlskøn bliver således mere snæver, hvor bestyrelsen ikke alene varetager selskabsinteressen.¹⁶¹ Det var netop de uvedkommende interesser, der blev afgørende for, at bestyrelsen ifaldt ansvar for 9 ud af de 11 udlånsarrangementer.

Det afhænger af den enkelte beslutnings karakter, hvor mange oplysninger der kræves for beslutningsgrundlaget kan anses for forsvarligt. Det må dog antages, at der generelt stilles større krav til indsamling af oplysninger, hvis beslutningen er forbundet med en vis risiko.¹⁶² I afgørelsen U 2020.3547 H (EIK Bank) behandlede Højesteret, hvilken margin bestyrelsen måtte tildeles ved vurdering af, hvornår beslutningsgrundlaget kunne anses for forsvarligt. Herom udtalte Højesteret, at “der må udvises forsigtighed med at tilsidesætte bankens ledelses vurdering af, om de foreliggende oplysninger udgør tilstrækkeligt grundlag for kreditvurderingen, eller om der er behov for at indhente f.eks. en ekstern sagkyndig vurdering”. Bestyrelsen blev frifundet, idet der ikke var grundlag for at tilsidesætte bestyrelsens vurdering af, hvilke oplysninger der var påkrævet, førend beslutningsgrundlaget kunne anses for forsvarligt. Højesteret udvidede anvendelsesområdet for Business Judgment Rule ved at fastslå, at bestyrelsen også må indrømmes et vist skøn i vurderingen af, om denne har et

¹⁵⁹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 683 og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 691.

¹⁶⁰ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk Selskabsret 2*, s. 711.

¹⁶¹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 683 og Sørensen, Karsten Engsig: U.2019B.299, s. 6 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 568 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 481.

¹⁶² Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: ET.2018.58, s. 4.

forsvarligt beslutningsgrundlag. Dertil gentog Højesteret, at samme forsigtighed med at tilsidesætte bestyrelsens skøn ikke skal udvises, hvis denne har tilgodeset uvedkommende interesser.

Afgørelserne illustrerer, at Business Judgment Rule kan udstrækkes til både at omfatte bestyrelsens forretningsmæssige skøn ved selve beslutningen samt bestyrelsens vurdering af, om de har et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag eller bør indhente yderligere oplysninger. Marginen for skønnet vil dog i begge tilfælde være snæver, når bestyrelsen ikke alene varetager selskabsinteressen. Der er ikke tale om et objektivt ansvar, således bestyrelsen vil ifalde ansvar for enhver tabsforvoldende disposition foretaget på uvedkommende interesser, men nærmere en omvendt bevisbyrde, hvor bestyrelsen må bevise, at de havde sikret, at selskabsinteressen blev varetaget trods deres inddragelsen af uvedkommende interesser.¹⁶³

4.3 Ansvarssituationer

Den, der påtager sig bestyrelseshvervet, påtager sig at varetage de pligter, der følger af selskabslovens § 115.¹⁶⁴ Overtrædelse af forskrifter tillægges vægt ved vurderingen af, om bestyrelsesmedlemmerne har handlet culpøst. I sager om bestyrelsesansvar vil culpabedømmelsen dermed tage afsæt i, om bestyrelsen har iagttaget de pligter, som følger af selskabsloven.¹⁶⁵

Selskabslovens § 115 indeholder ikke en udtømmende og detaljeret beskrivelse af pligternes indhold. Indholdet af bestyrelsens pligter afhænger af det konkrete selskabs forhold, herunder hvilken branche selskabet er beskæftiget i samt hvilken størrelse og organisation selskabet har. Selskabsloven fastsætter minimumskravene til bestyrelsen og er ikke en beskrivelse af, hvordan en dygtig og effektiv bestyrelse bør varetage sine opgaver.¹⁶⁶ Den brede formulering af bestyrelsens pligter efterlader plads til fortolkning. Det vil være op til domstolene at vurdere, om den konkrete handling eller undladelse har en sådan skadeevne, at bestyrelsesmedlemmerne burde have handlet anderledes eller truffet flere foranstaltninger, for at opfylde sine forpligtelser i henhold til selskabsloven. Der vil således være tale om en objektiviseret helhedsbedømmelse af bestyrelsesmedlemmernes adfærd.¹⁶⁷

¹⁶³ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 683 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 563.

¹⁶⁴ Se afsnit 3.4 om Bestyrelsens pligter.

¹⁶⁵ Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: *Bestyrelsesansvaret*, s. 13 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 89 samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 548.

¹⁶⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 370.

¹⁶⁷ Se afsnit 2.3.1 om Ansvarsgrundlag.

Analyse af retspraksis er den væsentligste kilde til at udlede det nærmere indhold af selskabslovens § 115 og derigennem præcisere den nedre grænse for, hvilket aktivitet, der må udfoldes for at bestyrelsen ikke ifalder erstatningsansvar.¹⁶⁸ Nedenfor gennemgås en række klassiske ansvarssituationer, som kredser sig om misligholdelse af de tilsynspligter, der følger af selskabslovens § 115. De enkelte afgørelser er udvalgt med henblik på at belyse grænserne for de enkelte typer af pligter. Flere afgørelser om bestyrelsesansvar vedrører manglende iagttagelse af mere end én pligt.

I visse selskaber vil der tillige fremgå en række retningslinjer i forretningsordenen. Disse vil typisk vedrøre, hvordan bestyrelsen praktisk har tilrettelagt arbejdet med henblik på varetagelse af de lovbestemte pligter. Det er almindeligt antaget, at det ikke er culpøst, at bestyrelsen ikke iagttager bestemmelser i forretningsordenen, jf. også Landsrettens dom af 7. november 2017 i sagen B-1291-10 (Roskilde Bank), hvor landsretten udtalte, at den omstændighed, at bestyrelsen i et vist omfang fraveg egne retningslinjer eller accepterede, at bankens direktion eller ansatte fraveg disse, ikke i sig selv kunne anses for culpøst. Derimod vil det være den manglende iagttagelse af den bagvedliggende pligt, der vil være culpøs og ikke den manglende iagttagelse af bestyrelsens interne retningslinjer.¹⁶⁹ Under omstændighederne vil forretningsordenen dog kunne inddrages, idet denne indeholder nærmere retningslinjer for bestyrelsens hverv, direktionens arbejde og forsvarlige beslutningsprocesser. Selvom overtrædelse ikke i sig selv er culpøs, vil det i visse tilfælde være en skærpende omstændighed, at bestyrelsen ikke har iagttaget de relevante bestemmelser i forretningsordenen.¹⁷⁰ Er et bestyrelsesmedlem eller andre selskabsorganer pålagt konkrete arbejdsopgaver, kan disses passivitet således indgå i culpabedømmelsen. Andre medlemmer må kunne agere i tillid til, at medlemmet eller selskabsorganet har varetaget sin pligt og passivitet vil ikke kunne tillægges samme vægt, medmindre der er konkrete holdepunkter herfor, jf. også U 2015.2075 H (Memory Card Technology).¹⁷¹

4.3.1 Overordnet strategisk ledelse

Bestyrelsens opgaver omfatter ifølge selskabslovens § 115, at denne skal varetage den overordnede og strategiske ledelse. Der er tale om en lovbestemt pligt, hvorfor bestyrelsen som udgangspunkt også

¹⁶⁸ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 370.

¹⁶⁹ Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 393 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 354 samt Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 234.

¹⁷⁰ Fode, Carsten i Neville, Mette og Sørensen, Karsten Engsig: *Selskaber - aktuelle emner*, kap. 14, s. 348ff. og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 235.

¹⁷¹ Christensen, Schans Jan: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 802 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, 233f. samt Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 786.

kan ifalde erstatningsansvar, hvis denne pligt tilsidesættes.¹⁷² Varetagelse af den strategiske ledelse sigter primært mod de forretningsmæssige beslutninger, som bestyrelsen træffer vedrørende fremtidig vækstplan og forretningskoncept, for at skabe værdi i selskabet.¹⁷³ Bestyrelsens opgave vil ikke have karakter af en tilsyns- eller kontrolpligt, men har i stedet kommerciel karakter. Beslutning om valg af strategi vil således i høj grad være præget af et forretningsmæssigt skøn.¹⁷⁴ Dette rejser spørgsmålet, om bestyrelsen kan ifalde selvstændigt ansvar for valg af en risikabel strategi eller om denne beslutning har en sådan forretningsmæssig karakter, at bestyrelsen som følge af Business Judgment Rule vil være ansvarsfri.¹⁷⁵

Der findes sparsom retspraksis vedrørende bestyrelsens ansvar for valg af strategi. Spørgsmålet blev dog behandlet i Østre Landsrets dom af 17. november 2017 (Roskilde Bank).¹⁷⁶

Sagen omhandlede bestyrelsens ansvar for en række udlånsengagementer, der var ydet uden, at banken havde foretaget en forudgående kreditvurdering. Finansiell Stabilitet havde som sagsøger indledningsvist ført påstand om, at bankens bestyrelse havde undladt at fastlægge en strategi med henvisning til, at der ikke forelå nogen vedtagen skriftlig formulering af strategien. Landsretten fandt ikke grundlag for at antage, "at bestyrelsen undlod at fastlægge en strategi eller på ansvarspådragende vis overlod dette til direktionen, ligesom der ikke er grundlag for at antage, at bestyrelsen udviste passivitet ved at lade den valgte vækststrategi passere".

Landsretten indikerede i begrundelsen, at det kan være ansvarspådragende, hvis bestyrelsen ikke fastlægger en strategi, eller hvis bestyrelsen på anden vis overlader dette til direktionen, uden at føre tilsyn og kontrol med direktionens arbejde.

Vedrørende bestyrelsens ansvar for den valgte strategi udtalte landsretten, at det ikke i sig selv er uforsvarligt at drive et pengeinstitut efter en vækststrategi. Afgørende for vurderingen af vækststrategiens forsvarlighed var, om der i tilstrækkelig grad var taget højde for den forøgede risiko, som var forbundet med en sådan strategi. Landsretten lagde herefter vægt på, at

¹⁷² Se afsnit 4.3 om Ansvarssituationer.

¹⁷³ Se afsnit 3.4 om Bestyrelsens pligter og Høy, Janus i Birkmose, Hanne Søndergaard: *Selskaber - aktuelle emner II*, kap. 7, s. 193ff., 209.

¹⁷⁴ *Ibid.*, s. 198, 210.

¹⁷⁵ Se afsnit 4.2 om Det forretningsmæssige skøn.

¹⁷⁶ Høy, Janus i Birkmose, Hanne Søndergaard: *Selskaber - aktuelle emner II*, kap. 7, s. 210.

bestyrelsen skulle sikre “at organisationen er i stand til at håndtere den valgte strategi, herunder risikoen forbundet hermed”. Afgørende blev derfor, om bestyrelsen havde organiseret bankens virksomhed, således den forøgede risiko, som var forbundet med den valgte vækststrategi, kunne håndteres. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at bankens politikker og retningslinjer havde været utilstrækkelige eller at banken skulle have været indrettet anderledes for at imødekomme de risici, der fulgte med strategien. Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse vedrørende bestyrelsesmedlemmerne, jf. U 2023.945 H.

Ud fra landsrettens begrundelse kan det udledes, at bestyrelsen ikke i sig selv ifalder ansvar for en risikabel vækststrategi, der viser sig at fejle. Derimod må det være afgørende, hvordan bestyrelsen imødekommer de risici, der er forbundet med strategien. Kravene til en forsvarlig organisation og tilstrækkeligt tilsyn må dermed skærpes, hvor bestyrelsen fastlægger en risikabel vækststrategi. Højesteret udfordrede ikke landsrettens begrundelse. Højesteret fulgte samme linje i afgørelsen U 2020.3547 H (EIK Bank), hvor den samlede bestyrelsen blandt andet blev frikendt for ansvar for valg af strategi.

Denne retsstilling harmonerer med ovenstående afsnit omkring det forretningsmæssige skøn. Såfremt bestyrelsen fastlægger strategien på et forsvarligt oplyst grundlag, vil bestyrelsesmedlemmerne være ansvarsfri, medmindre beslutningen må anses for groft uforsvarlig. Derimod vil det potentielt være ansvarspådragende, hvis bestyrelsen helt misligholder sin pligt til at fastlægge en strategi.¹⁷⁷

4.3.2 Forsvarlig organisation

Bestyrelsens opgaver omfatter ifølge selskabslovens § 115, at denne skal sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed. Selskabsloven er tavs omkring, hvad der må forstås som “forsvarlig”. Dette skyldes blandt andet, at det må afhænge af det konkrete selskabs profil, hvad der vil være forsvarlig organisering.¹⁷⁸

Selskabsloven er ligeledes tavs omkring, hvorvidt bestyrelsen kan ifalde selvstændigt ansvar for uforsvarlig organisation. Spørgsmålet var aktuelt i afgørelsen U 2016.1870 H (Comitel International).

¹⁷⁷ Se afsnit 4.2 om Det forretningsmæssig skøn og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 274.

¹⁷⁸ Se afsnit 3.4 om Bestyrelsens pligter.

Afgørelsen omhandlede, hvorvidt et bestyrelsesmedlem, der ligeledes fungerede som direktør, kunne pålægges ansvar for uforsvarlig organisering af selskabets virksomhed efter selskabets konkurs. I tidligere omsætningsled, var der foretaget en række dispositioner, hvor den ansvarlige ved skyldnersvig havde unddraget skattevæsenet en række aflæggelser af moms. Den ansvarlige ifaldet fængselsstraf herfor. Skattevæsenet havde lidt et tab på i alt 144 mio. kr. og rettede erstatningskrav mod bestyrelsesmedlemmet med påstand om, at denne ikke havde sikret forsvarlig organisering af selskabets virksomhed. Det lægges til grund, at bestyrelsesmedlemmet ikke var bekendt med besvigelserne. Højesteret fandt, at medlemmet alene kunne pålægges et erstatningsansvar, hvis det godtgøres, at han havde foretaget en uforsvarlig organisering af selskabets virksomhed. Herom udtalte Højesteret, at det måtte være afgørende, om medlemmet “undlod at tilrettelægge selskabets virksomhed således selskabet afstod fra at handle i tilfælde, hvor omstændighederne gav anledning til mistanke om svig eller uregelmæssigheder i tidligere handelsled.” Efter en samlet vurdering fandt Højesteret ikke, at bestyrelsesmedlemmet kunne holdes erstatningsansvarlig for tabene som følge af hverken uforsvarlig opgavefordeling eller kontrol med virksomheden.

Afgørelsen illustrerer, at Højesteret ikke er afvisende overfor, at bestyrelsens uforsvarlige organisering af selskabets virksomhed i sig selv kan være culpøst. I afgørelsen inddrog Højesteret ikke bestyrelsens konkrete pligter efter § 115, men henviste derimod til den overordnede organisering af selskabets virksomhed.¹⁷⁹

Anbringender om “generel uforsvarlighed” blev ligeledes ført i banksagerne, heriblandt U 2019.1907 H (Capinordic Bank), U 2020.3547 H (EIK Bank) og Landsrettens dom af 7. november 2017 i sagen B-1291-10 (Roskilde Bank). Domstolene fandt i afgørelserne ikke, at bestyrelsen generelt havde drevet uforsvarlig bankvirksomhed, der kunne begrunde et erstatningsansvar. I disse sager knyttede uforsvarligheden sig derimod til bankernes procedurer for bevilling af udlånsarrangementer og ikke organisering af selskabets virksomhed generelt. Domstolene afviste dog i ingen af sagerne, at bestyrelsen potentielt kan ifalde ansvar for, at driften helt generelt har været uforsvarlig.

I praksis vil domstolenes vurdering af, om bestyrelsen har sikret en forsvarlig organisering i stedet tage udgangspunkt i, hvordan bestyrelsen konkret har organiseret selskabets virksomhed med henblik

¹⁷⁹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 211.

på at iagttage pligterne efter selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5.¹⁸⁰ Denne retsstilling harmonerer med argumenterne bag præcisionen af pligterne i selskabsloven. Pligterne blev netop præciseret med henblik på at tydeliggøre, hvilke rammer bestyrelsen må arbejde inden for og hvilke minimumskrav, der stilles til bestyrelsen, førend driften kan anses for forsvarlig.¹⁸¹

4.3.3 Tilsyn med direktionen

Bestyrelsen skal påse, at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 4.¹⁸² Indholdet af tilsynspligten er ikke angivet i selskabsloven, hvorfor det er op til domstolene at vurdere, hvor vidtgående denne pligt er. Der er afsagt flere afgørelser vedrørende bestyrelsens manglende tilsyn med direktionen, der udgør relevante fortolkningsbidrag.

I afgørelsen U 2001.873 H (Salg til underpris) anlagde konkursboet sag mod bestyrelsesmedlemmerne for manglende tilsyn med direktionens dispositioner. I bestyrelsen sad tre personer A, B og C, hvoraf A fungerede som selskabets direktør og C som bestyrelsesformand. Da selskabet var nødlidende, blev en ejendom overdraget til et beløb væsentligt under markedsprisen til et selskab ejet af A og B. Selskabet gik senere konkurs. Landsretten pålagde alle tre bestyrelsesmedlemmer et erstatningsansvar. For Højesteret blev alene erstatningskravet mod C's dødsbo behandlet. C havde haft adgang til alle regnskaber, men havde ikke derudover modtaget oplysninger fra selskabets professionelle rådgivere om, at dispositionen kunne være kritisabel. Højesteret fandt, at C havde tilsidesat sin tilsynspligt med direktionen, ved ikke at undersøge direktionens dispositioner nærmere. Højesteret udtalte: "Hans ansvarspådragende fejl bestod i at undlade at søge nærmere oplysninger om og gribe ind over for en kritisabel disposition, der fremgik af et regnskab, hvor dispositionen fremstod som gennemført, og hvor de kritisable momenter ikke kunne læses direkte af regnskabet, men måtte antages at være kommet frem ved et tilstrækkeligt tilsyn".

Afgørelsen illustrerer, at tilsynspligten ikke er iagttaget tilfredsstillende, hvis bestyrelsen alene tager udgangspunkt i det udleveret materiale fra direktionen. Derimod må bestyrelsen indhente nærmere

¹⁸⁰ Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 199f.

¹⁸¹ Betænkning nr. 1498/2008 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 370.

¹⁸² Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter.

oplysninger, hvis der er grundlag for at formode, at dispositioner kan være kritisable, herunder hvor direktionen overdrager aktiver til nærtstående eller hvor væsentlige aktiver udskilles. Afgørelsen illustrerer yderligere, at bestyrelsesmedlemmer ikke blot kan forholde sig passivt og forvente, at selskabets professionelle rådgivere påtaler kritisable dispositioner. Derimod kræves, at bestyrelsesmedlemmerne tilrettelægger tilsynet således alle relevante oplysninger om direktionens dispositioner fremlægges for bestyrelsen. Dertil kræves, at bestyrelsen forholder sig kritisk hertil og foretager egne undersøgelser, hvor det findes relevant.¹⁸³

Tilsynspligten er dog ikke uden grænser og det er ikke enhver misligholdelse fra direktionen, der nødvendigvis burde være blevet opdaget af bestyrelsen, som følge af tilstrækkeligt tilsyn.

Afgørelsen U 2015.2075 H (Memory Card Technology) angik konkursboets krav mod henholdsvis selskabets revisor, bestyrelsesformanden og direktør vedrørende drift udover håbløshedstidspunktet. For Højesteret angik sagen alene ansvaret for bestyrelsesformanden og revisoren. Sagen omhandlede, hvorvidt bestyrelsesformanden havde handlet ansvarspådragende, ved ikke at reagere på den kritik af direktøren, som den tidligere økonomidirektør sendte ved brev den 1. marts 2000. Direktøren blev senere dømt for bedrageri over for de banker, der havde ydet selskabet kredit. Bestyrelsesformanden havde ikke delt kritikken med hverken de andre bestyrelsesmedlemmer eller selskabets revisor, men havde godtaget direktørens forklaring og ikke undersøgt forholdet yderligere. Landsretten anført vedrørende bestyrelsesformandens ansvar, at “det har formodningen imod sig, at et børsnoteret selskabs direktør og hovedaktionær ved kriminel adfærd får selskabets regnskaber til at fremstå bedre med hensyn til omsætning og værdier, men dette forekommer”. Landsretten fandt med denne begrundelse, at det hørte med til bestyrelsens og revisionens opgaver at være særlig opmærksom på mulige faresignaler. Landsretten frifandt dog bestyrelsesformanden med henvisning til, at 1) bestyrelsen havde sikret en klar opgavefordeling mellem direktionen, bestyrelsen og revisionen, 2) at revisionen i henhold til forretningsordenen skulle give besked til bestyrelsen, hvis der blev konstateret uregelmæssigheder, 3) at bestyrelsen havde spurgt ind til forholdene på bestyrelsesmøde og svar fra både revisionen og direktionen således bestyrelsen med rette kunne gå ud fra, at forholdene var i orden samt 4) at revisionen på intet tidspunkt havde udtrykt bekymring over for bestyrelsesformanden. Højesteret fandt, at det var en fejlvurdering fra bestyr-

¹⁸³ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 165 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 443 f.

elsesformandens side, at formanden ikke havde undersøgt forholdet nærmere eller videregav bekymringen fra den tidligere økonomidirektør til resten af bestyrelsen. Højesteret tilsluttede sig dog, at ansvar ikke kunne pålægges bestyrelsesformanden, som følge af enkeltstående fejl af denne karakter.

Afgørelsen illustrerer, at bestyrelsesmedlemmer ikke uden videre ifalder ansvar, som følge af, at direktionen udøver sit hverv på en utilbørlig måde. Afgørende for, om bestyrelsen har iagttaget sin tilsynspligt bliver derimod, om bestyrelsen har sikret en klar opgavefordeling og etableret en procedure, der sikrer, at alle relevante oplysninger fremlægges for bestyrelsen. Dertil må bestyrelsen forholde sig kritisk til disse oplysninger og lade sig rådføre ved revisionen og andre rådgivere.¹⁸⁴ Såfremt denne organisering af tilsynet er forsvarlig, kan det ikke tilregnes bestyrelsen, at direktionen handler utilbørligt, hvis der ikke har været en konkret grundlag for mistanke herom. Derimod kan bestyrelsen som udgangspunkt sætte sin lid til, at medlemmer af direktionen har en vis hæderlighed og handler inden for lovens rammer.¹⁸⁵ Af afgørelsen kan desuden udledes, at hvis retningslinjerne og rapporteringssystemerne er forsvarligt organiseret og direktionen tilsyneladende deler alle relevante oplysninger med bestyrelsen, vil bestyrelsens tilsynspligt formodentlig være mere begrænset end hvis der fremkommer konkrete advarselstegn på, at direktionen holder information tilbage.¹⁸⁶

Tilsynspligten må anses for skærpet i de tilfælde, hvor selskabet er nødlidende, også selvom der ikke er konkret mistanke om, at direktionen ikke varetager sit hverv på behørig vis. I takt med at selskabet taber kapital vil en række beslutninger, der under normale omstændigheder vil angå direktionen, blive et bestyrelsesanliggende. Dertil kommer, at bestyrelsen i højere grad må holde sig ajourført med alle relevante oplysninger fra direktionen, således bestyrelsen på oplyst grundlag kan iværksætte de nødvendige foranstaltninger. I visse tilfælde vil det derfor være nødvendigt, at direktionen afrapporterer til bestyrelsen på ugentlig eller daglig basis om likviditet, varebeholdning, ordrer mv.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 165.

¹⁸⁵ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 566 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 156, 166 samt Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: ET.2018.58, s. 6.

¹⁸⁶ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 160f.

¹⁸⁷ *Ibid.*, s. 165.

4.3.4 Tilsyn med finansielle forhold

Bestyrelsen skal påse, at selskabets bogføring og regnskabsaflæggelse sker tilfredsstillende samt påse, at de løbende modtager fornøden rapportering om finansielle forhold, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1 og 3. Hertil må bestyrelsen sikre, at der er etableret en procedure for risikostyring og kontrol i relation til hertil, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 2.¹⁸⁸ De konkrete pligter har tæt sammenhæng, idet de alle må overholdes, for at bestyrelsen har det fornødne kendskab til regnskaberne og således effektivt og rettidigt kan agere på den finansielle udvikling. I retspraksis sondres ikke mellem de forskellige bestemmelser. Derimod lægges vægt på, om bestyrelsen generelt har ført tilsyn med selskabets finansielle forhold.

Bestyrelsens tilsidesættelse af tilsyn med selskabets finansielle forhold har stor potentiel skadeevne og har været omdrejningspunkt i flere afgørelser.

Afgørelsen U 2011.1290 H (Brødrene Erleben) omhandlede tre bestyrelsesmedlemmers potentielle ansvar for en række tabsforvoldende dispositioner. To bestyrelsesmedlemmer var aktive i selskabet, mens det tredje bestyrelsesmedlem og -formand ikke deltog i bestyrelsesarbejdet. Det viste sig efter selskabet blev taget i konkursbehandling, at selskabskapitalen aldrig havde været til stede, at der ikke var foretaget bogføring eller afregning af moms og skat samt der ingen bestyrelsesmøder var afholdt. Konkursboet lagde sag an mod bestyrelsen. Højesteret fandt, at de to aktive bestyrelsesmedlemmer havde handlet culpøst ved ikke at have sikret en forsvarlig organisation gennem manglende bogføring, regnskabsaflæggelse og indbetaling af selskabskapital. Der var ikke grundlag for at fastslå, at bestyrelsesformanden havde været bekendt med disse forhold. Bestyrelsesformanden havde imidlertid forholdt sig passivt ved ikke at føre tilsyn med selskabets økonomi og dermed tilsidesat sine forpligtelser som bestyrelsesmedlem. Højesteret fandt med den begrundelse, at de tre bestyrelsesmedlemmer måtte være solidarisk ansvarlige for kreditorernes tab.

Afgørelsen illustrerer, at selvom kun enkelte bestyrelsesmedlemmer er direkte skyld i selskabets tabsforvoldende dispositioner, kan også de uvidende bestyrelsesmedlemmer ifalde ansvar som følge af, at de pågældende ikke har ført tilstrækkeligt tilsyn med selskabets finansielle forhold. Afgørelsen er ikke udtryk for, at bestyrelsesmedlemmer ifalder ansvar for enhver fejl eller forsømmelse i regnskaber

¹⁸⁸ Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter.

og bogføring. Derimod gælder en nedre grænse for, hvilke fejl og forsømmelser et almindeligt bestyrelsesmedlem undskyldeligt kan overse, herunder forhold, som den pågældende burde have opdaget ved blot at gennemgå regnskaberne.¹⁸⁹

Bestyrelsen må ikke ukritisk godkende budgetter og regnskaber fra direktionen, men må forholde sig til indholdet og efterspørge flere eller ajourførte oplysninger, hvis der opstår behov herfor. Ligeledes må bestyrelsen i visse tilfælde efterspørge verbale redegørelser for indholdet.¹⁹⁰ Der er intet til hinder for, at bestyrelsen lader en intern revisionsafdeling eller revisor varetage opgaven med gennemgang af budgetter, regnskaber mv. Såfremt, kan bestyrelsen som udgangspunkt med rette forvente, at de modtager korrekte oplysninger samt forvente, at revisoren vil henlede bestyrelsens opmærksomhed på eventuelle kritiske punkter.¹⁹¹ Dette var aktuelt i U 2015.2075 H (Memory Card Technology), hvor højesteret udtalte, at det ikke kunne formodes, at bestyrelsen med almindelige regnskabskyn-dighed kunne gennemskue det opskrevne varelager og bestyrelsen med rette kunne forvente, at revisoren foretog en dybdegående undersøgelse af det komplekse regnskab og havde gjort bestyrelsen opmærksom på eventuelle uregelmæssigheder. Der henvises til bestyrelsens forretningsorden, hvor det fremgik, at revisionen skulle give skriftlig underretning til bestyrelsesformanden, hvis den konstaterede uregelmæssigheder. Bestyrelsen havde dermed gjort bestræbelser på at organisere driften på en sådan måde, at bestyrelsen modtog alle relevante oplysninger fra revisionen. Dette var desuden indskrevet i forretningsordenen, hvorfor bestyrelsen med rette kunne henholde sig til, at revisionen ville fremlægge de relevante oplysninger, medmindre der forelå konkrete holdepunkter for andet. Afgørelsen er således et eksempel på, at retningslinjer i forretningsordenen kan tillægges vægt i culpabedømmelsen, herunder i forhold til om bestyrelsen har tilrettelagt rapportering forsvarligt.¹⁹²

Bestyrelsens tilsyn må tilpasses det enkelte selskab afhængig af den finansielle situation.

Dette var relevant i afgørelsen U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser). Selskabet blev oprettet i starten af 1996. En række af rejserne blev solgt til priser, der ikke kunne dække de direkte omkostninger for selskabet. Selskabet oparbejdede et underskud på ca. 38 mio. kr. på mindre

¹⁸⁹ Se afsnit 4.1.1 om Ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 565.

¹⁹⁰ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 694f.

¹⁹¹ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 566.

¹⁹² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 694.

end ti måneder. Selskabet gik konkurs i oktober 1996. Sagen angik et muligt bestyrelsesansvar for den risikable forretningsplan, hvor finansiering af driften skete gennem kundernes forudbetalinger. Højesteret fandt i den forbindelse, at der havde været behov for en løbende og effektiv kontrol med udviklingen i selskabets økonomi på baggrund af den valgte strategi og den negative udvikling i egenkapitalen. Bestyrelsen havde ikke sikret udarbejdelse af perioderegnskaber, budgetopfølgninger eller fastlagt retningslinjer for, på hvilken måde bestyrelsen skulle holdes orienteret. Højesteret fandt på denne baggrund, at bestyrelsen havde forsømt sine forpligtelser til at føre tilsyn med selskabets finansielle forhold.

Afgørelsen illustrerer, at bestyrelsens forpligtelser til at føre tilsyn med selskabets finansielle forhold skærpes løbende, som selskabets økonomi forringes. For et nødlidende selskab bliver pligten til at føre tilsyn med selskabets finansielle forhold samt sikre bogføring og regnskabsaflæggelse særlig aktuel. Dette skyldes særligt, at bestyrelsen skal indhente tilstrækkelige oplysninger til, at de på forsvarligt grundlag kan tage stilling til selskabets levedygtighed.¹⁹³ I afgørelsen lagde Højesteret vægt på, at bestyrelsen havde valgt en risikabel strategi, som gjorde det nødvendigt at føre ekstra tilsyn med udviklingen. Bestyrelsen ifaldt derved ikke ansvar for valg af strategi, men for ikke at føre det nødvendige tilsyn, som den valgte strategi foranledigede.¹⁹⁴ Højesteret begrundede modsat ansvarsfrihed i U 2006.2637 H (AOF) med, at bestyrelsen havde udvidet sit tilsyn med de finansielle forhold. Højesteret lagde i afgørelsen vægt på, at bestyrelsen løbende havde holdt en række bestyrelsesmøder, hvor forholdene blev drøftet indgående samt havde gjort sig en række bestræbelser for at få styr på økonomien i den nødlidende forening.

Det er almindeligt anerkendt, at bestyrelsen særligt skal udvise omhu med regnskabsaflæggelse, såfremt regnskabet skal anvendes til optagelse af lån eller kredit, idet långiver typisk vil foretage kreditvurdering på baggrund af netop de fremlagte regnskaber, jf. også U 1998.1137 H (OKStimist), hvor kredit blev givet på baggrund af optimistiske budgetter og opskrivninger af aktiver.¹⁹⁵ Selskabets bestyrelse må sikre, at kreditorer loyalt oplyses om selskabets forhold, så kreditorerne har mulighed for at afslå at give kredit eller medregne en risikopræmie. Yder kreditorer kredit på et fuldstændigt oplyst grundlag, har den pågældende kreditor accepteret risikoen herved, og bestyrelsen ifalder ikke ansvar. Hvis kredit gives på baggrund af misvisende regnskaber, vil bestyrelsen derimod kunne

¹⁹³ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 369 og Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: ET.2018.58, s. 6.

¹⁹⁴ Se afsnit 4.3.1 om Overordnet strategisk ledelse.

¹⁹⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 695 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 200.

holdes ansvarlig, jf. også U 1982.595 H (Entreprenørselskabet), hvor direktøren og bestyrelsesmedlem samt revisor blev ansvarlig for det tab kreditor led, som følge af kredit givet på ukorrekte og forbedret regnskaber. Det kan dog ikke forventes, at bestyrelsen ukritisk orienterer omverdenen om, at selskabet er nødlidende, idet disse oplysninger vil kunne skade selskabets markedsposition og forringe selskabets kreditmuligheder.¹⁹⁶

4.3.5 Tilsyn med forsvarligt kapitalberedskab

Bestyrelsen skal påse, at selskabet til enhver tid har et forsvarligt kapitalberedskab, herunder tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalselskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, jf. selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 5. Bestyrelsens sikring af forsvarligt kapitalberedskab har tæt sammenhæng med bestyrelsens pligt til at føre løbende tilsyn med selskabets finansielle forhold. Såfremt bestyrelsen ikke fører tilsyn hermed, vil der ikke være grundlag for at vurdere, om selskabet har et tilstrækkeligt kapitalberedskab eller reagere på væsentlige kapitaltab.

Vurderingen af kapitalberedskabet kræver, at bestyrelsen både forholder sig til selskabets tidligere resultater samt til fremtidige indtjeningsevne.¹⁹⁷ Bestyrelsen skal således til enhver tid forholde sig til selskabets finansielle forhold og rapporteringen herom fra direktionen og revisionen. Selskabsloven stiller ikke særlige solvenskrav og indeholder i øvrigt ingen beskrivelse af, hvad der anses for et forsvarligt kapitalberedskab.¹⁹⁸ Det følger dog af forarbejderne til § 115, at definitionen af et forsvarligt kapitalberedskab varierer fra selskab til selskab. Vurderingen må foretages på baggrund af selskabets forretningsgrundlag og risikoprofil, så der sikres balance mellem selskabets aktiviteter og kapital.¹⁹⁹ Der vil typisk ikke være samme behov for en solid egenkapital i selskaber med stabile indtægter og et begrænset investeringsbehov. Modsat vil der i nye selskaber med usikkert indtjeningspotentiale og behov for investeringer, i højere grad være behov for egenkapital, førend selskabet har et forsvarligt kapitalberedskab. Selvom selskabet har en lav egenkapital vil dette dog ikke foranledige, at kapitalberedskabet er uforsvarligt, hvis selskabet fremadrettet har et indtjeningspotentiale og der er lagt troværdige budgetter herfor. Selskabet bør dog have tilstrækkeligt kapital til at modstå

¹⁹⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 573ff. og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 693.

¹⁹⁷ Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 572.

¹⁹⁸ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466f. og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 572.

¹⁹⁹ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 719.

midlertidige fald i indtjeningen, men der stilles ikke krav til, at selskaber opbygger en stor kapitalreserve, der ikke berøres.²⁰⁰

Det følger af selskabslovens § 119, at bestyrelsen skal sikre at generalforsamling afholdes, hvor selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. Bestemmelsen pålægger bestyrelsen en udvidet reaktionspligt ved kapitaltab samt modificerer tilsynspligten.²⁰¹ Der kan derfor også stilles spørgsmål ved, om visse frifindende afgørelser fra før indførelse af § 119 ville være faldet anderledes ud i dag, set i lyset af den udvidede reaktionspligt.²⁰² Bestemmelsen blev indsat ved selskabsreformen i 2009 på grundlag af Betænkning om Modernisering af selskabsretten og forslag nr. 170 af 25. marts 2009 til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Det må være sikkert, at det kan påvirke culpabedømmelsen for bestyrelsen hvis denne pligt ikke overholdes, da bestyrelsen afskærer kapitalejerne fra at udtale sig om kapitaltabet.²⁰³ Manglende iagttagelse af § 119 vil dog ikke i sig selv være ansvarspådragende. Derimod vil bestyrelsens konstatering af tab af selskabskapital og håndtering heraf være central for culpabedømmelsen.²⁰⁴

Kapitalselskabers konkurs medfører ikke i sig selv, at bestyrelsen eller kapitalejerne kan holdes personligt ansvarlig. Dette er et resultat af den begrænsede hæftelse, som findes for kapitalselskaber.²⁰⁵ Det er således ikke ansvarspådragende i sig selv, at bestyrelsen ikke har formået at drive selskabet profitabelt.²⁰⁶ Derimod må foretages en vurdering af, om bestyrelsen har tilsidesat sin pligt efter selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 5.

4.3.5.1 Tilpasning og indstilling af drift

Det fremgår ikke af selskabslovens § 115, hvordan bestyrelsen er forpligtet til at handle, når det er konstateret, at selskabets kapitalberedskab ikke længere må anses for forsvarligt.²⁰⁷ Dette skyldes netop, at det vil afhænge af det konkrete selskabs profil og størrelse, hvilke indgreb der kan anses for at være de rette.

²⁰⁰ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466f. og Betænkning nr. 1498/2008, s. 302 samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 572.

²⁰¹ Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 701, samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 566, 577.

²⁰² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 701 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 577.

²⁰³ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 698.

²⁰⁴ Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 374 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 697.

²⁰⁵ Se afsnit 3.1 om Grundlæggende om kapitalselskaber.

²⁰⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 575.

²⁰⁷ Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, s. 5466.

Af selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 5 kan dog udledes en handlenorm, hvorefter bestyrelsen både har ret og pligt til at forsøge at lede et nødlidende selskab gennem finansielle udfordringer og forsøge at overvinde disse. Større kapitaltab medfører således ikke nødvendigvis, at bestyrelsen bør indgive konkursbegæring, jf. også U 2015.2075 H (Memory Card Technology), hvor Højesteret fastslog, at bestyrelsen skulle have reageret på selskabets kapitaltab ved at indstille eller tilpasse driften. Handlenormen, hvorefter bestyrelsen må reagere på kapitaltab, kan således iagttages ved enten tilpasning eller indstilling af driften afhængigt af omstændighederne.²⁰⁸

Bestyrelsen kan foretage en række indgreb med henblik på tilpasning af virksomheden for at redde flere værdier i selskabet end ved indstilling.²⁰⁹ Tilpasning af selskabets virksomhed vil have forretningsmæssig karakter og bestyrelsen vil derfor indrømmes en forretningsmæssig skønsmargin. Bestyrelsen vil ikke ifalde ansvar for beslutninger med henblik på tilpasning af selskabets drift, hvis disse er truffet på et forsvarligt grundlag og ikke varetager andre interesser end selskabets, jf. også U 2006.2637 H (AOF), hvor bestyrelsen blev ansvarsfri på trods af det længerevarende og betydelige driftsunderskud, da bestyrelsen løbende havde udvidet tilsynet med selskabets finansielle forhold og holdt et betydeligt antal bestyrelsesmøder med henblik på at sikre et forsvarligt beslutningsgrundlag.²¹⁰ Afgørende bliver således, om bestyrelsen har indhentet alle relevante oplysninger, herunder om selskabets interne forhold og udviklingen på markedet samt om kreditorernes opbakning. Det må antages, at beslutningsgrundlaget ikke kan anses for forsvarligt, hvis ikke bestyrelsen har iagttaget tilsynspligterne efter selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 1-5 med den omhu der kræves for et nødlidende selskab.²¹¹

Det er i retspraksis anerkendt, at tilpasningen kan have mange former, jf. også U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser), hvor Højesteret fandt, at der måtte ske indstilling af driften, medmindre der blev tilført yderligere kapital og foretaget en omlægning af driften. Afhængig af selskabets situation og alvoren heraf kan tilpasning ske ved mindre ændringer i selskabets organisation og drift, mens det i andre tilfælde kan være nødvendigt at lade selskabet undergå en rekonstruktion enten indenretligt

²⁰⁸ Ibid., s. 5466f.

²⁰⁹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 698.

²¹⁰ Se afsnit 4.2 om Det forretningsmæssige skøn og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 704f.

²¹¹ Se afsnit om 4.3.3 om Tilsyn med direktionen og afsnit 4.3.4 om Tilsyn med finansielle forhold samt Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: *Bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag*, ET.2018.58, s. 3, 6.

eller udenretligt.²¹² I det omfang bestyrelsen forsøger at tilpasse selskabets drift, må bestyrelsen løbende vurdere, om tilpasningen har den tilsigtede virkning. Såfremt tilpasning af driften viser sig at være udsigtsløs, må driften i sidste ende indstilles. Indstilling af driften vil dække likvidation, konkursbegæring, virksomhedssalg mv. I de tilfælde, hvor bestyrelsen indstiller driften, bør alle kreditorinteresser tilgodeses på lige vilkår. Handlenormen må forstås i sammenhæng med bestyrelsens loyalitetspligt og ingen kreditorer må begunstiges på bekostning af andre. Derimod skal indstillingen ske i overensstemmelse med selskabsretlige og konkursretlige principper.²¹³

Beslutning om tilpasning eller indstilling af selskabets drift bør ske med inddragelse af generalforsamling, jf. også selskabslovens § 119, hvorefter bestyrelsen på generalforsamling skal redegøre for kapital-selskabets økonomiske stilling og om fornødent stille forslag om foranstaltninger, der bør træffes, herunder om kapital-selskabets opløsning.²¹⁴

Bestyrelsens misligholdelse af handlenormen har i en række tilfælde resulteret i, at kreditorer lider betydelige tab i forbindelse med, at selskabets konkurs bliver udskudt mod stiftelse af nye gældsforpligtelser. Denne fortsatte drift af selskabet vil anses for culpøs, idet kreditorerne påføres yderligere tab. I disse ansvarssager er det derfor væsentligt at fastlægge, på hvilket tidspunkt drift burde være indstillet.²¹⁵

4.3.5.2 Håbløshedstidspunktet

Litteratur og retspraksis har introduceret begrebet "Håbløshedstidspunktet", der dækker over det tidspunkt, hvor det var eller burde være klart for bestyrelsen, at det var håbløst at fortsætte selskabets drift. Håbløshedstidspunktet anvendes af domstolene ved efterfølgende retssager til at fastlægge det tidspunkt, hvor bestyrelsens fortsatte drift overgik til at være culpøs. Fastlæggelse af håbløshedstidspunktet har været aktuelt i en række sager.²¹⁶

²¹² Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 373 og Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 752.

²¹³ Se afsnit 3.3 om Selskabsinteressen og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 578ff. og Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 744 samt Christensen, Jan Schans: *Kapital-selskaber*, s. 704f.

²¹⁴ Betænkning nr. 1498/2008, s. 1050 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 701 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 577 samt Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 373.

²¹⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 697 og Christensen, Jan Schans: *Kapital-selskaber*, s. 704 samt Weitemeyer, Thomas og Pedersen, Anders Kjær Dybdahl, ET.2010.95, s. 2f.

²¹⁶ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 697.

Afgørelsen U 1977.274 H (Havemann) omhandlede, hvornår håbløshedstidspunktet indtrådte. Selskabet havde gennem længere tid været i økonomiske vanskeligheder og forsøgt at finde en løsning herpå. Bestyrelsen modtog et revideret regnskab fredag den 14. februar 1975, som viste et underskud på 8,2 mio. kr. Mandag den 17. februar 1975 indgik selskabets advokater, efter anmodning fra bestyrelsen, i en række forhandlinger i forsøg på at redde virksomheden. Tirsdag den 18. februar 1975 modtog selskabet en varelevering på kredit, mens forhandlingerne endnu var i gang. Samme dag om eftermiddagen blev der afholdt generalforsamling, hvor det blev besluttet, at selskabet som resultat af de mislykkede forhandlinger skulle træde i likvidation som insolvent. Tvisten blev, hvorvidt håbløshedstidspunktet var indtrådt mandag den 17. februar 1975, således bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende ved modtagelse af varepartiet på kredit den 18. februar 1975. Højesteret fandt, at leverandøren ikke kunne få medhold i, at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende, idet der også den 18. februar 1975 blev ført seriøse forhandlinger med henblik på at finde en løsning, selvom der allerede den 17. februar var indkaldt til generalforsamling med henblik på likvidation. Likvidationen var dog ikke allerede uundgåelig den 17. februar 1975, selvom der var meget ringe udsigt til, at forhandlingerne endte med gunstige resultater.

Afgørelsen illustrerer, at bestyrelsen må tildeles en vis skønsmargin til at vurdere, om selskabet kan reddes.²¹⁷ Væsentligt var, at forhandlingerne også den 18. februar 1975 var reelle, hvorfor fortsat drift ikke kunne karakteriseres som håbløs.²¹⁸ Såfremt bestyrelsen allerede inden forhandlingerne endeligt var afsluttet valgte at indstille driften og afvise at modtage varer, ville det kunne påvirke bestyrelsens forhandlingsposition. Det kan være nødvendigt for bestyrelsen at optage nye gældsforpligtelser på trods af de økonomiske vanskeligheder, herunder hvis dette er til gavn for selskabets position i igangværende forhandlinger. Bestyrelsen behøver således ikke på eget initiativ at oplyse om de økonomiske vanskeligheder i enhver situation.²¹⁹ Bestyrelsen må derimod indrømmes en margin for at træffe forretningsmæssige beslutninger på forsvarligt grundlag, mens der stadig er et spinkelt potentiale for fortsat drift. Denne retsstilling må anses for fortsat at være gældende, selvom selskabsloven har undergået en række ændringer siden 1977, jf. også U 2015.257 V (G-Kartofler).²²⁰

²¹⁷ Se afsnit 4.2 om Det forretningsmæssige skøn.

²¹⁸ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 699 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 111.

²¹⁹ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 693.

²²⁰ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 121, 127.

Afgørelsen omhandlede ligeledes, hvorvidt bestyrelsen havde drevet selskabet udover håbløshedstidspunktet. Sagen omhandlede et selskab som besad en stor markedsandel ved at formidle videresalg af kartofler. Selskabet havde i en årrække underskud og den 4. april 2010 kunne tabet opgøres til 6,4 mio. kr. Selskabet modtog levering af kartofler på kredit helt frem til, at selskabet gik i betalingsstandsning i maj 2010. Den 3. maj afholdte selskabets bestyrelse, revisor og advokat møde med banken, hvor det blev klart, at banken ikke længere kunne yde kredit. Spørgsmålet blev ved landsretten, om bestyrelsen burde have indstillet driften tidligere og således var ansvarlig for varemodtagelsen. Landsretten frikendte bestyrelsen og lagde vægt på, at selskabet i perioden fra januar 2010 havde drøftet og forhandlet med banken, der var informeret om selskabets forhold. Banken havde i hele perioden frem til den 3. maj bakket op om virksomheden indtil betalingsstandsningen. Derudover blev der lagt vægt på, at bestyrelsen havde kontakt til en række forskellige virksomheder med henblik på at fusionere eller indgå andet samarbejde. Det blev yderligere inddraget i vurderingen, at der forekom en generelt vanskelige markedssituation for kartoffelbranchen, som var almindelig kendt. Landsretten fandt på denne baggrund, at der var en reel og realistisk mulighed for, at selskabet kunne drives videre. Bestyrelsen burde derfor ikke forud for mødet den 3. maj 2010 have indset, at videreførelse ikke kunne ske uden tab for kreditorerne.

Landsretten genbekræftede, at bestyrelsen måtte indrømmes en væsentlig skønsmargin i vurderingen af, om selskabet kunne reddes. Landsretten lagde vægt på de almindelige kendte vanskeligheder i kartoffelbranchen. Det kan udledes heraf, at når der generelt er vanskeligheder på markedet, som ikke kan imødekommes ved blot at ændre forholdene internt i selskabet, må bestyrelsen indrømmes en skønsmargin for fortsættelse af driften med tiltro til, at markedssituationen ville vende. Landsretten tillagde det videre vægt, at banken løbende blev gjort bekendt med selskabets regnskaber og var fuldt oplyste om de økonomiske vanskeligheder. Heraf kan udledes, at bestyrelsen må indrømmes en bredere skønsmargin i situationer, hvor det åbent er erklæret for kreditorerne, at virksomheden er nødlidende og hovedkreditorerne endnu ikke har trukket deres støtte.²²¹ Angående forhandlingerne fandt landsretten ikke grundlag for at fastslå, at der ikke i en eller anden form var en realistisk eller reel mulighed for at indgå en fusion eller anden samarbejdsaftale. Afgørelsen slår endnu engang fast, at bestyrelsen må indrømmes en bred skønsmargin, når der er en spinkel mulighed for, at forhandlinger kan medføre et positivt resultat og håbløshedstidspunktet er derfor ikke indtrådt på dette tidspunkt.

²²¹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 699.

Såfremt der ikke er aktuelle forhandlinger med investorer, købere eller banker omkring selskabets fremtid, vil dette derimod tale for, at håbløshedstidspunktet er indtrådt.

Afgørelsen U 1998.1137 H (OKStimist) omhandlede bestyrelsens potentielle ansvar for drift af en fodboldklub udover håbløshedstidspunktet. Den 6. marts 1989 forelå regnskab for året 1988. Ved bestyrelsesmøde den 4. april 1989 gennemgik bestyrelsen resultatbudgettet for år 1989. Selskabet blev erklæret konkurs den 5. januar 1990. Landsretten foretog en vurdering af, hvornår det burde have stået klart for bestyrelsen, at det var håbløst at drive selskabet videre i samme form. Landsretten fandt, at bestyrelsen allerede den 6. marts 1989 måtte være bekendt med, at selskabets økonomiske situation var meget alvorlig, hvorfor bestyrelsen allerede på dette tidspunkt burde have gjort sig overvejelser om selskabets fortsatte drift. Dog fastsatte landsretten håbløshedstidspunktet til den 4. april 1989, hvor bestyrelsen uden reelt grundlag opjusterede de forventede sponsorindtægter frem for at forholde sig til selskabets tabsgivende drift. Landsretten udtalte videre: "Ved på trods af denne usikre økonomiske situation at fastholde selskabet i nogle ud fra selskabets økonomiske forhold alt for betydelige forpligtelser, enten ud fra manglende økonomisk overblik eller ud fra nogle ikke nærmere definerede forventninger om at kunne redde selskabet, findes den samlede bestyrelse at burde have indset, at fortsat drift ville være yderligere underskudsgivende". Bestyrelsen havde derved handlet ansvarspådragende ved at fortsætte driften. Højesteret tilsluttede sig landsrettens afgørelse og begrundelse.

I afgørelsen var der ikke ført forhandlinger eller foranlediget tilpasning, der på anden vis gav udsigt til, at selskabet kunne få tilført kapital. Da bestyrelsen ikke foretog skridt mod tilpasning af selskabet efter mødet den 6. marts 1989, hvor bestyrelsen blev bevidst om de finansielle udfordringer, behandlede landsretten, om håbløshedstidspunktet kunne fastslås til denne dato. Landsretten og Højesteret var dog, på trods af at bestyrelsen forholdt sig passivt, tilbageholdende med at fastlægge håbløshedstidspunktet til den 6. marts 1989, da det ikke kunne anses for sikkert, at alt håb for fremtidig drift var ude. Håbløshedstidspunktet kunne derfor tidligst statuere den 4. april 1989, hvor bestyrelsen undlod at reagere på forholdene ved resultatbudgetteringen for 1989. Afgørelsen illustrerer således, at dom-

stolene er tilbageholdende med at pålægge bestyrelsen ansvar, førend alt håb for selskabets fremtidige drift med sikkerhed er ude.²²²

Håbløshedstidspunktet kan betragtes som en vurdering af, hvornår bestyrelsen ikke længere skal forsøge at tilpasse selskabet i selskabsinteressen, men i stedet må indstille driften i kreditorernes interesse. Bestyrelsen skal som udgangspunkt varetage selskabsinteressen, hvilket dækker over både selskabets, kapitalejernes og kreditorernes interesser. På det tidspunkt, hvor fortsat drift af selskabet må anses for håbløst, er der ikke længere et hensyn til selskabet eller kapitalejerne at varetage, idet selskabets formue er tabt og kapitalandele dermed er værdiløse. Bestyrelsen må derimod koncentrere sig om at mindske kreditorernes tab, jf. også U 2015.257 V (G-kartofler), hvor landsretten fandt, at det var håbløst at drive selskabet videre “uden tab for kreditorerne”. På håbløshedstidspunktet overgår selskabsinteressen dermed til primært at angå kreditorinteresser.²²³

4.3.5.3 Insolvenstidspunktets betydning

Håbløshedstidspunktet må holdes adskilt fra insolvenstidspunktet. Det følger af konkursloven, at en skyldner er insolvent, hvis denne ikke kan opfylde sine forpligtelser efterhånden som de forfalder, jf. konkurslovens § 17, stk. 2. Insolvenstidspunktet kan anses for værende det konkursretlige tidspunkt, hvor bestyrelsen bør indstille driften. Dette tidspunkt vil som udgangspunkt ligge før håbløshedstidspunktet, idet insolvensvurderingen baseres på selskabets likviditet.²²⁴ Vurderingen af håbløshedstidspunktet beror på en række elementer, herunder om der er udsigt til at selskabets drift kan tilpasses og selskabet derigennem kan drives videre. Undtagelse til dette udgangspunkt må dog være de tilfælde, hvor selskabet holdes i live ved, at selskabets kreditorer fortsætter med at stille kredit til rådighed. I dette tilfælde vil insolvenstidspunktet ikke være indtrådt, idet selskabet fortsat kan opfylde sine forpligtelser efterhånden som de forfalder. Derimod vil håbløshedstidspunktet være indtrådt, idet selskabets drift alene finansieres af kredit, hvor tilbagebetaling fremstår udsigtsløs, jf. også U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser), hvor grundlaget for finansiering af selskabets drift var de forudbetalinger, der var modtaget fra kunderne. Højesteret fandt, at håbløshedstidspunktet indtrådte i sommeren 1996, selvom selskabet på dette tidspunkt ikke var illikvidt. Sondringen mellem insolvenstidspunktet og håbløshedstidspunktet har betydning, idet bestyrelsen ikke ifalder ansvar for drift udover insolvens-

²²² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 697.

²²³ Se afsnit 3.3 om Selskabsinteressen og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 213ff. samt Weitemeyer, Thomas og Pedersen, Anders Kjær Dybdahl, ET.2010.95, s. 2f.

²²⁴ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 15f.

tidspunktet. Tidspunkterne kan dog ikke holdes fuldstændig adskilt og bestyrelsen må nødvendigvis forholde sig til selskabets drift på det tidspunkt, hvor selskabet ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser efterhånden. Særligt reglerne om rekonstruktion i konkursloven vil være anvendelige på det tidspunkt, hvor selskabet befinder sig mellem insolvenstidspunktet og håbløshedstidspunktet.²²⁵

4.4 Særligt om tab

En betingelse for at pålægge bestyrelsen et erstatningsansvar er, at skadelidte er påført et økonomisk tab. Såfremt tabet ikke kan påvises og dokumenteres, må der ske frifindelse, uanset at bestyrelsen har handlet culpøst.²²⁶ I sager om bestyrelsesansvar vil skadelidte navnlig være selskabet, kreditorerne eller kapitalejerne.²²⁷ Hvor selskabet er drevet ud over håbløshedstidspunktet, vil det som udgangspunkt være konkursboet, der fører erstatningssag mod bestyrelsen. Undtagelsen hertil vil være tilfælde, hvor det ikke er selskabet, men enkelte kreditorer eller kapitalejere, der har lidt det direkte tab.

Såfremt bestyrelsen anses for at være i kontraktforhold med selskabet, vil tabsopgørelsen kunne ske efter den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktinteresse. Uden for kontrakt vil tabet opgøres efter reglerne om negativ kontraktinteresse. Dækning af det formuetab, der er påført selskabet, vil dog være det centrale og kan dækkes efter begge opgørelsesmetoder, hvorfor sondringen ikke bliver væsentlig.²²⁸

I praksis kan skadelidtes opgørelse af tab i sager om bestyrelsesansvar give anledning til udfordringer. Skadelidtes tab beregnes som forskellen i skadelidtes økonomiske position i henhold til det faktiske hændelsesforløb sammenholdt med det hypotetiske hændelsesforløb.²²⁹ Det kræver omfattende bevisførelse at dokumentere, hvordan selskabets drift konkret er påvirket og hvordan udviklingen havde set ud, hvis bestyrelsen havde handlet forsvarligt. I de sager, hvor bestyrelsen tilsidesætter tilsynspligten eller fortsætter selskabets drift udover håbløshedstidspunktet, vil fastlæggelsen af det hypotetiske hændelsesforløb være en undersøgelse af, hvordan skadelidtes økonomiske situation ville se ud, hvis bestyrelsen havde ført tilstrækkeligt tilsyn eller indstillet selskabets drift rettidigt. Den øko-

²²⁵ Pedersen, Camilla Ottilia John: NTS 2016.2/3, s. 17f.

²²⁶ Se afsnit 2.3.2 om Tab.

²²⁷ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 278 og Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 216.

²²⁸ Se afsnit 2.3.2 om Tab og Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 683 samt Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 55f.

²²⁹ Se afsnit 2.3.2 om Tab og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 278.

nomiske forskel herimellem udgør netop tabet, jf. differencemetoden.²³⁰ Landsretten tilsluttede sig denne metode ved opgørelse af tabet i U 2019.1907 H (Capinordic Bank)

I afgørelsen tog landsretten stilling til, hvordan tabet skulle opgøres for en række uforsvarlige udlån, som bestyrelsen havde truffet beslutning om. Hertil udtalte landsretten: “Tabsopgørelsen må efter almindelige erstatningsretlige principper ske således, at sagsøgeren stilles, som om det uforsvarlige lån ikke var blevet bevilget. Det indebærer, at tabet skal opgøres som det samlede beløb, banken har udbetalt, med fradrag af det samlede beløb, der er indbetalt af kunden til banken. Var det uforsvarlige lån ikke blevet bevilget, havde banken ikke haft indtægter i form af renter og gebyrer på lånet [...]”

Landsretten foretog en sammenligning mellem det faktiske og det hypotetiske hændelsesforløb. Højesteret tilsluttede sig denne beregning. Afgørelsen er illustrativ for, at det er skadelidtes faktiske tab, der kan søges erstattet. De indtægter, som skadelidte har haft i forbindelse med beslutningens gennemførelse, kan således ikke holdes uden for tabsopgørelsen.

Sager om drift udover håbløshedstidspunktet har givet anledning til diskussion af, hvorvidt tabet skal opgøres som forøgelsen af underbalancen fra håbløshedstidspunktets indtræden frem til konkurs eller som gæld stiftet efter håbløshedstidspunktets indtræden. Domstolene har i en række afgørelser behandlet, hvordan konkursboet kan opgøre tabet ved søgsmål mod bestyrelsen.²³¹

I afgørelsen U 1998.1137 H (OKStimist) fandt Højesteret, at selskabets bestyrelse den 4. april 1989 burde have indset, at det var uforsvarligt at fortsætte driften af selskabet. Den 5. januar 1990 blev selskabet erklæret konkurs. Ved opgørelse af tabet tog både landsretten og Højesteret udgangspunkt i forskellen mellem underbalancen den 4. april 1989 og den 5. januar 1990. Landsretten fandt dog, at tabet under de konkrete omstændigheder var umuligt at fastslå, og frifandt bestyrelsen. Højesteret fandt, at det foretagne syn og skøn af passivposter i regnskabet kunne danne grundlag for en skønsmæssig fastsættelse af tabets størrelse.

²³⁰ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebogen i erstatningsret*, s. 363. og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 278.

²³¹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 283.

Både Højesteret og landsretten fastslog således, at tabet skulle opgøres som forskellen i selskabets underbalance fra indtrædelse af håbløshedstidspunktet og frem til dekretdagen. Samme opgørelsesmetode er anvendt i en række senere afgørelser, jf. også U 2004.2253 H (Den alternative bankvirksomhed), U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser) og U 2014.2918 H (Aurora Fiskeimport). I praksis findes dog også eksempler på, at Højesteret har afvejet denne praksis om tabsopgørelsen.

Afgørelsen U 2006.243 H (Mindship Fonden) omhandlede Fondens konkurs i 1996. Fonden blev stiftet i 1995. Fondens formål var at drive kulturaktivitet og i den forbindelse åbnede fonden en restaurant. Fonden blev erklæret konkurs, da dens passiver var på 20 mio. kr. mens aktiverne alene var 4 mio. kr. I den forbindelse gjorde boet et erstatningsansvar gældende over for Fondens direktør og fire bestyrelsesmedlemmer, for ikke at have indstillet driften tidligere. Landsretten frifandt bestyrelsen. For Højesteret angik sagen alene erstatningskravet mod direktøren og et af bestyrelsesmedlemmerne. Højesteret udtalte, at bestyrelsesmedlemmet i hvert fald på mødet den 23. september 1996 burde have indset, at driften ikke forsvarligt kunne fortsættes, medmindre det skete på en måde, hvor fonden ikke pådrog sig yderligere gældsforpligtelser, eksisterende gæld ikke blev nedbragt og hvor varekøb alene skete mod kontant betaling. Bestyrelsesmedlemmet blev af de grunde pålagt et erstatningsansvar på 3,6 mio. kr. for uberettiget betaling af gammel gæld og stiftelse af ny gæld efter denne dato.

Højesteret fastlagde håbløshedstidspunktet til den 23. september 1996. Det sagsøgte bestyrelsesmedlem blev erstatningsansvarlig for betaling af gammel gæld og for stiftelse af ny gæld efter den 23. september 1996. Højesteret opgjorde ikke tabet som den forøgede underbalance, men i stedet som ny gæld stiftet sammenlagt med gammel gæld betalt efter håbløshedstidspunktet. Afgørelsen kan anses for at være uoverensstemmende med både tidligere og efterfølgende praksis. Det må derfor forsigtigt kunne konkluderes, at afgørelsen om Mindship Fonden er en afstikker og at tabet må opgøres ved at sammenholde underbalancen på håbløshedstidspunktets indtræden med underbalancen ved efterfølgende opgørelse af gælden under konkursbehandlingen.²³² Håbløshedstidspunktet får således betydning for både culpabedømmelsen og tabsopgørelsen.

²³² Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 699 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 287f., 294f.

Skadelidte har også en tabsbegrænsningspligt i sager om bestyrelsesansvar.²³³ Såfremt skadelidte ikke sikre, at tabet formindskes i det omfang det er muligt, vil skadelidte ikke have krav på fuld erstatning. Anbringender om manglende iagttagelse af tabsbegrænsningspligt blev ført i U 2019.1907 H (Capinordic Bank). I sagen blev det anført, at Finansiell Stabilitet ved blandt andet realisering af aktier efter kursfald, manglende forfølgelse af krav, manglende sikring af afbetaling på indestående lån, havde forsømt at begrænse tabets størrelse. Hverken Højesteret eller landsretten fandt det godtgjort, at tabsbegrænsningspligten var tilsidesat i den konkrete sag.

4.4.1 Særligt om egen skyld

Reglerne om egen skyld kan begrunde nedsættelse af erstatningskravet.²³⁴ Kreditorer må af egen drift sikre, at de har modtaget tilstrækkelige oplysninger til at foretage en kreditvurdering. I det omfang kreditorer på et oplyst grundlag har udlånt penge eller leveret varer på kredit til usolide selskaber, kan erstatningskravet nedsættes med henvisning til egen skyld, jf. også U 1982.595 H (Entreprenørselskabet) hvor leverandøren påtog sig en forøget kreditrisiko ved at forlænge kreditten, efter at leverandøren var blevet gjort opmærksom på selskabets finansielle udfordringer. Dertil kommer, at det kan betragtes som egen skyld, hvis kreditor helt har undladt at indhente tilstrækkelige oplysninger forinden påtagelse af kreditrisikoen. Det må afhænge af omstændighederne, hvor mange oplysninger en kreditor må forventes at indhente inden kreditgivningen.²³⁵ Vurderingen vil dog være relativ. Såfremt bestyrelsen har handlet forsætligt eller ved grov uagtsomhed og kreditor alene har handlet med simpel uagtsomhed, vil der næppe ske nedsættelse af erstatningen.²³⁶

Det vil som hovedregel ikke påvirke konkursboets krav mod bestyrelsen, at kreditorerne har udvist egen skyld, idet der ikke er identitet mellem kreditorer og konkursboet. Undtagelse hertil må dog være de tilfælde, hvor alle eller en væsentlig del af kreditorerne har udvist egen skyld.²³⁷

4.4.2 Konkursboet eller kreditors tab

Det kan i visse tilfælde give anledning til vanskeligheder at afgrænse, om et krav tilhører konkursboet eller de enkelte kreditorer. Kreditorer kan som udgangspunkt ikke anlægge sag med samme faktiske

²³³ Se afsnit 2.3.2 om Tab.

²³⁴ Se afsnit 2.6 om Skadelidtes egen skyld og Werlauff, Erik: *Selskabsmasken*, s. 334f. samt Ørgaard, Anders: NTS 2016.2/3, s. 22ff.

²³⁵ Hansen, Søren og Jens Krenchel: *Dansk selskabsret 2*, s. 719f.

²³⁶ Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 475 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 688.

²³⁷ Ørgaard, Anders: NTS 2016.2/3, s. 26.

og retlige grundlag i konkurrence med boets krav. Dette følger af det insolvensretlige lighedsprincip og kurators adgang til sagsanlæg efter konkurslovens § 135.²³⁸

Afgørende for søgsmålsadgang bliver derfor, om der er påført selskabet et tab, som konkursboet overtager i forbindelse med dekretets afsigelse eller om der er påført de enkelte kreditorer et direkte tab, som ikke afledes af selskabets tab. Sondringen har været diskuteret i forbindelse med kredit, der er givet til selskaber efter indtrædelse af håbløshedstidspunktet. Dette skyldes hovedsageligt, at kreditorerne ikke får deres fulde tab dækket ved anmeldelse i konkursboet. Derimod modtager kreditorerne alene dividende, hvilket foranlediger et tab, som kreditorerne ønsker at rette mod de ansvarlige.²³⁹ Det kan diskuteres om tabet reelt rammer selskabet eller alene kreditorerne og hvem der således er berettiget til at rette kravet mod bestyrelsen.

Højesteret har i U 2015.2075 H (Memory Card Technology) slået fast, at boet kan rejse krav vedrørende drift udover håbløshedstidspunktet på samtlige kreditors vegne, uanset at disse kreditorer har et selvstændigt krav.²⁴⁰ Højesteret har af flere omgange behandlet, hvornår kreditorerne derudover selvstændigt kan gøre krav gældende mod bestyrelsen.

Afgørelsen U 2014.1346 H (eHuset) omhandlende revisors ansvar for en række årsregnskaber, der ikke var retvisende. Banken havde forinden selskabets konkurs overtaget lånengagementet fra en anden bank og forhøjet kreditten med baggrund i de misvisende regnskaber. Højesteret måtte under sagen tage stilling til, om konkursboets krav mod revisoren afskar banken fra at anlægge sag mod revisoren. Herom udtalte Højesteret, at “konkursboets sagsanlæg ikke kan afskære [banken] fra særskilt at rejse krav om erstatning for det tab, som banken gør gældende at have lidt ved at have ydet kredit til eHuset i tillid til de revisorpåtegnede regnskaber [...], idet kravet angår erstatning for en skade, som direkte og individuelt har ramt denne kreditor.”

Kendelsen U 2014.2918 H (Aurora Fiskeimport) omhandlede revisors ansvar for blank påtegning af årsrapport. To leverandører samt konkursboet havde anlagt sag mod revisor. Konkursboet havde dernæst påstået, at leverandørerne skulle hæve sagerne med henvisning til, at

²³⁸ Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 1615.

²³⁹ Ørgaard, Anders: U 2015B.77, s. 46f.

²⁴⁰ Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov m.fl.: *Konkurs* s. 649.

kravet tilkom konkursboet. Herom udtalte Højesteret, at leverandørernes krav var baseret på, at de i tillid til påtegningen havde leveret fisk på kredit, hvilket de ikke ville have gjort, hvis den revisionspåtegnede årsrapport ikke var blevet fremvist. Konkursboets krav var derimod baseret på, at selskabet havde fortsat den tabsgivende drift som følge af påtegningen, hvilket havde forringet selskabets balance yderligere. Højesteret fandt med den begrundelse og med henvisning til U 2014.1346 H (eHuset), at kravene ikke hvilede på samme grundlag og konkursboets krav kunne derfor ikke afskære leverandørerne fra at kræve erstatning for skade, der direkte og individuelt har ramt leverandørerne.

I U 2015.2075 H (Memory Card Technology) behandlede Højesteret atter spørgsmålet om kreditorernes adgang til sagsanlæg. Herom udtalte Højesteret, at “et tab, en kreditor har lidt, f.eks. ved at yde kredit til selskabet efter det tidspunkt, hvor driften burde have været indstillet eller tilpasset, kan kreditor efter omstændighederne også selv kræve erstattet ved et krav mod ledelsen og revisor”. I den konkrete sag fandt Højesteret, at det var de samme ansvarspådragende fejl, der var skyld i skaderne. Boets krav på erstatning hvilede dog fortsat på et andet grundlag end kreditorens krav i forhold til årsagsforbindelsen og tabsopgørelsen. Højesteret henviste i afgørelsen til U 2014.1346 H (eHuset) og U 2014.2918 H (Aurora Fiskeimport).

Afgørelserne illustrerer, at kreditorerne vil have adgang til at anlægge sag, hvis kravet hviler på et selvstændigt grundlag og tabet direkte og individuelt har ramt kreditoren. Dertil kommer, at kreditorernes krav ikke afskæres blot fordi, at det er de samme ansvarspådragende forhold, der ligger til grund for kravet, hvis kravet hviler på et andet grundlag. Kreditor vil have denne søgsmålsadgang, selvom kreditors krav på tidspunktet for sagsanlægget indgår i konkursboets krav og kreditorerne derigennem potentielt kunne få del i dividenden.²⁴¹ Afgørelserne vedrører revisoransvar, men vurderingen af, hvornår kreditorerne er direkte og individuelt berørt, kan ligeledes anvendes vedrørende bestyrelsesansvar.

I litteraturen er det diskuteret, om der reelt er konkurrence mellem kravene. Et tab kan alene lides ét sted. Derimod kan samme ansvarspådragende adfærd ramme flere skadelidte og derigennem foranledige flere erstatningskrav.²⁴² I relation til drift udover håbløshedstidspunktet, vil ansvaret over for

²⁴¹ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 673 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 289 samt Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow og Ulfbeck, Vibe: U 2015B.77, s. 4.

²⁴² Ørgaard, Anders: NTS 2015.2, s. 45, 50.

kreditor bygger på, at bestyrelsen for eksempel har modtaget varer på kredit og at kreditor som følge af konkursen ikke får dækket sit krav. Ansvar for selskabets bo vil bero på, at bestyrelsen på uforsvarlig vis har drevet selskabet videre og reduceret formuen. Kreditors opgørelse af tabet vil angå vareleveringen på kredit. Konkursboets opgørelse af tabet vil angå forøgelse af underbalancen fra håbløshedstidspunktets indtræden frem til konkurs. Hvis kreditor gennem søgsmål mod bestyrelsen får dækket tabet, vil bestyrelsen indtræde i kreditors krav i konkursboet. Kravet forbliver således i konkursboet som et regreskrav. Af denne årsag er det underordnet for boet, om kreditorer anmelder krav mod bestyrelsen og kreditors krav påvirker ikke konkursboets opgørelse. I litteraturen konkluderes med denne begrundelse, at kreditorernes og konkursboets tabsopgørelser er uafhængige og derfor ikke er i konkurrence.²⁴³

De kreditorer, der ikke har et selvstændigt krav må afvente udfaldet af de sager, som føres af konkursboet mod bestyrelsen, med henblik på at indhente flere midler til fordeling mellem kreditorerne ved konkursboets afslutning. Vælger konkursboet at opgive kravet uden forlig, kan kreditorerne dog føre sagen for egen regning og på egen risiko, jf. konkurslovens § 137, stk. 1, 1. pkt.

4.4.3 Konkursboet eller kapitalejers tab

Den ovenfor nævnte retsstilling om kreditors direkte søgsmålsret gælder tilsvarende for kapitalejere. Det er således et krav, at tabet direkte og individuelt har ramt kapitalejeren, for at denne kan rette kravet mod bestyrelsen. Denne retsstilling vil ligeledes være gældende efter konkurs. En kapitalejer kan for eksempel lide et direkte tab ved, at denne har tegnet kapitalandele i selskabet på baggrund af misvisende regnskaber eller ved bestyrelsens forkerte eller undladte oplysninger om selskabets forhold.²⁴⁴

Kapitalejerne kan derimod ikke rette krav mod bestyrelsen for de tab, som indirekte er lidt ved, at kapitalandelene i selskabet er blevet værdiløse, jf. også J.U.1997.74 Ø, hvor kapitalejere ikke kunne gøre krav på erstatning gældende over for bestyrelsen som følge af, at deres aktier var uden værdi. Derudover kan kapitalejere som udgangspunkt ikke stævne bestyrelsen for selskabets tab, jf. selskabslovens § 364, stk. 1. Det er alene selskabet eller kurator ved selskabets konkurs, der har søgsmålsretten for disse tab. Kapitalejere vil således ikke kunne rette krav mod bestyrelsen for de tab,

²⁴³ Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov og Ulfbeck, Vibe: U 2015B.77, s. 6f. og Ørgaard, Anders: NTS 2015.2, s. 50.

²⁴⁴ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 669f.

som er påført selskabet ved drift udover håbløshedstidspunktet, manglende opfyldelse af tilsynspligten mv.²⁴⁵ Såfremt boet opgiver kravet mod bestyrelsen, kan kapitalejerne dog føre sagen for egen regning og på egen risiko, jf. konkurslovens § 137, stk. 1, 1. pkt.²⁴⁶

Kapitalejere, der har indskudt kapital i selskabet, betragtes ikke som kreditorer. Kapitalejerne kan derfor ikke anmelde indskyderkrav i boet med kreditorstatus.²⁴⁷ Det vil være i strid med konkursretlige principper, hvis kapitalejerne kan omdanne kapitalindskud til fordringer mod selskabets konkursbo til skade for andre kreditorer, jf. også U 2021.139 H. Kapitalejere kan dog udmærket fungere som kreditor og derigennem have en fordring mod boet.²⁴⁸

4.5 Særligt om årsagsforbindelse og påregnelighed

Førend bestyrelsesmedlemmer ifalder ansvar, skal der kunne påvises årsagsforbindelse mellem bestyrelsens culpøse handling eller undladelse og det indtrådte tab.²⁴⁹ Spørgsmålet om årsagsforbindelse kan give udfordringer i sager om drift udover håbløshedstidspunktet, idet der kan være en række forhold i markedet, der er årsag til, at selskabet lider tab, som ikke kan henføres til bestyrelsens culpøse handling.²⁵⁰ Ligeledes vanskeliggøres vurderingen af, at bestyrelsesansvaret ofte vil være begrundet i flere handlinger eller undladelser over en vis periode og tabet vil ikke nødvendigvis være i umiddelbar tidsmæssig tilknytning til den culpøse handling.²⁵¹ Afgørende for erstatningsopgørelsen i sager om bestyrelsesansvar bliver således, hvorvidt skadelidte kan dokumentere, at det er den culpøse handling eller undladelse, der har medført tabet.

I sager vedrørende kreditorers tab på låneengagementer udstedt til virksomheder, der senere går konkurs, må det kunne påvises, at kreditgivningen skyldes fejl eller forsømmelser begået af bestyrelsen. Hvis bevis herfor ikke kan føres, må bestyrelsen frifindes.²⁵² Problemstillingen kan illustreres ved afgørelser afsagt vedrørende revisionens ansvar for fejlagtige regnskaber. Disse afgørelser vil også være illustrative for vurderingen af årsagsforbindelse for bestyrelsesansvaret.²⁵³

²⁴⁵ Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 668f. samt Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 729f.

²⁴⁶ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 732.

²⁴⁷ Se afsnit 3.6 om Kapitalselskabers konkurs.

²⁴⁸ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 181.

²⁴⁹ Se afsnit 2.3.3 om Årsagsforbindelse

²⁵⁰ Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 218.

²⁵¹ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 81.

²⁵² Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 218 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 673.

²⁵³ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 575, 583 samt Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 1638.

I afgørelsen U 2000.595 H (Hope Computer International) havde revisor forbedret et perioderegnskab, der senere indgik i meddelelse om forhold til Københavns Fondsbørs. Investorer investerede i selskabet på baggrund af meddelelsen. Selskabet gik senere konkurs. Højesteret måtte vurdere, om der var årsagsforbindelse mellem revisors ansvarspådragende handling og investorernes beslutning om investering. Højesteret bemærker, at investorerne tidligere havde tilbudt at købe aktierne, at investorerne havde været i dialog med bestyrelsen og nøglepersoner, og at investorerne investerede videre i selskabet efter, at de burde være oplyst om fejl i regnskabet. Af disse årsager fandt Højesteret ikke, at der var årsagsforbindelse mellem børsmeddelelsen og det tab investorerne led som følge af investeringen.

I U 2015.2075 H (Memory Card Technology) blev det vurderet, om der var årsagsforbindelse mellem bankens tab og selskabets revisors ansvarspådragende handling i forbindelse med regnskabsaflæggelsen i år 1999. I vurderingen lagde Højesteret vægt på udtalelser fra bankens medarbejdere samt kendskabet til bankens lånevillighed over for selskabet i perioden efter, at banken var blevet bekendt med selskabets underskud for første kvartal af år 2000. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at banken havde indstillet kreditgivningen, hvis regnskabet ikke var fejlbehæftet. Betingelsen om årsagsforbindelse mellem revisors ansvarspådragende fejl i regnskabet og bankens tab var således ikke opfyldt.

Afgørelserne illustrerer, at førend bestyrelsen kan holdes erstatningsansvarlige, skal tabet kunne henføres til netop de ansvarspådragende handlinger eller undladelser og ikke alene det faktum, at selskabet er gået konkurs. I afgørelserne havde kreditor ikke løftet bevisbyrden for årsagsforbindelse. Højesteret fandt derimod, at selvom kreditorerne havde været korrekt oplyst, havde de fortsat ydet lånene og påtaget sig den tilhørende kreditrisiko.

Spørgsmålet om årsagsforbindelse er ligeledes en del af begrundelsen for, hvorfor bestyrelsen næppe i sig selv kan ifalde erstatningsansvar for at have forbrudt sig mod formelle lovregler eller interne retningslinjer. Illustrativt herfor er manglende iagttagelse af kapitalberedskabsreglen i selskabslovens § 119.²⁵⁴ Hvis bestyrelsen har ført tilstrækkeligt tilsyn med selskabets finansielle forhold og kapitalberedskab, men forsømt at inddrage generalforsamlingen ved kapitaltab, vil der potentielt kunne

²⁵⁴ Se afsnit 3.4.1 om Bestyrelsens konkrete tilsynspligter.

rejses sag om ansvar. I relation til spørgsmålet om årsagsforbindelse vil det være vanskeligt at løfte bevisbyrden for, at det netop var den manglende indkaldelse til generalforsamlingen efter selskabslovens § 119, der var skyld i selskabets sammenbrud, og ikke de andre forhold, der lå forud for for sømmelsen.²⁵⁵

Det er i litteraturen almindeligt anerkendt, at kravene til årsagsforbindelse lempes, hvor bestyrelsen har handlet groft uagtsomt, herunder groft vildledt med regnskabernes indhold.²⁵⁶

Selvom det er godtgjort, at der foreligger årsagsforbindelse, er det yderligere et krav, at skaden er påregnelig.²⁵⁷ Såfremt skaden må anses for atypisk, vil dette efter konkret bedømmelse kunne lede til ansvarsfrihed. Bedømmelsen vil tage udgangspunkt i, om bestyrelsesmedlemmet har forøget risikoen for den skade, som faktisk er indtrådt.²⁵⁸

4.6 Særligt om lempelse

Erstatning efter selskabslovens § 361 kan nedsættes, når det findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt, jf. selskabslovens § 363, stk. 1. I praksis anvendes både selskabslovens § 363, stk. 1 og erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1 vedrørende lempelse af bestyrelsesansvaret.²⁵⁹ Som udgangspunkt anvendes specialreglerne om lempelse i selskabsloven forud for reglerne om lempelse i erstatningsansvarsloven. I teorien har forskellen mellem bestemmelserne været diskuteret med den konklusion, at selskabslovens lempelsesregel giver grundlag for lempelse, hvor der foreligger mild uagtsomhed mens erstatningsansvarslovens lempelsesregel ligeledes hjemler lempelse ved højere grader af uagtsomhed, hvis skadevolders forhold, skadelidtes interesse eller særlige omstændigheder begrunder lempelse. Der kan således være grundlag for subsidiært at påberåbe sig lempelse efter erstatningsansvarslovens § 24.²⁶⁰

Det er muligt for domstolene at lempe et bestyrelsesmedlems erstatningsansvar i de tilfælde, hvor det findes urimeligt at lade den pågældende erstatte det fulde tab. Domstolene foretager ikke af egen drift

²⁵⁵ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 101.

²⁵⁶ Se afsnit 2.3.3 om Årsagsforbindelse og Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 218 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 676f. samt Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 687.

²⁵⁷ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 688.

²⁵⁸ Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, s. 701.

²⁵⁹ Se afsnit 2.5 om Lempelse af erstatningsansvar og Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 816 samt Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 682.

²⁶⁰ Pedersen, Jan Timmermann: NTS 2003:2, s. 215, 222f.

en vurdering af, om ansvaret bør lempes. Vurderingen er meget konkret, idet der skal tages hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt. Denne lempelse udgør en skøns­mæssig lempelse af erstatningsansvaret og bør således ikke forveksles med lempelse som følge af skadelidtes egen skyld, som kan begrunde ansvarsfrihed hvis omstændighederne taler herfor.²⁶¹

Det følger af retspraksis, at alle bestyrelsesmedlemmer bedømmes ud fra samme ansvarsnorm.²⁶² I en række sager, hvor ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer er ifaldt erstatningsansvar, er der ligeledes ført subsidiær påstand om lempelse.

I afgørelsen U 1979.777 V (Det ulovlige aktionærlån), blev det inddraget i vurderingen af, om kravet skulle lempes, at bestyrelsesmedlemmerne havde undladt at føre tilsyn i tillid til, at de modtog underretning fra selskabets advokat og revisor, hvis de skulle gribe ind.

I afgørelsen U 2001.873 H (Salg til underpris) blev kravet mod bestyrelsesmedlemmets dødsbo lempet med henvisning til, at selskabets professionelle rådgivere, herunder advokat og revisor, som begge deltog i gennemførelsen af dispositionerne, ikke gjorde bestyrelses­medlemmet opmærksom på de kritisable forhold. Denne skyldgrad begrundede således lem­pelse af erstatningsansvaret.

Afgørelserne illustrerer, at domstolene ved lempelsespørgsmålet lægger vægt på, hvilken andel det ikke-professionelle bestyrelsesmedlem har haft i den tabsforvoldende beslutning. Derudover må det tillægges vægt, om det ikke-professionelle medlem har haft mulighed for at modvirke beslutningen samt hvorledes denne har kunne agere med tillid til andre professionelle parter, som kunne gøre medlemmet opmærksom på kritisable forhold.²⁶³

Lempelse kan nægtes med henvisning til graden af uagtsomhed fra bestyrelsen, jf. også U 2011.1290 H (Brødrene Erleben) og U 2012.2102 H, hvor Højesteret nægtede at lempe ansvaret med henvisning til karakteren af den ansvarspådragende adfærd, som bestyrelsesmedlemmet havde udvist. Afgør-

²⁶¹ Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 1637 og Werlauff, Erik: *Selskabsret*, s. 665.

²⁶² Se afsnit 4.1.1 om Ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer.

²⁶³ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 558 og Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 76 samt Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 709.

elserne er i overensstemmelse med betænkningen om Modernisering af selskabsretten, som angiver, at lempelse som udgangspunkt kun bør anvendes ved simpel uagtsomhed. Der skal således være tale om særlige undtagelsestilfælde førend lempelse bør anvendes ved grov uagtsomhed.²⁶⁴

Skadevolders økonomiske forhold kan tillægges vægt ved lempelse efter selskabslovens § 363, stk. 1, jf. også U 2011.2815 V, hvor landsretten ikke fandt grundlag for lempelse, som følge af, at der ikke var tilvejebragt oplysninger om skadevolders økonomiske forhold og det derfor ikke var påvist, i hvilken grad erstatningsansvaret ville virke tyngende for skadevolderen.²⁶⁵ Samme synspunkt ses i afgørelsen U 2001.873 H (Salg til underpris), hvor det blev tillagt vægt, at erstatningen reelt ville ramme en efterlevende ægtefælle samt U 2012.2102 H, hvor lempelse blev nægtet med henvisning til blandt andet skadevoldernes økonomiske forhold.²⁶⁶ I de tilfælde, hvor erstatningen er fastlagt ud fra et lempeligt skøn fra domstolene, vil det reducere muligheden for yderligere lempelse af ansvaret, jf. også U 1998.1137 H (OKStimist) og U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser). Det må dog formodes, at det også har haft betydning for spørgsmålet om lempelse i afgørelsen om Calypso Verdensrejser, at bestyrelsen havde handlet med en betydelig grad af uagtsomhed, ved at drive selskabet videre i ni måneder efter, at håbløshedstidspunktet er indtrådt.²⁶⁷

4.7 Særligt om indbyrdes fordeling

Er flere samtidig erstatningspligtige, hæfter de i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige principper solidarisk for erstatningen, jf. selskabslovens § 363, stk. 2, 1. pkt.²⁶⁸ Den, hvis ansvar er lempet efter selskabslovens § 363, stk. 1 er dog kun ansvarlig med det nedsatte beløb, jf. selskabslovens § 363, stk. 2, 2. pkt.

Har en af de ansvarlige afholdt erstatningen, kan den pågældende afkræve de medansvarlige dennes del under hensyntagen til størrelsen af skyld, der påhviler den enkelte samt omstændighederne i øvrigt, jf. selskabslovens § 363, stk. 2, 3. pkt. Bestemmelsen er sammenlignelig med erstatningsansvarslovens § 25 og begge bestemmelser er anvendelige ved sager om bestyrelsesansvar.²⁶⁹ Erstatnings-

²⁶⁴ Betænkning nr. 1498/2008, s. 1241 og Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 1638 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 816f samt Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 558.

²⁶⁵ Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber*, s. 710.

²⁶⁶ Christensen, Schans Jan: *Selskabslovens med kommentarer*, s. 817.

²⁶⁷ Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 1637.

²⁶⁸ *Ibid.*, s. 1639.

²⁶⁹ Se afsnit 2.4 om Flere erstatningsansvarlige.

ansvarslovens § 25 tager modsat selskabslovens § 363, stk. 2 direkte skadevolderens forsikringsforhold i betragtning. Det formodes i litteraturen, at denne forskel begrundes Højesterets anvendelse af erstatningsansvarsloven § 25 frem for selskabslovens § 363, stk. 2, 3. pkt., hvor fordeling af det indbyrdes ansvar hovedsageligt begrundes i forsikringsforhold, jf. også anvendelse af erstatningsansvarslovens § 25 i U 1998.1137 H (OKStimist). I forhold til den indbyrdes fordeling af ansvaret konkluderes i litteraturen, at erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1 efterlader en bredere margin for domstolene til at foretage en rimelighedsvurdering end efter selskabslovens § 363, stk. 2.²⁷⁰ Dog er forskellen ikke væsentlig, hvorfor sondringen ikke behandles yderligere i afhandlingen, der i stedet fokuserer generelt på den indbyrdes fordeling.

Udgangspunktet vil være en ligelig fordeling, men de konkrete omstændigheder, herunder graden af skyld, må tillægges vægt.²⁷¹ I de tilfælde hvor én eller flere af de implicerede har handlet forsætligt, vil de typisk blive pålagt at bære det endelige tab.²⁷²

I afgørelsen U 2004.2253 H (Den alternative bankvirksomhed) tilsluttede Højesteret sig landsrettens afgørelse hvori landsretten fandt, at selskabets revisor og ét bestyrelsesmedlem, der også fungerede som advokat, indbyrdes hver skulle bære halvdelen af det tab, som var påført kreditorer i forbindelse med en tidligere direktørs bedrageri. De resterende bestyrelsesmedlemmer blev således ansvarsfri i den indbyrdes opgørelse. Fordelingen begrundede landsretten ved, at revisor og advokat ud fra den viden, de havde om drift af bankvirksomhed, ikke foretog de nødvendige handlinger til opfyldelse af de forpligtelser, der påhvilede dem og at de derigennem havde vanskeliggjort de andre bestyrelsesmedlemmers arbejde. Dertil kom, at de resterende bestyrelsesmedlemmer havde begrænset viden omkring de forhold, der muliggjorde direktørens bedrageri. Den bedrageridømte direktør skulle dog i sidste ende friholde alle de erstatningsansvarlige.

Afgørelserne illustrerer, hvorledes domstolene inddrager hensynet til den skyld, der er udvist af den enkelte skadevolder. I afgørelsen blev dette tydeligt ved, at det bestyrelsesmedlem, der havde forudsætningerne for at undgå skaden og derfor havde udvist større skyld, måtte afholde størstedelen af erstatningsansvaret i den indbyrdes opgør. Hertil kom, at advokaten havde vanskeliggjort de andre

²⁷⁰ Pedersen, Jan Timmermann: NTS 2003:2, s. 222ff.

²⁷¹ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 817.

²⁷² Betænkning nr. 829/1978, s. 34f.

medlemmers arbejde, hvilket måtte lette den erstatningsbyrde, der blev pålagt resten af bestyrelsen. Den bedrageridømte direktør måtte fortsat bære det endelige tab, idet han havde udvist forsæt til skaden. Den byrde, der blev pålagt advokaten ved, at han skulle friholde de andre medlemmer, må dog ikke underkendes, idet han måtte bære risikoen for, at kravet potentielt ikke kunne indhentes ved direktøren. Samme resultat kunne ses i afgørelsen U 2015.2219 H, hvor formanden havde spillet en væsentlig rolle i den tabsforvoldende disposition med henblik på at sikre sig selv en økonomisk fordel heraf og U 1989.812 H, hvor erstatningen i først række skulle pålægges et bestyrelsesmedlem, der ligeledes var advokat, på grund af hans rolle som juridisk rådgiver ved udformning af kontrakt.

Det er i retspraksis statueret, at det ved den indbyrdes fordeling må tillægges vægt, at én eller flere af de ansvarlige er dækket af en ansvarsforsikring, jf. U 1998.1137 H (OKStimist) hvor bestyrelsesformanden, som var advokat, blev pålagt at betale hele erstatningen i det indbyrdes forhold, idet han var dækket af en ansvarsforsikring, med henvisning til erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2, 2. pkt.²⁷³ Med afsæt i afgørelsen kan det tillige argumenteres for, at det ved den indbyrdes fordeling tillægges vægt, at en af de ansvarlige var bestyrelsesformand.²⁷⁴ Det kan dog ikke udledes af Højesterets begrundelse, hvorvidt den afgørende faktor er, at bestyrelsesmedlemmet er formand, at han er forsikret, at han er fagperson eller om der er tale om en kombination af disse faktorer.²⁷⁵ Selvom der skues til ansvarsforsikringer ved fordeling af ansvaret efter erstatningsansvarslovens § 25 vil det dog fortsat være ansvarets beskaffenhed, der er afgørende, jf. også U 2000.1013/2 H, hvor den ansvarsforsikrede advokat ikke skulle friholde de andre bestyrelsesmedlemmer, som havde spillet en væsentlig rolle ved gennemførelse af den tabsforvoldende beslutning.²⁷⁶

4.8 Forældelse

Erstatningskrav mod bestyrelsesmedlemmer bortfalder, hvis reglerne om forældelse ikke iagttages. Forældelsesfristen er som udgangspunkt 3 år, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1. Fordringshaverens ukendskab til fordringens eksistens medfører, at forældelsesfristen regnes fra det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller burde have fået kendskab til fordringen, jf. forældelseslovens § 3, stk. 2. Dertil

²⁷³ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 701.

²⁷⁴ Se afsnit 4.1.3 om Roller i bestyrelsen og Werlauff, Erik: RR.2013.03.0044, s. 6.

²⁷⁵ Se afsnit 4.1.2 om Professionelle bestyrelsesmedlemmer og Werlauff, Erik: RR.2013.03.0044, s. 8.

²⁷⁶ Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, s. 93.

gælder en absolut forældelsesfrist på 10 år, der løbe fra tidspunktet for den skadevoldende handlingens ophør, jf. forældelseslovens § 3, stk. 3.²⁷⁷

De almindelige forældelsesregler er modificeret i forældelseslovens § 10, der omhandler selskabets krav mod bestyrelsen. Bestemmelsens anvendelsesområde kan udstrækkes til at omfatte et konkursbos krav mod bestyrelsen.²⁷⁸ Det følger af forældelseslovens § 10, 1. led, at fordringer mod bestyrelsesmedlemmer, som udspringer af den pågældendes tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse, tidligst forældes tre år efter hvervets ophør. Det følger af Betænkning om Revision af forældelseslovgivningen, at “tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse” skal forstås bredt. De tilfælde, hvor bestyrelsen forbrøder sig mod selskabsinteressen eller misligholder sine lovbestemte pligter, således at selskabet lider tab, må anses for omfattet af bestemmelsen. Forældelseslovens § 10, 1. led er begrundet ved, at bestyrelsen ikke bør have mulighed for at udnytte sin position til at undgå søgsmål, ved at tilbageholde oplysninger for generalforsamlingen, revisor eller andre bestyrelsesmedlemmer.²⁷⁹ Såfremt den almindelige regel om suspension efter forældelseslovens § 3, stk. 2 leder til, at forældelsesfristen indtræder senere end 3 år efter de ansvarlige medlemmers fratrædelse fra bestyrelsen, er det denne regel, der anvendes, jf. forældelseslovens § 10, 1. led.

Er fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, bekendt eller burde denne være bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes, regnes forældelse dog fra dette tidspunkt, jf. forældelseslovens § 10, 2. led. Bestemmelsens del om “burde viden” må fortolkes i overensstemmelse med praksis for den almindelige suspensionsregel. Bestemmelsen kan være vanskelig anvendelig, idet selskabet ikke i sig selv “kender eller burde kende”. Derimod må der være tale om personer, der optræder på selskabets vegne, som kender til eller burde kende til omstændighederne, der begrundet fordringen, jf. også U 2020.3547 H (EIK Bank), hvor bestyrelsesmedlemmerne ikke var medansvarlige og forældelsen derfor måtte regnes fra det tidspunkt, hvor medlemmerne blev bekendt med fejlene.²⁸⁰ I betænkningen er det angivet, at bestemmelsen primært sigter mod viden hos bestyrelsesmedlemmer, der ikke er medansvarlige.²⁸¹ Hvis de ikke-medansvarlige

²⁷⁷ Eyben, Bo von: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, s. 423 og Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 254.

²⁷⁸ Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 260.

²⁷⁹ Betænkning nr. 1460/2005, s. 460.

²⁸⁰ Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 361 og Eyben, Bo von: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, s. 424 samt Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 712f.

²⁸¹ Betænkning nr. 1460/2005, s. 461.

bestyrelsesmedlemmer ikke udgør et flertal, kan bestyrelsesmedlemmerne ikke træffe beslutning om indkaldelse til generalforsamling efter selskabslovens § 89, stk. 1. De ikke-medansvarlige medlemmer kan således ikke sikre, at krav bliver rejst mod de ansvarlige medlemmer. Det må af denne årsag indfortolkes, at de ikke-medansvarlige bestyrelsesmedlemmer må udgøre en majoritet i bestyrelsen førend forældelsen regnes fra det tidligere tidspunkt efter forældelseslovens § 10, 2. led. Forældelsesfristen vil således være suspenderet så længe de ikke-medansvarlige bestyrelsesmedlemmer udgør en minoritet i bestyrelsen.²⁸²

Suspension vil ligeledes ophøre efter forældelseslovens § 10, 2. led i de tilfælde, hvor generalforsamlingen er eller burde være bekendt med de omstændigheder, der begrundet et krav mod bestyrelsen, herunder ved gennemlæsning af årsrapporter, jf. også U 2006.3050 H og U 2016.3090 V. Begge afgørelser angik uberettiget udlodninger af kapital. Retten fandt, at forældelsen måtte regnes fra det tidspunkt, hvor generalforsamlingen ved gennemlæsning af årsrapporten blev bekendt eller burde være bekendt med de uberettigede udlodninger. Retten valgte således ikke at statuere suspension frem til det tidspunkt hvor selskabet gik konkurs og bestyrelsen fratrådte.²⁸³

Forældelseslovens § 10 får særligt betydning i de tilfælde, hvor den absolutte forældelsesfrist på 10 år efter forældelseslovens § 3, stk. 3 ville være overtrådt. Den ellers absolutte forældelsesfrist på 10 år efter den skadevoldende handlingens ophør kan således forlænges som følge af forældelseslovens § 10.²⁸⁴ Bestyrelsesmedlemmerne risikerer således i visse tilfælde at blive mødt med erstatningskrav, selvom der er forløbet mere end 10 år fra den skadevoldende handlingens ophør.

²⁸² Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 262.

²⁸³ Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar*, s. 318.

²⁸⁴ Betænkning nr. 1460/2005, s. 461 og Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, s. 262f. samt Eyben, Bo von: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, s. 423.

5. Konklusion

Afhandlingen har haft til hensigt at belyse, i hvilket omfang bestyrelsesmedlemmer risikerer at ifalde et erstatningsansvar efter et kapitalselskabs konkurs. Til besvarelse af problemformuleringen er der foretaget en analyse af rækkevidden af selskabslovens § 115 ved gennemgang af lovregler, forarbejder, retspraksis og juridisk litteratur.

Det konkluderes, at bestyrelsesmedlemmer kan ifalde erstatningsansvar efter de almindelige erstatningsretlige regler, som ligeledes er kodificeret i selskabslovens § 361. Den almindelige erstatningsretlige betragtning om en objektiviseret culpabedømmelse finder anvendelse i sager om bestyrelsesansvar. Culpabedømmelsen tager af samme årsag udgangspunkt i, hvilken adfærd, der må forventes af et sædvanligt bestyrelsesmedlem med kendskab til relevant lovgivning og generel forretningsforståelse under samme omstændigheder. Det kan inddrages i vurderingen, at et bestyrelsesmedlem gennem sin profession har særlig indsigt i det fagområde, der er relevant for den culpøse handling eller undladelse. Der er dog ikke tale om et professionsansvar. Derudover konkluderes, at bestyrelsesformanden ikke er underlagt en anden culpanorm end resten af bestyrelsen. Omstændighederne omkring den enkelte beslutnings tilblivelse kan tillægges vægt, herunder om bestyrelsesmedlemmet er nytiltrådt eller udtrådt af bestyrelsen. Det konkluderes endvidere, at det kan tillægges vægt, om det enkelte bestyrelsesmedlem har medvirket til tilblivelse og realisering af beslutningen eller har modsat sig denne.

Det konkluderes at overtrædelse af forskrifterne i selskabsloven må tillægges væsentlig betydning ved culpabedømmelsen og overtrædelse vil som udgangspunkt være ansvarspådragende. Overtrædelse af bestyrelsens interne retningslinjer samt formelle regler i selskabsloven vil som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende, men disse kan tillægges vægt ved culpabedømmelsen.

Gennem en analyse af retspraksis kan det konkluderes, at Business Judgment Rule anvendes i sager om bestyrelsesansvar. Bestyrelsen indrømmes således en margin for forretningsmæssige fejlskøn, hvorfor domstolene er tilbageholdende med at pålægge ansvar for dispositioner, der er foretaget på et forsvarligt oplyst grundlag. Forsvarlighedsvurderingen foretages med udgangspunkt i de oplysninger, der var indhentet eller kunne være indhentet på beslutningstidspunktet. Det konkluderes, at Business Judgment Rule ikke alene medfører, at bestyrelsen indrømmes en margin for fejlskøn ved forretningsmæssige beslutninger, men at bestyrelsen også må indrømmes et skøn i vurderingen af, om

denne har et forsvarligt beslutningsgrundlag. Det konkluderes endvidere, at bestyrelsen ikke indrømmes samme skønsmargin i de tilfælde, hvor bestyrelsen varetager uvedkommende interesser.

Gennem analyse af retspraksis og litteratur konkluderes, at det ikke kan udelukkes, at bestyrelsen kan ifalde selvstændigt ansvar for valg af strategi og organisering af selskabet, men at ansvaret typisk vil bero på, at én eller flere tilsynspligter efter selskabsloven § 115, stk. 1, nr. 1-5 ikke er iagttaget. I afhandlingen subsummeres disse tilsynspligter til tre klassiske ansvarssituationer; tilsyn med direktionen, tilsyn med finansielle forhold og sikring af forsvarligt kapitalberedskab.

Bestyrelsen skal føre *tilsyn med direktionen*. Det konkluderes, at tilsynspligten ikke kan udstrækkes til, at bestyrelsen bør opdage ethvert forhold. Afgørende for bestyrelsens ansvar bliver derimod, om tilsynet er tilrettelagt forsvarligt, herunder at der er opstillet retningslinjer, sikret en procedure for videregivelse af oplysninger samt lavet en klar opgavefordeling. Såfremt tilsynet er tilrettelagt forsvarligt, vil bestyrelsen ikke kunne holdes ansvarlig for direktionens handlinger, medmindre der foreligger konkrete holdepunkter for, at direktionen har handlet i strid med retningslinjerne og bestyrelsen således skal iværksætte undersøgelse af forholdene.

Bestyrelsen skal føre *tilsyn med selskabets finansielle forhold*. Det konkluderes, at denne tilsynspligt ikke kan udstrækkes til, at bestyrelsen kan holdes ansvarlig for enhver fejl eller forsømmelse. Afgørende bliver derimod, om tilsynet med selskabets finansielle forhold er tilrettelagt forsvarligt, herunder om bestyrelsens har sikret en procedure for videregivelse af oplysninger, rådført sig med professionelle samt efterspurgt relevante redegørelser. Såfremt tilsynet er tilrettelagt forsvarligt vil bestyrelsen ikke kunne holdes ansvarlig for enhver uregelmæssighed i regnskaberne, medmindre der foreligger åbenlyse forhold eller konkrete holdepunkter for, at der er videregivet forkerte eller misvisende oplysninger til bestyrelsen.

I afhandlingen konkluderes, at tilsynspligterne skærpes, når selskabet bliver nødlidende. I denne situation skal bestyrelsen udvise forøget omhu med indhentelse af alle relevante oplysninger, idet bestyrelsen skal have et forsvarligt grundlag for at tage stilling til selskabets levedygtighed og beslutte, om driften skal indstilles eller tilpasses.

Derudover skal bestyrelsen *sikre, at selskabet til enhver tid har et forsvarligt kapitalberedskab*. Det konkluderes, at vurderingen af, hvad der kan anses for et forsvarligt kapitalberedskab, beror på det enkelte selskabs forhold. I pligten til at sikre kapitalberedskabet findes en handlenorm, hvorefter bestyrelsen er forpligtet til at reagere på kapitaltab ved enten at tilpasse eller indstille driften. Det konkluderes, at denne tilpasning kan have mange former. Bestyrelsens beslutning om, hvordan driften skal tilpasses er en forretningsmæssig beslutning, hvorfor ledelsen må indrømmes et forretningsmæssigt skøn i overensstemmelse med Business Judgment Rule. Det konkluderes, at bestyrelsens ansvar må afhænge af, om de nødvendige oplysninger er indhentet, således at beslutningen kan træffes på et forsvarligt oplyst grundlag. Beslutningsgrundlaget kan alene anses for forsvarligt, hvis bestyrelsen har iagttaget sin pligt til at føre tilsyn med direktionen og selskabets finansielle forhold. Hvor tilpasning af driften viser sig at være håbløs, må driften indstilles. Håbløshedstidspunktet bygger ikke som insolvenstidspunktet alene på selskabets likviditet. Bestyrelsen må indrømmes en skønsmargin til vurdering af, hvornår det er håbløst at fortsætte selskabets drift uden yderligere tab for selskabets kreditorer. Analysen konkluderer, at håbløshedstidspunktet tidligst kan fastsættes til det tidspunkt, hvor alt håb for selskabets fremtidige drift med sikkerhed er ude. Det er ansvarspådragende ud fra en culpanorm, hvis bestyrelsen driver selskabet ud over dette tidspunkt.

Afhandlingen konkluderer, at det økonomiske tab i sager om bestyrelsesansvar opgøres efter differencemetoden. Tabet opgøres således som forskellen mellem det faktiske og det hypotetiske hændelsesforløb. I sager om bestyrelsen drift ud over håbløshedstidspunktet kan det konkluderes, at tabet opgøres ved at sammenholde underbalancen på håbløshedstidspunktets indtræden med underbalancen ved efterfølgende opgørelse af gælden under konkursbehandlingen. Håbløshedstidspunktet har således betydning for både culpabedømmelsen og tabsopgørelsen. I fastlæggelsen af tabets størrelse vil reglerne om tabsbegrænsningspligt efter omstændighederne kunne inddrages. Har skadelidte udvist egen skyld, kan dette ligeledes begrunde nedsættelse af erstatningskravet.

Afhandlingen har undersøgt, hvem der kan rejse et erstatningskrav mod bestyrelsen. Kreditorer og kapitalejere kan rette krav, som hviler på et selvstændigt grundlag og når tabet direkte og individuelt har ramt disse. Konkursboet kan rette krav for det økonomiske tab, som er påført selskabet. Afhandlingen konkluderer, at disse krav ikke afskærer hinanden.

Det konkluderes, at der kan være grundlag for at lempe erstatningen, hvor dette findes rimeligt, herunder med henvisning til karakteren af den culpøse adfærd samt skadevolders økonomiske forhold. Hvis flere bestyrelsesmedlemmer er ansvarlige, hæfter de solidarisk. Det konkluderes, at der ved den indbyrdes fordeling særligt lægges vægt på graden af skyld. Dertil kan det få betydning om en eller flere af bestyrelsesmedlemmerne er ansvarsforsikret.

Det konkluderes, at den særlige forældelsesregel i forældelseslovens § 10 får betydning for bestyrelsens ansvar i det omfang, hvor kravet ellers ville være forældet efter de almindelige regler, herunder hvor den absolutte forældelsesfrist på 10 år ellers vil være overtrådt.

Afhandlingen konkluderer samlet, at bestyrelsesmedlemmer risikerer at ifalde et erstatningsansvar i det omfang selskabet, kapitalejere eller kreditorer har lidt tab, der kan henføres til bestyrelsens tilsidesættelse af pligterne efter selskabslovens § 115 eller til beslutninger, der er truffet på et ikke forsvarligt oplyst grundlag, herunder som følge af et mangelfuldt tilsyn.

6. Litteraturliste

6.1 Lovgivning

Lov nr. 700 af 24. maj 2022 - Bogføringsloven.

Lovbekendtgørelse nr. 1070 af 24. august 2018 - Erstatningsansvarsloven.

Lovbekendtgørelse nr. 1441 af 14. november 2022 - Årsregnskabsloven.

Lovbekendtgørelse nr. 1451 af 9. november 2022 - Selskabsloven.

Lovbekendtgørelse nr. 1600 af 25. december 2022 - Konkursloven.

6.2 Forarbejder

Betænkning nr. 540/1969 om *En fællesnordisk aktieselskabslovgivning*, Handelsministeriet.

Betænkning nr. 829/1978 om *Lempelse af erstatningsansvar mv.*, Justitsministeriet.

Betænkning nr. 1460/2005 om *Revision af forældelseslovgivningen*, Justitsministeriet.

Betænkning nr. 1498/2008 om *Modernisering af selskabsretten*, Økonomi- og Erhvervsministeriet.

Betænkning nr. 1575/2021 om *Skærpet ansvarsvurdering for ledelsesmedlemmer m.v. i finansielle virksomheder*, Erhvervsministeriet.

Lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009 om *Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)*, Økonomi- og Erhvervsministeriet.

6.3 Afgørelser

U 1961.515 H (Grosserere Backhaus)

U 1977.274 H (Havemann)

U 1979.777 V (Det ulovlige aktionærlån)

U 1982.595 (Entreprenørselskabet)

U 1989.812 H

J. U. 1997.74 Ø

U 1998.1137 H (OKStimist)

U 2000.595 H (Hope Computer International)

U 2000.1013/2 H

U 2001.873 H (Salg til underpris)

U 2004.2253 H (Den alternative bankvirksomhed)

U 2006.243 H (Mindship Fonden)

U 2006.2637 H (AOF)

U 2006.3050 H
U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser)
U 2011.1290 H (Brødrene Erleben)
U 2011.2815 H
U 2012.2102 H
U 2014.1346 H (eHuset)
U 2014.2918 H (Aurora Fiskeimport)
U 2015.257 V (G-Kartofler)
U 2015.2075 H (Memory Card Technology)
U 2015.2219 H
U 2016.1870 H (Comitel International)
U 2016.3090 V
Landsrettens dom af 7. november 2017 i sagen B-1291-10 (Roskilde Bank)
U 2019.1907 H (Capinordic Bank)
U 2020.3547 H (EIK Bank)
U 2021.139 H
U 2023.945 H

6.4 Artikler

Andersen, Lennart Lynge og Vistisen, Torben: *U 2006.2637 H - bestyrelsesansvar for tab lidt ved en organisations fortsatte drift forud for konkurs (AOF-sagen)*, ET 2007.47, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2007.

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov og Ulfbeck, Vibe: *Direkte krav om rådgiveren: Er der konkurrence mellem konkursboets og kreditors krav?*, U 2015B.77, Ugeskrift for Retsvæsen, 2015.

Fode, Carsten: *Ledelsesansvarets grænser*, ET 2020.210, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2020.

Iversen, Torsten: *Erstatning for rene økonomiske skader*, Forhandlingerne ved det 40. Nordiske Juristmøde, bind 1, Oslo 21. - 22. august 2014.

Kölsch, Tim og Paludan, Amalie: *Bestyrelsens forsvarlige beslutningsgrundlag*, ET.2018.58, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2018.

Pedersen, Camilla Ottilia John: *Selskaber i finansiel krise mellem håbløshedstidspunktet og insolvenstidspunktet*, NTS 2016:2/3, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2016.

Pedersen, Jan Timmermann: *Ledelsens ansvar i og uden for aktieselskaber*. NTS 2003:2, Nordisk Tidsskrift for selskabsret 2003.

Sørensen, Karsten Engsig: *Ledelsesansvar og det forretningsmæssige skøn – konturerne af den danske version af Business Judgment Rule*, U 2019B.299, Ugeskrift for Retsvæsen, 2019.

Weitemeyer, Thomas og Pedersen, Anders Kjær Dybdahl: *Ledelsens ansvar og pligter fra indlevering af konkursbegæring til dekretdagen*, ET.2010.95, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2010.

Werlauff, Erik: "... formanden dog det dobbelte" - om bestyrelsesformandens opgaver og ansvar, herunder efter de nye danske corporate governance-anbefalinger, RR.2013.03.0044, Revision og Regnskabsvæsen, 2013.

Ørgaard, Anders: *Retten til erstatning ved kapitalsekskabers konkurs*, NTS 2015:2, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2015.

Ørgaard, Anders: *Medvirken i relation til selskabsansvar*, NTS 2016:2/3, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, 2016.

6.5 Bøger

Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, 15. udg., DJØF Forlag, 2021.

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov m.fl.: *Konkurs*, 3. udg., DJØF Forlag, 2023.

Birkmose, Hanne Søndergaard: *Selskaber - aktuelle emner II*, 1. udg., DJØF Forlag, 2019.

Christensen, Jan Schans: *Kapitalsekskaber*, 6. udg., Karnov Group, 2021.

Christensen, Jan Schans: *Selskabsloven med kommentarer*, 1. udg., Karnov Group, 2012.

Ehlers, Andreas Bloch: *Grundlæggende erstatningsret*, 1. udg., Karnov Group, 2019.

Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, 2. udg., DJØF Forlag, 2020.

Eyben, Bo von: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, 2. udg., Karnov Group, 2019.

Eyben, Bo von og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, 9. udg., DJØF Forlag, 2019.

Fode, Carsten: *Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger*, 1. udg., DJØF Forlag, 2020.

Gomard, Bernhard: *Moderne erstatningsret*, 1. udg., DJØF Forlag, 2002.

Hansen, Lone og Werlauff, Erik: *Den juridiske metode*, 3. udg., DJØF Forlag, 2022.

Hansen, Søren og Krenchel, Jens: *Dansk selskabsret 2*, 5. udg., Karnov Group, 2019.

Høy, Janus: *Bestyrelsesansvar - med særlig fokus på finansielle virksomheder*, 1. udg., Karnov Group, 2020.

Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, 5. udg., DJØF Forlag, 2019.

Munk-Hansen, Carsten: *Den juridiske løsning*, 2. udg., DJØF Forlag, 2021.

Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 3. udg., DJØF Forlag, 2022.

Neville, Mette og Sørensen, Karsten Engsig: *Selskaber - aktuelle emner*, 1. udg., DJØF Forlag, 2013.

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

Schaumburg-Müller, Peer: *Kapitalselskaber - Aktie- og anpartsselskaber*, 9. udg., DJØF Forlag, 2020.

Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik: *Selskabsloven med kommentarer*, 3. udg., DJØF Forlag, 2020.

Steenstrup, Anne Sofie Resen: *Skadelidtes medvirken*, 1. udg., DJØF Forlag, 2017.

Ulfbeck, Vibe: *Erstatningsretlige grænseområder 1*, 3. udg., DJØF Forlag, 2021.

Werlauff, Erik: *Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*, 1. udg., GEC Gad, 1991.

Werlauff, Erik: *Selskabsret*, 11. udg., Karnov Group, 2019.

Ørgaard, Anders: *Konkursret*, 13. udg., DJØF Forlag, 2022.

6.7 Andet materiale

Komitéen for god Selskabsledelse, *Anbefalinger om god Selskabsledelse*, 2. december 2020.