

Bankleders ersatningsansvar

– i lyset af den finansielle krise

Udarbejdet af:

Christina Løtzsch Hansen,
cpr.nr.:

Juridisk vejleder:
Peter Møgelvang-Hansen

Lane Lang Mikkelsen,
cpr.nr.:

Økonomisk vejleder:
Finn Østrup

Antal anslag: 272.952
Afleveret den 5. marts 2012

Abstract

During the recent financial crisis several Danish banks have collapsed and surveys conducted by lawyers suggest that negligent management has been one of the main causes. This has occasioned to reconsider the deterrence of the liability rule in Danish law. On this background, the subject of this thesis is the rule's influence on the risk of negligent behaviour of bank managements.

According to the Danish Companies Act, management liability is based on the *culpa rule*, which incurs liability if management acts negligently – that is, if the management's level of care is considered less than *due care*. Uncertainty surrounds the level of due care for bank managements, which, according to theory, can increase the risk of negligent behaviour. However, in some of the collapsed banks negligent behaviour is seen even in areas where no or little uncertainty about the level of due care is found. This behaviour must be considered opportunistic indicating that management liability lacks adequate deterrence. Furthermore, banks have a certain character and act under special conditions, which is found to have an adverse impact on management incentives to exercise due care. Thus, it is argued that management liability of banks should be modified.

It is proposed that professional liability should be applied rather than the culpa rule. This liability rule is a variant of the culpa rule and requires a professional standard of due care which should be based on a higher level of competences. A higher level of competences can ensure the ability of the board of directors to undertake its obligations to supervise the executive directors and pursue strategic management. Simultaneously, the ability of the board of directors to discipline the executive directors is strengthened.

As a specific proposal, a social scientific education and a mandatory course on banking should be required. Moreover, a recruitment policy based on the specific competence needs of the bank should be demanded. This policy should be approved by the Danish FSA, who should also conduct an extensive evaluation of the bank's appointed members of the management. To ensure the maintenance of competences the management should review these annually and the Danish FSA shall approve this review. In combination, the professional liability and the specific proposal should clarify the level of due care and thereby reduce the risk of negligent behaviour of management of banks.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning.....	5
1.1 Indledning	5
1.2 Emne og problemformulering.....	6
1.3 Synsvinkel	8
1.4 Struktur.....	8
1.5 Teori og metode	9
1.5.1 Juridisk teori og metode.....	9
1.5.2 Økonomisk teori og metode.....	13
1.5.3 Integreret teori og metode.....	19
1.6 Brug af empiri – advokatundersøgelser	19
1.7 Erstatningsansvar kontra strafansvar	20
1.8 Afgrænsninger	22
2 Lovgrundlaget for det erstatningsretlige ledelsesansvar i banker	24
2.1 Mål for banksektoren og den finansielle lovgivning	24
2.2 Det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar	26
2.3 Den gældende adfærdsnorm for ledelsesmedlemmer i banker.....	29
2.3.1 Ledelsesstrukturen	30
2.3.2 Ledelsens erfaring og kompetencer	31
2.3.3 Konkrete bestemmelser om ansvarsfordelingen mellem bestyrelse og direktion...	34
2.3.4 Konkrete bestemmelser om bestyrelsens og direktionens opgaver	36
2.3.4.1 Retningslinjer	38
2.3.4.2 Risikostyring	41
2.3.4.3 Rapportering.....	44
2.3.4.4 Kapitalberedskab	46
2.4 Delkonklusion	47
3 Det nærmere indhold af det erstatningsretlige ledelsesansvar i banker.....	49
3.1 Det forretningsmæssige skøn	49
3.2 Ledelsesstrukturens betydning for kravene til bestyrelsens adfærd.....	51
3.2.1 Bestyrelsens uafhængighed og tilsynspligten	52
3.2.2 Bestyrelsens uafhængighed og den strategiske ledelse	56
3.3 Ledelsens erfaring og kompetencer - fit & proper.....	60
3.4 Bestyrelsens retningslinjer til direktionen	63
3.5 Kapitalberedskab og standsning.....	67
3.6 Delkonklusion	70

4 Særlige forhold i banksektoren.....	73
4.1 Bankernes ejerskabsstruktur.....	73
4.2 Bankernes risikoprægede aktiviteter	76
4.3 Indskydergarantiordningens betydning for risikoen.....	78
4.4 Bankernes komplicerede virksomhedsområde.....	80
4.5 Tilsyn med banksektoren	84
4.6 Konjunkturernes indvirkning på bankernes virksomhed	89
4.7 Delkonklusion	91
5 Optimering af ledelsesansvaret i banker	93
5.1 Kritik af det gældende culpaansvar	93
5.2 Et professionsansvar som ansvarsgrundlag	95
5.2.1 Professionsansvarets særlige karakteristika.....	96
5.2.2 Professionsnormen for bankledelserne	100
5.3 Delkonklusion	103
6 Konklusion.....	105
Litteraturliste	108
Lovoversigt	114
Domsoversigt	116
Oversigt over forkortelser	119
Bilag 1.....	120
Bilag 2.....	122
Bilag 3.....	123
Bilag 4.....	124
Bilag 5.....	125
Bilag 6.....	126
Bilag 7.....	128
Bilag 8.....	129
Appendiks	130

1 Indledning

1.1 Indledning

Den finansielle krise gjorde for alvor sit indtog i Danmark med krakket i Roskilde Bank, der blev en realitet den 24. august 2008 på grund af manglende opfyldelse af solvenskravet.¹ Den globale finanskrisen, der året forinden havde taget sin begyndelse på det amerikanske ejendomsmarked grundet de risikofyldte subprime lån, havde dermed bredt sig til også at omfatte den finansielle sektor i Danmark. På baggrund heraf stiftedes i oktober 2008 det statsejede “skraldespandsselskab” for sammenbrudte banker, Finansiell Stabilitet A/S, der skulle sikre den finansielle stabilitet i Danmark, herunder afvikle nødlidende banker. En sådan omgående reaktion vidnede med al tydelighed om den generelle holdning til banksektorens betydningsfulde og centrale rolle i samfundet. Det er forudsat, at et velfungerende og moderne samfund kræver en stabil sektor, der er tillid til.² Sammenbruddet i Roskilde Bank har vist sig langt fra at være et enestående tilfælde, da en række banker efterfølgende har lidt samme skæbne.³ Disse sammenbrud har i sagens natur forårsaget store tab for de pågældende bankers aktionærer, indskydere og andre kreditorer. Sammenbruddene har endvidere berørt hele det omgivende samfund i kraft af den bølge af negative konsekvenser, som er fulgt med krisen og har ført til milliardtab.⁴

Bankerne har på baggrund af denne udvikling tiltrukket sig stor opmærksomhed i de seneste år, hvor deres betydning for samfundet og samfundsøkonomien er blevet markant synliggjort. Som følge af krisen har stabiliteten i sektoren lidt et alvorligt knæk, og tendensen har været en dalende tillid til sektoren. Fokus har været på, hvordan det kunne gå så galt, og hvem der kan drages til ansvar for de mange bankers sammenbrud. Spørgsmålet er, om sammenbruddene alene kan tilskrives ydre omstændigheder, som bankledelserne ikke kunne forventes at gardere sig imod, eller om årsagen skal findes andetsteds. Det faktum, at størstedelen af de danske banker har overlevet krisen, peger på, at der må være forhold foruden konjunkturerne som årsag

¹ Pressemeddelelse fra Nationalbanken om overtagelse af Roskilde Bank:

[http://www.nationalbanken.dk/DNDK/Presse.nsf/side/PresseDNN20087202/\\$file/DNN20087202.pdf](http://www.nationalbanken.dk/DNDK/Presse.nsf/side/PresseDNN20087202/$file/DNN20087202.pdf)

² L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 1. Jf. afsnit 2.1 for en gennemgang af de samfundsmæssige mål for banksektoren.

³ Eik Bank, EBH Bank, Fionia Bank, Løkken Sparekasse, Gudme Raaschou Bank, Roskilde Bank, Capinordic Bank, Amagerbanken, Fjordbank Mors og Max Bank.

⁴ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 1.

til, at nogle banker brød sammen under krisen. Bankernes ledelser har i særlig grad været omdrejningspunktet i den forbindelse. Dette vidner de såkaldte advokatundersøgelser af bankerne i høj grad om. Disse er blandt andet blevet iværksat for at kortlægge årsagerne til bankernes sammenbrud samt vurdere, hvorvidt der har været grundlag for at anlægge erstatningsansvarssager mod ledelserne i de pågældende banker. I flertallet af disse undersøgelser er det fundet, at uforsvarlig adfærd hos ledelserne har været blandt de væsentligste årsager til bankernes sammenbrud. Der er desuden påvist utallige ligheder mellem de fremførte problemer i de enkelte banker. Disse ensartede tilfælde af banksammenbrud antyder, at sammenbruddene kan begrundes i en eller flere såkaldte ”systemfejl” på det ledelsesmæssige område, der kan være opstået som følge af uhensigtsmæssig regulering af ledelsesansvaret.⁵ På baggrund heraf kan der således sættes spørgsmålstegn ved, om det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar, culpaansvaret, har haft den præventive og disciplinerende effekt, som skal sikre forsvarlig ledelse af de danske banker og samtidig sikre de samfundsmæssige mål for sektoren. Med den nylige modernisering af selskabsretten blev der i den tilgrundliggende betænkning⁶ foretaget en generel vurdering af ledelsesansvarsreglerne, hvori det blev fundet, at reglerne hviler på et fornuftigt grundlag, hvorfor der ikke var behov for en ændring heraf. På baggrund af de mange danske bankers sammenbrud må det dog overvejes, om særlige forhold i banksektoren skaber et behov for et særligt ansvar for bankledelser. Dette er emnet for denne afhandling.

1.2 Emne og problemformulering

Omstændighederne omkring adskillige bankers sammenbrud har tegnet et billede af det erstatningsretlige ledelsesansvars udmøntning i praksis og kan bidrage til en diskussion af, hvorvidt dette ledelsesansvar er hensigtsmæssigt i banksektoren. Med udgangspunkt i den finansielle krise er målet med denne afhandling at foretage en dybdegående undersøgelse af det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar, culpaansvaret, i danske banker for at fastlægge, om der er grundlag for en ændring af dette ansvar. Afhandlingen koncentrerer sig således om ledelsens afgørende rolle i forbindelse med sikring af forsvarlig drift af bankerne, hvilket skal medvirke til at forhindre

⁵ Der er tidligere set eksempler på, at store virksomhedssammenbrud har ført til afdækning af hensigtsmæssigheden af reglerne om ledelsesansvar og har i nogle tilfælde ført til konkrete lovændringer på området. Det er dermed i vid udstrækning blevet almindeligt at diskutere stramninger af reglerne om ledelsesansvar på baggrund af sådanne sammenbrud, jf. Christensen (2009), s. 690.

⁶ Betænkning nr. 1498/2008.

sammenbrud i banksektoren. Tesen er dermed, at forsvarlig ledelse fører til færre bankers sammenbrud, hvilket er et samfundsmæssigt mål for sektoren. Ledelsesansvaret bør derfor udformes således, at bankledelserne får incitament til at varetage deres hverv med den fornødne agtpågivenhed, der fører til forsvarlig ledelse, og som svarer til det samfundsmæssigt optimale agtpågivenhedsniveau.

Der fokuseres i afhandlingen på ledelsesansvarets præventive og disciplinerende effekt som led i at forebygge bankers sammenbrud og derved forhindre store økonomiske tab.⁷ Med dette fokus kan det forekomme nærliggende at rette afhandlingen mod det strafferetlige ansvar frem for det erstatningsretlige ansvar, idet straffebestemmelser alt andet lige anses som værende mere adfærdsregulerende sammenlignet med erstatningsbestemmelser. Det er imidlertid fundet, at erstatningsansvaret spiller en større rolle end strafansvar inden for dette konkrete område. Den nærmere redegørelse herfor følger i afsnit 1.7. Det valgte fokus er endvidere i overensstemmelse med retsøkonomiens syn på erstatningsretten, ifølge hvilket et af målene for de erstatningsretlige regler netop er disses præventive og adfærdsregulerende rolle.⁸ De ovenstående betragtninger har ført til følgende problemformulering:

Hvorvidt og i givet fald hvorfor har det erstatningsretlige ledelsesansvar i dansk ret påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse af danske banker, og hvordan bør dette ansvar udformes, set fra et samfundsmæssigt økonomisk perspektiv, givet erfaringerne fra den aktuelle finansielle krise?

Culpaansvaret forudsætter fastlæggelsen af en adfærdsnorm. Denne skal fastlægges ud fra lovgivningen og de øvrige retskilder. Såfremt retskilderne ikke formår at fastlægge adfærdsnormen tilstrækkeligt klart, opstår der usikkerhed om, hvilken adfærd der er påkrævet for at leve op til kravet om forsvarlig ledelse. Dette skaber rum for ledelserne til selv at vælge adfærd, hvorved der opstår risiko for, at disse forfølger egne interesser og mål, når intet andet disciplinerer til forfølgelse af det samfundsmæssige mål om forsvarlig ledelse. En retsdogmatisk analyse skal fastslå i hvilket omfang, der er uklarhed om den gældende adfærdsnorm for bankledelserne, hvilket kan have påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse i de danske banker. En analyse skal endvidere afdække, hvordan de særlige forhold, som præger banksektoren, har påvir-

⁷ "Prevention is better than cure", jf. Gomard (2002), s. 12.

⁸ Lando (1996), s. 2.

ket ledelsens incitament og dermed hvorvidt disse forhold har påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse. Disse analyser skal danne baggrund for et forslag til optimering af det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar, så risikoen for uforsvarlig ledelse reduceres.

1.3 Synsvinkel

Banker er i udgangspunktet kommercielle virksomheder på lige fod med andre erhvervsvirksomheder, hvis formål er at generere overskud til aktionærene. Denne anskuelse af bankerne tager udgangspunkt i et shareholder value-perspektiv. Iagttagelse af øvrige interesser i samfundet er imidlertid et tungtvejende hensyn i forbindelse med regulering af banksektoren, idet bankerne varetager en række kernefunktioner i samfundet. Sammenbrud i sektoren har store samfundsmæssige konsekvenser, som berører både aktionærer, medarbejdere, indskydere og andre kreditorer, men også det omgivende samfund generelt. Dette taler for at anlægge et stakeholder value-perspektiv, hvor ikke alene aktionærernes men også øvrige parter interesser tillægges betydning. Generelt gør det sig ved udformning af lovgivning gældende, at der må foretages en afvejning mellem de forskellige berørte parter interesser – der ofte kan være modstridende. Ved udformningen af ledelsesansvaret må ønsket om på den ene side at sikre aktionærer, medarbejdere, indskydere, andre kreditorer og det omgivende samfund mod tab derfor afvejes over for ønsket om på den anden side at sikre ledelsen det nødvendige råderum til at varetage hvervet forsvarligt og optimalt. Der anlægges på den baggrund en samfundsmæssige synsvinkel, hvor fokus er rettet mod opnåelse af en samfundsøkonomisk optimal udformning af ledelsesansvaret i banksektoren, der så vidt muligt sikrer hensynet til alle parter interesser.

1.4 Struktur

Problemformuleringen søges besvaret ved indledningsvist i kapitel 2 at redegøre for de overordnede samfundsmæssige mål med reguleringen af banksektoren i gældende dansk ret og betydningen af det erstatningsretlige ledelsesansvar i relation hertil. Dernæst følger en redegørelse for det ansvarsgrundlag, som danske bankledelser er underlagt, hvilket er det almindelige ansvarsgrundlag, culpa. Dette ansvarsgrundlag bygger på en adfærdsnorm, som skal fastlægges ud fra en kortlægning af det retsgrundlag, som gør sig gældende for ledelser i banksektoren. Dette sker med henblik

på at skabe overblik over, hvilke uklarheder lovgivningen efterlader i forhold til normen, som kan have påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse.

Disse uklarheder analyseres og diskuteres i kapitel 3 med udgangspunkt i de praktiske erfaringer fra den finansielle krise. I analysen inddrages de øvrige retskilder samt soft law for at afdække, i hvilken udstrækning lovgivningens uklarheder udfyldes heraf, og det nærmere indhold af adfærdsnormen kan fastlægges. Analysen anvendes til at afgøre, hvilke incitamenter det gældende ledelsesansvar giver bankledelserne, og hvorvidt disse incitamenter er overensstemmende med de samfundsmæssige mål for sektoren. Dette fører til en vurdering af, hvorvidt det gældende ledelsesansvar har påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse i bankerne.

Efterfølgende redegøres i kapitel 4 for de særlige forhold, der præger banksektoren med henblik på at undersøge, hvilke incitamenter disse forhold giver ledelserne, og hvorvidt disse incitamenter er i overensstemmelse med de samfundsmæssige mål for sektoren. Der foretages ligeledes en vurdering af, i hvilket omfang disse forhold har haft indflydelse på ledelsernes adfærd og har påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse.

Afslutningsvist gives i kapitel 5 forslag til optimering af ledelsesansvarets udformning i banksektoren, så de samfundsøkonomiske mål tilgodeses bedst muligt. Der er således tale om en retspolitisk analyse med anvendelse af retsøkonomiske betragtninger, idet retsøkonomien kan bidrage til løsning af det juridiske problem omkring en samfundsmæssigt optimal udformning af ledelsesansvaret.

1.5 Teori og metode

1.5.1 Juridisk teori og metode

Den juridiske analyse er overordnet funderet i den realistiske retsteori, der betragter gældende retsnormer som et udtryk for social effektivitet.⁹ Indholdet af det erstatningsretlige ledelsesansvar, herunder adfærdsnormen i den danske banksektor, fastlægges ved brug af den retsdogmatiske metode, hvor der med udgangspunkt i retskilderne foretages en analyse af, hvad der er gældende ret. Retskilderne analyseres i rækkefølgen regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur.

⁹ Nielsen og Tvarnø (2011) s. 380.

Regulering

Den relevante lovgivning i relation til emnet er Selskabsloven (SEL)¹⁰ og Lov om finansiell virksomhed (FIL)¹¹ samt den med hjemmel heri udstedte bekendtgørelse, Bekendtgørelse om ledelse og styring i pengeinstitutter m.fl. (ledelsesbekendtgørelsen).¹² Med ikrafttrædelsen af denne bekendtgørelse er den tidligere vejledning på området,¹³ udstedt af Finanstilsynet, ophævet.¹⁴ Af denne ændring følger at den ikke-bindende vejledning, som udtrykker Finanstilsynets tolkning og praksis på området, erstattes af den bindende bekendtgørelse.¹⁵ Hensigtsmæssigheden i anvendelsen af en bekendtgørelse på området er begrundet i et behov for at kunne fastsætte mere specifikke krav samt et behov for løbende at kunne tilpasse bestemmelsernes indhold til de krav, som omverdenen stiller til ledelserne i banksektoren.¹⁶

I retsanvendelsen gælder generelt, at SEL finder anvendelse i den udstrækning særlige forhold ikke er reguleret i FIL, jf. *lex specialis*-princippet. Det indebærer, at FIL går forud for SEL på de områder, hvor FIL indeholder en speciel regel, der erstatter den generelle regel i SEL.

SEL trådte med undtagelse af nogle enkelte bestemmelser i kraft den 1. januar 2010 og erstattede Aktieselskabsloven (ASL).¹⁷ Den helt centrale bestemmelse om ledelsens erstatningsansvar findes i SEL § 361, der viderefører bestemmelsen i ASL § 140. SEL § 361 har stort set samme ordlyd som den tidligere bestemmelse, hvorfor der ikke er sket nogen ændring af ansvarsgrundlaget for ledelser med den nye SEL.¹⁸ Det er fortsat det almindelige ansvarsgrundlag i dansk ret, nemlig culpa, der finder anvendelse og dermed den tilhørende adfærdsnorm, der skal udfyldes med de specifikke bestemmelser i SEL og FIL.

¹⁰ Bekendtgørelse af lov om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven) nr. 322 af 11. april 2011 med senere ændringer.

¹¹ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 885 af 8. august 2011 med senere ændringer lov nr. 1382 af 28. december 2011.

¹² Bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. nr. 1325 af 1. december 2010. Denne er udstedt med hjemmel i FIL § 65, stk. 2, § 70, stk. 5, § 71, stk. 2, § 152, stk. 4 og § 373, stk. 4.

¹³ Vejledning for pengeinstitutter i henhold til § 71, stk. 1, nr. 1-8 i lov om finansiell virksomhed nr. 10114 af 22. december 2006.

¹⁴ Jf. § 31, stk. 2 i ledelsesbekendtgørelsen.

¹⁵ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 1. Det fremgår heraf, at det er fundet hensigtsmæssigt, at kravene til ledelsen og virksomheden fastsættes i en bekendtgørelse, der er retligt bindende for de virksomheder, der er omfattet.

¹⁶ Ibid., afsnit 2.4.

¹⁷ Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber nr. 649 af 15. juni 2006 med senere ændringer.

¹⁸ L170, FT 2008-09, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.4.17.2 og betænkning 1498/2008, s. 41. Tilsvarende Neville og Sørensen (2009), s. 117 og Werlauff (2010), s. 530.

FIL har ligeledes undergået en række ændringer. Med ikrafttrædelse den 1. januar 2011 blev FIL ændret¹⁹ på baggrund af erfaringerne fra den finansielle krise, idet der fandtes et behov for at øge opmærksomheden på de krav, der stilles til ledelserne i de finansielle virksomheder.²⁰ Disse ændringer finder bl.a. udtryk i lovens §§ 64, 65, 70 og 71, som har særlig betydning for fastlæggelsen af det erstatningsretlige ledelsesansvar.

Som fortolkningsbidrag til lovbestemmelserne i SEL og FIL inddrages forarbejderne til lovene samt bemærkningerne til de fremsatte lovforslag, hvilket er i overensstemmelse med de danske domstoles subjektive fortolkning af lovgivningen.

Retspraksis

Retspraksis inddrages, hvor det er relevant til at påvise gældende ret og dermed fastlægge adfærdsnormen for bankledelser. Ved inddragelse og analyse af retspraksis kan det fastslås, hvordan domstolene tidligere har fastlagt indholdet af gældende ret. Denne retskilde bidrager derfor til at fastlægge det nærmere indhold af det erstatningsretlige ledelsesansvar, da retspraksis som udgangspunkt behandler lige sager lige. Det skal i den forbindelse anføres, at retspraksis spiller en relativt mindre rolle indenfor erstatningsretten grundet det skønspregede område, som erstatningsretten udgør.²¹ Det erstatningsretlige ledelsesansvar kan som følge af culpanormen tillægges forskelligt indhold fra livsområde til livsområde, hvilket betyder, at retspraksis fra andre livsområder skal anvendes med forsigtighed. Endvidere gælder, at forskelle i faktum kan føre til forskellige afgørelser, ligesom den samfundsmæssige udvikling kan have ændret indholdet af gældende ret. Afsagte domme hviler på konkrete omstændigheder, hvorfor det kan være vanskeligt at udlede generelle retningslinjer herfra.

Forskelle i retskildeværdien af danske domme grundet den hierarkiske inddeling af domstolene har ligeledes betydning for anvendelsen af retspraksis. Der er på baggrund heraf primært anvendt domme fra de øverste domstole (Højesteret, Sø- og handelsretten og landsretterne), da det i almindelighed alene er disse domme, der tillægges præjudikatværdi.²² Det har imidlertid vist sig nødvendigt også at inddrage visse by-

¹⁹ Lov nr. 579 af 1. juni 2010 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer mv., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love.

²⁰ L 175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 1.

²¹ von Eyben og Isager (2011), s. 105 og Hellner og Radetzki (2006), s. 132.

²² Nielsen og Tvarnø (2011), s. 165.

retsdomme, hvori spørgsmålet om *bankledelsers* erstatningsansvar konkret er behandlet på trods af den ganske omfattende praksis omkring det generelle erstatningsretlige ledelsesansvar. Yderligere er afgørelser fra Finanstilsynet i begrænset omfang inddraget i relation til særlige forhold i forbindelse med bankvirksomhed.

Der foreligger endnu ikke domme, som er afsagt på baggrund af FIL med de seneste lovændringer eller ledelsesbekendtgørelsen, idet disse kun har været i kraft siden den 1. januar 2011.²³ Den anvendte retspraksis henviser således i det hele til den tidligere gældende FIL samt den hertil hørende vejledning.

Øvrige retskilder og soft law

Ved fastlæggelsen af adfærdsnormen for bankledelser må anvendelsen af retssædvaner på området endvidere inddrages. Retssædvaner er traditionelt defineret som en handlemåde, der er blevet fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en følelse af retlig forpligtelse.²⁴ Banksektorens virksomhedsområde er imidlertid underlagt en sådan omfattende regulering, at retssædvaner i vidt omfang forekommer integreret i lovgivningen. Brugen af retssædvaner forekommer dermed begrænset, hvorfor denne retskilde ikke har fundet konkret anvendelse i afhandlingen.

For så vidt angår retskilden forholdets natur benyttes denne især som fortolkningsbaggrund for de øvrige retskilder.²⁵ Forholdets natur har således begrænset betydning som selvstændig retskilde, men er et udtryk for tidstypiske holdninger, der præger tolkningen af retten.²⁶ Retskilden har derfor ikke fundet eksplicit anvendelse i denne afhandling.

Soft law er imidlertid inddraget i afhandlingen i form af de ”god skik-regler”, der er udarbejdet på området. Det drejer sig primært om til de generelle Anbefalinger for god Selskabsledelse,²⁷ samt Finansrådets²⁸ vejledning²⁹ hertil. I denne vejledning henstilles det til Finansrådets medlemmer at følge udvalgte afsnit i de generelle anbefalinger. Disse anbefalinger præciserer og eksemplificerer en række forhold i de generelle anbefalinger, som bidrager til fortolkning og implementering af disse i bankerne. Anbefalingerne spiller en rolle i forbindelse med fastlæggelsen af adfælds-

²³ Enkelte bestemmelser træder først i kraft 1. juli 2011, jf. § 31, stk. 3, i ledelsesbekendtgørelsen.

²⁴ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 187.

²⁵ Ibid., s. 193.

²⁶ Gomard (2002), s. 31.

²⁷ Anbefalinger for god selskabsledelse (2011).

²⁸ Finansrådet er bankernes interesseorganisation i Danmark.

²⁹ Anbefalinger for Finansrådets medlemsvirksomheder (2008).

normen og inddrages i fastlæggelsen heraf, idet de udgør normative opfattelser af forsvarlig handlemåde.³⁰ Selvom der er tale om soft law og dermed ikke en egentlig bindende retskilde, kan det ikke negligeres, at anbefalingerne er med til at definere, hvad der må anses som centrale opgaver for moderne ledelser, hvilket bidrager positivt til fastlæggelsen af den gældende adfærdsnorm.³¹ Anvendelse af anbefalingerne skal desuden ske efter et comply-or-explain-princip, hvilket vidner om, at disse har en ikke uvæsentlig gennemslagskraft i praksis, som ikke er blevet mindre i de senere år. Der synes således i dag at være en stigende tendens til, at domstolene inddrager sådanne god skik-regler i ansvarsbedømmelsen. Hertil kan endvidere bemærkes, at sådanne god skik-regler med tiden eventuelt gennem domstolsprøvelse kan få en sådan betydning, at de transformeres fra soft law til egentlige juridiske retsregler.³² Dette er dog endnu ikke tilfældet for de ovenfor omtalte.

Der anvendes endvidere juridisk litteratur, som ikke udgør en retskilde,³³ men som bidrager med beskrivelser og analyser af retskilderne. Herunder inddrages tillige juridisk litteratur fra de øvrige nordiske lande, idet de grundlæggende betingelser for erstatningsansvar i det væsentlige er identiske i nordisk ret.³⁴

1.5.2 Økonomisk teori og metode

Med udgangspunkt i økonomisk incitamentsteori samt principal-agent teori foretages en analyse af, hvordan uklarhederne omkring ledelsesansvaret i lovgivningen samt de særlige forhold i banksektoren påvirker ledelsernes incitamenter. Dette gøres med henblik på at undersøge, hvorvidt disse incitamentsvirkninger er overensstemmende med de samfundsmæssige mål, som det ønskes, ledelsen skal forfølge i henhold til lovgivningen. Tesen er som beskrevet, at forsvarlig ledelse reducerer risikoen for sammenbrud i bankerne, hvilket må ses som et samfundsmæssigt mål. Incitamentsteorien tager udgangspunkt i, at økonomiske incitamenter kan fremme ønskværdige handlinger, mens principal-agent teorien søger at afdække, hvordan en given adfærd bedst sikres gennem økonomiske incitamenter.³⁵ Disse teorier skal derfor danne grundlag for fastlæggelsen af, hvordan ledelsesansvaret påvirker ledelsens adfærd og dermed hvordan forsvarlig ledelse af banker kan opnås.

³⁰ Andersen (2010), s. 476.

³¹ Ibid., s. 480.

³² Ulfbeck (2010), s. 34 og Gomard (2002), s. 42.

³³ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 390.

³⁴ von Eyben og Isager (2011), s. 41 f.

³⁵ Andersen et al. (2010), s. 12.

Principal-agent teorien

Den grundlæggende problemstilling i principal-agent teorien bunder i separationen mellem ejerskab og ledelse, som er fælles for alle virksomheder, der drives i aktieselskabsform.³⁶ I traditionel forstand indebærer denne separation en divergens mellem aktionærernes (principalens) interesser på den ene side og ledelsens (agentens) interesser på den anden. Ifølge den klassiske teori er aktionærerne interesseret i profit, mens ledelsens interesser består i forfølgelse af egne mål såsom magt, prestige og penge, som maksimerer egen forventede nytte.³⁷ Det hævdes i denne forbindelse, at ledelserne i banker har incitament til overdreven risikotagning, da der som følge af sektorens særlige karakter er udpræget tendens til vækst. Vækst kan føre til højere løn og desuden bidrage til at fremstille ledelsesmedlemmerne som dygtige og kompetente ledere over for omverdenen, hvilket er i overensstemmelse med disses egne interesser.³⁸ Antagelsen er, at parterne er rationelle og opportunistiske, hvorfor ledelserne vil forfølge egne mål på bekostning af aktionærernes, såfremt de ikke gives incitamenter til at afholde sig herfra.³⁹ Der er således i udgangspunktet tale om et klassisk principal-agent problem, hvor asymmetrisk information og modstridende interesser mellem parterne giver anledning til en række fra teorien velkendte problemer.

I afhandlingen udvides modellen imidlertid således, at ikke alene aktionærerne men hele samfundet betragtes som principalen, mens ledelsen fortsat anses som agent. Samfundet dækker da over både aktionærer og alle andre, for hvem der er et tab forbundet med en banks sammenbrud. Denne udvidelse af udgangspunktet begrundes i, at aktionærerne og det resterende samfund overordnet set har en fælles interesse i at sikre forsvarlig ledelse for at forhindre bankernes sammenbrud, om end denne interesse bygger på forskellige hensyn. Bankledelserne handler ifølge principal-agent teorien som beskrevet først og fremmest på vegne af aktionærerne, der har profit som mål. Aktionærerne har derfor en væsentlig interesse i at udpege kompetente bestyrelsesmedlemmer, der kan sikre en forsvarlig ledelse og forvaltning af aktionærernes investeringer, så der skabes profit. En grundlæggende forudsætning for profit må imidlertid antages at være en ”sund” bank, der ikke står på randen af et sammenbrud, hvorfor dette tillige må være et mål for aktionærerne. Grundet bankernes store betydning i samfundet vil sammenbrud i sektoren generelt medføre betydelige samfundsmæssige

³⁶ Milgrom og Roberts (1992), s. 181 og Knudsen (1997), s. 149.

³⁷ Douma og Schreuder (2004), s. 147.

³⁸ Østrup (2010), s. 94.

³⁹ Milgrom og Roberts (1992), s. 42 og 126 ff.

omkostninger, hvilket indebærer, at samfundet har en åbenlys interesse i, at bankerne ledes forsvarligt, så sammenbrud modvirkes. Udvidelsen af modellen til at omfatte hele samfundet som principal retfærdiggøres derfor med det argument, at hindring af sammenbrud i sektoren er et fælles mål for såvel aktionærer som for bankernes øvrige interessenter, herunder medarbejdere, indskydere, andre kreditorer og samfundet helt generelt, idet de alle er i fare for at lide tab ved banksammenbrud.

Det umiddelbare middel til opnåelse af målet om forsvarlig ledelse er det lovbaserede ledelsesansvar, som skal give ledelsesmedlemmer incitament til forsvarlig varetagelse af deres hverv. Lovbestemmelsen sikrer det omgivende samfunds interesser, herunder også aktionærernes, da ledelsesansvaret er med til at skabe større sikkerhed om, at den ønskede adfærd efterleves af ledelserne. Dette er i overensstemmelse med retsøkonomiens syn på lovgivningen, ifølge hvilken lovgivningen er udformet med henblik på optimering af samfundets interesser, og hovedformålet er allokering af rettigheder og pligter til de parter, der værdsætter dem højest, samtidig med at opportunistisk adfærd søges undgået. Lovgivningen udgør baggrundsretten, der gør det muligt at specificere pligter, som det for parterne vil være for omkostningskrævende selv at specificere i en kontrakt.⁴⁰ Det forekommer på baggrund af disse betragtninger plausibelt at antage, at der er sammenfald mellem aktionærernes og det øvrige samfunds interesser, hvorfor de samlet set kan betragtes som principal under anvendelse af principal-agent teorien.

Incitamenter og det underliggende optimalitetskriterium

Modellen bygger som beskrevet ovenfor på den antagelse, at parterne er rationelle, og handler i egne interesser. Det samfundsmæssige mål er dermed at skabe sammenfald mellem samfundets og ledelsens interesser, så ledelserne gives incitamenter til at handle forsvarligt, således at risikoen for sammenbrud og heraf følgende tab reduceres. Der kan naturligvis argumenteres for, at det i et vist omfang ligeledes er i ledelsernes interesse, at bankerne ikke bryder sammen, da ledelsesmedlemmerne i så fald mister deres arbejde og indtjeningsgrundlag. Det antages imidlertid, at der er en væsentlig divergens mellem parternes tidsmæssige perspektiv. Ledelsesmedlemmerne tænker kortsigtet i den forstand, at disse blot er interesserede i, at banken overlever i deres ”levetid” og i den periode opnår vækst, som afspejler gode lederegenskaber og skaber prestige samt grundlag for højere lønninger. Samfundet har et langsigtet per-

⁴⁰ Lando (2001), s. 78 f.

spektiv med fokus på opretholdelse af stabiliteten i sektoren. Bankledelserne skal dermed tilskyndes til at vælge en adfærd, der gavner samfundet frem for forfølgelse af kortsigtede, egennyttige mål, hvilket skal sikres gennem indarbejdelse af de rette incitamenter i ledelsesansvaret. Der skal dog tages hensyn til ledelsesmedlemmernes omkostninger ved iagttagelse af agtpågivende handlinger, der reducerer risikoen for sammenbrud. Det teoretiske udgangspunkt er derfor, at der foretages en afvejning mellem ledelsernes omkostninger ved en agtpågivende handling på den ene side og reduktionen i det forventede tab, som handlingen medfører grundet reduktion af risikoen for sammenbrud, på den anden side. Der skal således tages højde for både ledelsens omkostninger ved at agere i overensstemmelse med ledelsesansvarets krav til agtpågivenhed og det forventede tab ved sammenbrud, som tilsammen udgør de samlede samfundsmæssige omkostninger.⁴¹ Målet for udformningen af det optimale ledelsesansvar er, at ansvaret giver ledelsen incitament til en adfærd, som minimerer disse samlede samfundsmæssige omkostninger.⁴² Afhandlingens underliggende optimalitetskriterium for udformning af ledelsesansvaret i banksektoren er dermed et Kaldor-Hicks-kriterium.

Culpaansvarets incitamenter til agtpågivenhed

Culpaansvaret, der som beskrevet er det gældende ledelsesansvar, bør ifølge den retsøkonomiske teori⁴³ som udgangspunkt føre til, at ledelsen ikke ifalder ansvar. Ledelsen vil vælge et agtpågivenhedsniveau, som svarer til *due care*, hvilket medfører, at denne ikke bliver erstatningsansvarlig. Due care er et udtryk for fornøden agtpågivenhed og fastsættes af domstolene. Såfremt niveauet for fornøden agtpågivenhed fastsættes, så dette er lig det samfundsmæssigt optimale agtpågivenhedsniveau,⁴⁴ vil ledelsen have incitament til at vælge det samfundsmæssigt optimale niveau for at undgå at ifalde erstatningsansvar. Culpaansvaret vil dermed føre til ledelsens valg af optimal agtpågivenhed.

⁴¹ På grund af de enorme tab, som sammenbrudene i banksektoren har medført, må der ud fra et samfundsoekonomisk synspunkt kunne stilles ganske høje krav til ledelsernes agtpågivenhedsniveau. Dog bør kravene ikke være så strenge, at potentielle ledelsesmedlemmer afholder sig fra at påtage sig hvervet.

⁴² Shavell (2004), s. 178.

⁴³ Shavell (2004), Part II.

⁴⁴ Det optimale agtpågivenhedsniveau er det niveau, der fører til minimering af de samlede samfundsmæssige omkostninger, dvs. summen af ledelsens omkostninger ved at være agtpågivende og det forventede tab ved sammenbrud.

Teorien anerkender imidlertid eksistensen af visse generelle problemer forbundet med anvendelse af culpaansvaret i praksis, som skaber usikkerhed i bedømmelsen af, hvorvidt ledelsen har handlet med fornøden agtpågivenhed. Som konsekvens heraf kan ledelsen foranlediges til enten at vælge for høj eller for lav agtpågivenhed, hvilket ikke er samfundsmæssigt optimalt.⁴⁵ Et for højt niveau medfører for store omkostninger til agtpågivenhed og resulterer i for høje samlede samfundsmæssige omkostninger. Et for lavt niveau medfører omvendt, at risikoen for sammenbrud ikke begrænses i det omfang, det er samfundsmæssigt optimalt, hvorved de samlede samfundsmæssige omkostninger heller ikke minimeres. Årsagerne til disse usikkerheder beskrives i det følgende.

Usikkerheder i culpabedømmelsen

Den første usikkerhed består i risikoen for, at domstolene begår fejl i deres vurdering af ledelsens faktiske agtpågivenhedsniveau. Den anden usikkerhed følger af ledelsens manglende evne til på ethvert givent tidspunkt at kontrollere sin agtpågivenhed, da dette skaber en usikkerhed om, hvorvidt domstolene vil finde ledelsens generelle agtpågivenhed utilstrækkeligt. Den tredje usikkerhed består i ledelsens vanskelighed ved at forudsige, hvilket agtpågivenhedsniveau domstolene vil fastsætte som due care, dvs. fornøden agtpågivenhed.

Betydningen af disse usikkerheder afhænger af den konkrete sammenhæng, og det antages i forbindelse med det culpaansvar, som bankledelser er underlagt, at usikkerheden om domstolenes fastsættelse af niveauet for fornøden agtpågivenhed er den væsentligste. Niveauet for fornøden agtpågivenhed kommer til udtryk i culpaansvarets adfærdsnorm, da overholdelse af adfærdsnormen er lig iagttagelse af fornøden agtpågivenhed. Er adfærdsnormen uklar, vil dette øge usikkerheden om, hvad der af domstolene betragtes som det fornødne agtpågivenhedsniveau. Ledelserne må dermed vælge deres niveau af agtpågivenhed ud fra, hvordan de forventer, domstolene vil fastsætte dette niveau.

I et retsøkonomisk perspektiv afhænger domstolenes fastlæggelse af niveauet for fornøden agtpågivenhed både af, hvordan domstolene vurderer omkostningerne forbundet med agtpågivenhed og reduktionen af risiko for tab, som et givent agtpågivenhedsniveau medfører. Det er usikkert for ledelserne, hvordan domstolene vurderer

⁴⁵Shavell (2004), s. 224.

disse faktorer, hvilket fører til usikkerhed om det agtpågivenhedsniveau, der skal iagttages for ikke at ifalde ansvar. Hermed opstår en risiko for, at ledelsen vælger enten et for højt eller et for lavt agtpågivenhedsniveau i forhold til det af domstolene fastsatte niveau. Til trods for at der er lige stor sandsynlighed for at ledelsen overvurderer, som for at den undervurderer dette niveau, vil ledelsen ifølge teorien oftest vælge et højere agtpågivenhedsniveau end det samfundsmæssigt optimale for at undgå at ifalde ansvar. Årsagen hertil er, at byrden ved at ifalde ansvar som følge af at vælge et for lavt agtpågivenhedsniveau langt overstiger omkostningen forbundet med at vælge et højere agtpågivenhedsniveau. Dette vil alt andet lige foranledige ledelserne til at vælge et agtpågivenhedsniveau, der ligger over det samfundsmæssigt optimale niveau. Hermed bliver de samlede samfundsmæssige omkostninger højere end optimalt.⁴⁶

Der findes imidlertid også forhold, som ifølge teorien udvander ledelsens incitamenter til at iagttage det fornødne agtpågivenhedsniveau, og som konsekvent fører til, at ledelsen vælger et niveau, der ligger under det samfundsmæssigt optimale niveau. Der er tale om tilfælde, hvor ledelsen ikke finder, at det kan betale sig at iagttage det fornødne niveau, og hvor den uforsvarlige adfærd dermed må antages at være bevidst. Særligt to forhold kan føre til dette resultat. Ét forhold er, at det enkelte ledelsesmedlem ikke besidder de nødvendige aktiver til at betale det eventuelle erstatningskrav, da ledelsesmedlemmet er *judgment proof*, som er den amerikanske betegnelse for dette forhold.⁴⁷ Ledelsesmedlemmet vil i sådanne tilfælde vælge agtpågivenhedsniveau ud fra sin økonomiske evne til at betale frem for at lade det tab, som den uforsvarlige adfærd kan medføre, danne grundlag for valget af agtpågivenhed. Et andet forhold er, at ledelsesmedlemmet er bekendt med, at uforsvarlig adfærd med tab til følge ikke i alle tilfælde vil resultere i et erstatningskrav.⁴⁸ Ledelsesmedlemmets grundlag for valg af agtpågivenhed vil i sådanne tilfælde være den *forventede erstatningsbetaling*, som bliver mindre end det *forventede tab*. Disse to forhold kan være relevante at inddrage i analysen af bankledelsernes incitamenter til at udvise fornøden agtpågivenhed.

⁴⁶ Shavells argumentation er adopteret og anvendt i den juridiske litteratur, hvor bl.a. Shaumburg-Müller og Werlauff statuerer, at ulempen ved den udbredte anvendelse af retlige standarder, herunder eksempelvis culpa, er uforudsigeligheden. Omvendt betragtes det som en fordel, at retsområdets aktører på baggrund heraf afholder sig fra at ”gå til strengen”, fordi de har vanskeligt ved at fastlægge præcis, hvor strengen går, jf. Shaumburg-Müller og Werlauff (1994), s. 140.

⁴⁷ Shavell (2004), s. 230.

⁴⁸ Ibid., s. 230 og 244.

1.5.3 Integreret teori og metode

Der foretages afslutningsvist en retspolitisk analyse af det erstatningsretlige ledelsesansvar i banksektoren, hvor formålet er at klarlægge, hvordan de samfundsmæssige mål for sektoren kan opnås. Denne analyse beror på konklusionerne i kapitel 2-4, og det diskuteres, hvilke alternative udformninger af ledelsesansvaret der kan optimere bankledelsernes incitamenter til forsvarlig ledelse og dermed bidrage til at opfylde de samfundsmæssige mål for banksektoren. Analysen tager sit udgangspunkt i de uklarheder om culpaansvarets adfærdsnorm, som er konstateret i analysen af gældende ret, ledelsernes faktiske adfærd i de banker, der er brudt sammen under den finansielle krise, samt de særlige forhold, som gør sig gældende i banksektoren. Denne diskussion understøttes af retsøkonomisk argumentation, idet retsøkonomien netop kan anvendes til at give en forståelse af komplekse samfundsmæssige problemer samt generere argumenter for en bestemt løsning af et juridisk problem.⁴⁹ Der er således tale om en overvejelse af, hvordan retsstillingen bør være, når der henses til, hvordan retlige regler påvirker adfærd.⁵⁰

1.6 Brug af empiri – advokatundersøgelser

I relation til undersøgelsen og fastlæggelsen af det erstatningsretlige ledelsesansvar i banksektoren inddrages de advokatundersøgelser, der er foretaget i forbindelse med syv danske bankers sammenbrud. Der er tale om advokatundersøgelser af Roskilde Bank, EBH Bank, Fiona Bank, Løkken Sparekasse, Gudme Raaschou Bank, Capinordic Bank og Eik Bank. Undersøgelserne er iværksat for at afgøre, om der er grundlag for, at aktionærerne i disse banker kan gøre et erstatningsansvar gældende over for ledelserne. Disse undersøgelser er endvidere det bedste offentligt tilgængelige materiale til at opnå indsigt i de enkelte bankers forhold, herunder ledelsernes konkrete handlinger og undladelser og bevæggrunde herfor.

Advokatundersøgelserne kan ikke tillægges retskildeværdi, men i og med de er udarbejdet af advokater med stort kendskab til retsområdet, antages de at give et acceptabelt og retvisende indblik i, hvilke potentielt ansvarspådragende handlinger og undladelser ledelserne i de nødlidende banker har foretaget. Inddragelsen af undersøgelserne kan dog ikke ske ukritisk, da resultaterne af disse ikke nødvendigvis er retningsgivende for de fremtidige afgørelser i de sager, der er blevet indbragt for domstolene. I

⁴⁹ Riis (2000), s. 494.

⁵⁰ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 448 f.

afhandlingen er det primært de faktuelle oplysninger fra advokatundersøgelserne, der anvendes for at belyse årsagerne til bankernes sammenbrud under den aktuelle krise for på baggrund heraf at vurdere, hvorvidt det gældende ledelsesansvar i sektoren bør ændres.

1.7 Erstatningsansvar kontra strafansvar

Afhandlingens fokus lægges som beskrevet ovenfor i afsnit 1.2 på erstatningsreglernes præventive effekt til trods for, at strafferetten umiddelbart kan antages at have en mere adfærdsregulerende virkning. En nærmere redegørelse for denne tilgang til erstatningsansvaret følger her.

Straffebestemmelser fører som udgangspunkt til idømmelse af bøde- eller fængselsstraf ved bestemmelsernes blotte overtrædelse, mens erstatningsbestemmelserne kræver, at en række yderligere betingelser i form af ansvarsgrundlag, påviseligt økonomisk tab, kausalitet og adækvans skal være opfyldt, førend der kan ifaldes erstatningsansvar. En væsentlig forskel mellem straf og erstatning er dermed, at overtrædelse af en straffebestemmelse medfører ansvar, uanset om der er opstået et tab som følge af overtrædelsen, mens et erstatningsansvar kun bliver relevant, hvis overtrædelsen medfører tab. Dette kan begrunde et fokus på straffebestemmelser frem for erstatningsbestemmelser, som et bedre egnet middel til at opnå den ønskede adfærd fra bankledelser. Når henses til den begrænsede anvendelse af de strafferetlige bestemmelser på dette område, må den præventive og adfærdsregulerende effekt dog anses for svækket.⁵¹

Erstatningsbestemmelserne er også udtryk for et forsøg på at præge den adfærd, der udvises af ledelsesmedlemmer,⁵² og det er fundet, at erstatningsansvaret spiller en større rolle end straffebestemmelserne inden for dette konkrete område. Som udgangspunkt må det fremhæves, at der ikke ifaldes erstatningsansvar for enhver skade men kun for skader, hvor der foreligger et ansvarsgrundlag, eksempelvis culpa. Der ifaldes dermed kun ansvar, såfremt den udøvede adfærd er i strid med, hvad der må anses som samfundsmæssigt ønskelig adfærd på et givent livsområde. Hermed får erstatningsansvaret sin præventive effekt, idet udsigten til at ifalde erstatningsansvar

⁵¹ Andersen (2010), s. 509 og bilag 1.

⁵² Christensen (2009), s. 689.

ved en given adfærd alt andet lige må antages at motivere til afholdelse fra denne adfærd.^{53 54}

Endvidere kan de krav, der stilles til lovbestemmelsernes klarhed i henholdsvis straffe- og erstatningssager fremhæves som argument for erstatningsreglernes præventive effekt, idet der alt andet lige stilles større krav til klarheden i formuleringen af de bestemmelser, der er strafferetligt sanktioneret sammenlignet med de bestemmelser, der kan danne baggrund for erstatningsansvar. Eksempelvis anses visse bestemmelser i SEL for at være så vagt formulerede, at der ikke kan idømmes strafferetligt ansvar på baggrund heraf, mens selvsamme bestemmelser godt kan føre til et erstatningsretligt ansvar.⁵⁵ Dette medfører, at risikoen for idømmelse af erstatningsansvar, er større end risikoen for idømmelse af strafansvar, da strafansvaret kræver et klart bevis for overtrædelse af en specifik, præcis og strafsanktioneret bestemmelse.

Når henses til de økonomiske konsekvenser ved idømmelse af henholdsvis bøde og erstatning, kan der desuden forekomme store forskelle i de konkrete beløbsstørrelser, hvilket ligeledes må have betydning for den præventive effekt. Da bøderne, som pålægges i straffesager, oftest er relativt beskedne i forhold til de potentielle erstatningskrav, som ledelsesmedlemmerne kan risikere at blive stillet over for i erstatningsansvarssager, kan der argumenteres for, at frygten for idømmelse af et meget stort erstatningskrav vil have en større disciplinerende effekt på lederne sammenlignet med idømmelse af en standardiseret bøde.⁵⁶ Samtidig er ledelsesansvaret personligt, direkte og ubegrænset samt eventuelt solidarisk, såfremt der er flere erstatningsansvarlige, hvorfor det kan få afgørende betydning for ledelsesmedlemmers privatøkonomiske forhold.⁵⁷ På den anden side er der ifølge økonomisk teori en risiko forbundet med de store erstatningssummer sammenlignet med bødestrafen. Såfremt erstatningskravet er så stort, at ledelsesmedlemmerne ikke kan efterkomme dette grundet begrænsede aktiver, kan det føre til, at erstatningsansvaret mister sin præven-

⁵³ von Eyben og Isager (2011), s. 46 f. Jf. desuden Jensen i UfR 2011B.275 for betragtninger om erstatningsansvarets præventive effekt.

⁵⁴ Det er omdiskuteret i den juridiske litteratur, hvilken vægt den præventive effekt erstatningsretten kan tillægges, jf. eksempelvis Lødrup (2009), s. 112 ff. samt von Eyben og Isager (2011), s. 51.

⁵⁵ R&R 1994, nr. 6, s. 9 ff. og Werlauff (2010), s. 549.

⁵⁶ I Østre Landsrets dom af 14. december 1993 (9. afd.) om Nordisk Fjer blev 3 bestyrelsesmedlemmer pålagt bøder på 5.000 kr. hver. Aktionærerne og kreditorernes tab i forbindelse med virksomhedens sammenbrud blev opgjort til ca. 4 mia. kr. Erstatningssagen mod de tidligere bestyrelsesmedlemmer endte med et forlig, hvorefter der skulle betales ca. 100 mio. kr. i erstatning, jf. bilag 2.

I Købehavns Byrets dom af 9. marts 1994 (17. Afd. sag : 73359/90) om C&G Banken blev der pålagt direktions- og bestyrelsesmedlemmer bøder i størrelsesordenen 12.000-20.000 kr., mens det samlede tab her løb op i 700 mio. kr., jf. <http://www.elex.dk/cg-banken/>

⁵⁷ Andersen (2001), s. 18.

tive effekt, da kravet reelt ikke kan gøres gældende.⁵⁸ Sådanne tilfælde af judgment proof må dog forventes fortsat at have en adfærdsregulerende virkning, da ledelsesmedlemmerne pålægges at betale den del af tabet, som disse har økonomisk evne til.

På baggrund af ovenstående argumenter er påstanden herefter, at det potentielle erstatningsansvar i praksis ud fra en gennemsnitsbetragtning kan have en større adfærdsregulerende effekt end strafansvaret. Denne påstand gøres hermed til en forudsætning for afhandlingens problemfelt, og begrundet et fokus på det erstatningsretlige ledelsesansvar som en præventiv foranstaltning.

1.8 Afgrænsninger

Afhandlingen koncentrerer sig udelukkende om det erstatningsretlige ledelsesansvar i danske banker. Med danske banker som fokus afgrænses der således fra den bredere definition pengeinstitutter – dog omfatter banker også sparekasser omdannet til aktieselskaber.⁵⁹

I behandlingen af det erstatningsretlige ledelsesansvar er ansvarsgrundlaget i fokus, og der afgrænses dermed fra en behandling af de øvrige erstatningsbetingelser – økonomisk tab, årsagssammenhæng (kausalitet) og påregnelighed (adækvans). Opfyldelse af disse betingelser er en forudsætning for, at der kan ifaldes erstatningsansvar, og det er således i afhandlingen forudsat, at disse betingelser er opfyldt, medmindre andet fremgår.

Der afgrænses endvidere fra en indgående behandling af de objektive betingelser i ansvarsbedømmelsen, dvs. hvorvidt skaden har ramt en anden end skadevolder, hvorvidt der kan ifaldes ansvar for en undladelse, og hvorvidt der foreligger objektive ansvarsfrihedsgrunde.⁶⁰ Denne afgrænsning begrundes i, at vanskelighederne primært opstår i vurderingen af, hvorvidt culpanormens subjektive betingelser er opfyldt, dvs. om der foreligger forsæt eller uagtsomhed.

Ved fastlæggelse af adfærdsnormen for ledelsesmedlemmer, afgrænses der fra en nærmere behandling af vedtægters betydning. Vedtægter er individuelle for de enkelte banker, hvorfor der ikke kan udledes noget generelt om indholdet af adfærdsnormen for bankledelser på baggrund heraf. Det negligeres ikke, at ledelsen skal overholde vedtægterne, som fastsættes med hjemmel i SEL § 28 for ikke at ifalde erstatningsan-

⁵⁸ Jf. afsnit 1.5.2.

⁵⁹ Østrup (2010), s. 213.

⁶⁰ von Eyben og Isager (2011), s. 65.

svar, men dette er et generelt og indlysende krav, som gælder alle virksomheder. Direktørkontrakter og incitamentsafønningsstrukturer er ligeledes individuelle og behandles derfor heller ikke.

På baggrund af afsnit 1.7 afgrænses endvidere fra behandling af strafferetlige bestemmelser, som kan pålægges ledelsesmedlemmer ved overtrædelse af lovbestemte pligter. Afhandlingens fokus er på det erstatningsretlige ledelsesansvar, idet dette som beskrevet antages at have større præventiv effekt end straffebestemmelser på dette område.

En afgrænsning fra behandling af det erstatningsretlige ledelsesansvar i lyset af genopretnings- og reparationssynspunktet begrundes ligeledes i afhandlingens fokus på ledelsesansvarets præventive effekt, på trods af at det naturligvis ikke negligeres, at erstatning må betragtes som en økonomisk udligning af en forvoldt skade.⁶¹

Lempelsesreglerne, herunder SEL § 363, stk. 1, der åbner mulighed for nedsættelse af erstatningen, når dette findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt, behandles heller ikke i afhandlingen, da erstatningsansvarets præventive effekt og ikke den konkrete erstatningsudmåling er omdrejningspunktet. Ifølge den almene nordiske retsopfattelse medfører lempelsesreglerne ikke, at den præventive effekt af erstatningsansvarsreglerne svækkes.⁶²

Der afgrænses yderligere fra behandling af bestyrelsesansvarsforsikringer, idet udgangspunktet tages i det gældende ledelsesansvars påvirkning af bankledelsernes adfærd og de heraf afledte incitamentsvirkninger. Fokus er dermed ikke på en eventuel ansvarsforsikrings indvirkning på denne adfærd, hvorfor emnet ikke behandles yderligere.

⁶¹ von Eyben og Isager (2011), s. 24 og Jensen (2011), s. 5.

⁶² Dotevall (2008), s. 75.

2 Lovgrundlaget for det erstatningsretlige ledelsesansvar i banker

I dette kapitel redegøres indledningsvist for de overordnede samfundsmæssige mål for banksektoren og dermed for målene med den sektorspecifikke regulering, samt hvilken rolle erstatningsansvaret, som bankledelser er underlagt, spiller i forhold til disse mål. Dernæst redegøres for indholdet af det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar i banksektoren og det ansvarsgrundlag, der skal lægges til grund for ansvarsbedømmelsen. I forlængelse heraf følger en kortlægning af det relevante lovgrundlag, som danner baggrund for den adfærdsnorm, som gælder for ledelsesmedlemmer i banker, og som dermed skal være med til at sikre, at de samfundsmæssige mål med lovgivningen nås.

2.1 Mål for banksektoren og den finansielle lovgivning

Banksektoren er, som beskrevet i afsnit 1.5.1, reguleret af både den selskabsretlige og den finansielle lovgivning, hvorfor målene for selskabsretten og den finansielle lovgivning skal fastlægges.

Det overordnede mål med den selskabsretlige lovgivning har traditionelt været beskyttelse af aktionærernes og kreditorernes interesser, dvs. shareholder-interesserne, mod misbrug. Udviklingen i selskabsretten har imidlertid bevæget sig i retning af større fokus på stakeholder-interesser, der dækker over en bredere kreds af interesser. Ifølge stakeholder-teorien bør virksomheder også have fokus på eksempelvis medarbejderes og det omgivende samfunds interesser.⁶³ Denne udvikling hænger sammen med samfundets ønske om større indsigt i virksomhedernes forhold samt øget indflydelse fra den økonomiske teori. Hovedformålet med selskabsretten er således ændret fra i traditionel forstand at skulle forhindre misbrug til i stigende grad at skulle fremme den økonomiske effektivitet.⁶⁴

Sikring af økonomisk effektivitet er ligeledes et mål for den finansielle lovgivning. Yderligere er fokus på samfundets interesser højt prioriteret, hvilket begrundes i bankernes centrale rolle i samfundet. Dette skyldes, at de tjenesteydelser, som sektoren udbyder, i større eller mindre omfang benyttes af alle i samfundet. Bankernes funktion er afgørende for, at et moderne samfund kan fungere tilfredsstillende, og

⁶³ Andersen (2010), s. 57.

⁶⁴ Ibid., s. 61 f.

sektoren anses generelt som et helt centralt rammevilkår for alle andre sektorer.⁶⁵ Bankerne har således stor betydning for den økonomiske udvikling og vækst i samfundet.⁶⁶ Særligt virksomheder er afhængige af bankernes udlån, idet adgang til lånefinansiering er ganske afgørende og i vidt omfang danner grundlag for virksomheders eksistens.⁶⁷ Iagttagelsen af samfundsmæssige interesser gennem den finansielle lovgivning er endvidere begrundet i den store risiko, der grundlæggende er forbundet med bankernes virksomhed, idet omdannelsen af kortfristede indlån til langfristede udlån bygger på en potentielt ustabil ligevægt.⁶⁸ Denne indbyggede risiko i bankvirksomhed afspejles i alle dele af den finansielle lovgivning, hvorfor styringen heraf må betragtes som et væsentligt fokus, når henses til den centrale rolle som bankerne spiller i samfundet. Det skyldes at sammenbrud i banksektoren er forbundet med vidtrækkende samfundsmæssige tab, som påvirker samfundet i en grad, der ikke finder sammenligning ved virksomhedssammenbrud i andre sektorer. De finansielle virksomheders rolle og samfundsmæssige betydning fremføres i de indledende bemærkninger til et af de seneste ændringsforslag til lov om finansiell virksomhed:

*“Finansielle virksomheder spiller en vigtig rolle for stabiliteten i et moderne samfund. Det er af stor samfundsmæssig betydning, at disse virksomheder ledes og drives på en forsvarlig måde. Et moderne samfund kan kun fungere tilfredsstillende, hvis det har en stabil finansiell sektor, og det forudsætter, at virksomhederne i sektoren bliver ledet på en kompetent og hensigtsmæssig måde. Samtidig kan tilliden til hele den finansielle sektor vakle, hvis blot der konstateres ledelsessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiell virksomhed. Ligeledes kan den enkelte finansielle virksomhed kun eksistere, hvis det omgivende samfund, dvs. virksomhedens kunder, andre finansielle virksomheder og øvrige samarbejdspartnere, har tillid til virksomheden.”*⁶⁹

Med disse bemærkninger hersker der ingen tvivl om, at samfundsmæssige hensyn vægtes højt i reguleringen af den finansielle sektor. Det fastslås, at en af forudsætninger for et velfungerende moderne samfund er en stabil banksektor, der er tillid til. Lovgiver præsenterer også et vigtigt middel til at nå dette mål – nemlig en kompetent og forsvarlig ledelse og drift af bankerne. Spørgsmålet er, hvordan dette middel kan tilvejebringes. Sikring af en kompetent og forsvarlig ledelse må alt andet lige bero på

⁶⁵ Finansrådet - Bankerne og vækst: <http://www.finansraadet.dk/tal--fakta/bankernes-betydning-i-samfundet/bankerne-og-vaekst.aspx>

⁶⁶ Betænkning nr. 1376/1999, s. 61.

⁶⁷ Jf. bilag 3 og 4.

⁶⁸ Sørensen (2011), s. 12.

⁶⁹ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 1.

muligheden for at stille de personer, der påtager sig et ledelseshverv i bankerne, til ansvar, såfremt disse ikke lever op til de krav, der stilles, og som følge heraf forårsager tab. Et sådant ansvar burde afholde inkompetente personer fra overhovedet at påtage sig hvervet. Samtidig burde det tillige afholde kompetente personer fra at foretage uforsvarlige handlinger under varetagelsen af ledelseshvervet. Ledelsesansvaret får derved en præventiv og disciplinerende effekt, og kommer til at spille en vigtig rolle i forbindelse med sikring af de samfundsmæssige mål om en stabil banksektor, der er tillid til. Både for ledelsesmedlemmerne og samfundet generelt er det afgørende at fastslå kravene til det nærmere indhold og omfang af dette ledelsesansvar. Først når dette er fastlagt, vil det efterfølgende være muligt at afgøre, om det gældende ledelsesansvar sikrer opfyldelsen af de samfundsmæssige mål for banksektoren.

2.2 Det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar

Banker er omfattet af FIL, jf. FIL § 1, jf. § 5, stk. 1, nr. 1. Ifølge FIL § 12, stk. 1, skal banker være aktieselskaber, hvilket medfører, at banker ligeledes er underlagt SEL. FIL indeholder ikke bestemmelser om ledelsens erstatningsansvar, men det gør SEL derimod. SEL § 361, stk. 1, fastslår, at *”medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade, er pligtige at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredje-mand”*. Der ifaldes således erstatningsansvar, såfremt selskabet, aktionærerne eller andre påføres skade som følge af en adfærd, der må betragtes som forsætlig eller uagtsom. Ansvarsgrundlaget for ledelsen er et culpaansvar, hvilket betragtes som dansk rets almindelige ansvarsgrundlag. Culpabedømmelsen beror på en retlig norm, og for at afgøre om ledelsen i en bank ved en given adfærd kan pålægges ansvar, er det nødvendigt at fastlægge det nærmere indhold af normen. Det skyldes, at den konkrete adfærd skal holdes op mod denne culpanorm i ansvarsbedømmelsen. Culpanormen består af henholdsvis en objektiv og en subjektiv side.⁷⁰ Den subjektive side vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der er handlet forsætligt eller uagtsomt, og er den side af culpanormen, der fokus i afhandlingen, da den største usikkerhed består heri.

⁷⁰ Der er i afhandlingen foretaget en afgrænsning fra behandling af culpanormens objektive side, jf. afsnit 1.8.

Den subjektive side indeholder i stigende grad elementer af objektiv karakter, hvilket skyldes en generel tendens i udviklingen af normen.⁷¹

Der foreligger som beskrevet culpøs adfærd, såfremt der sker en skade som følge af en forsætligt eller uagtsomt handling.⁷² Da både forsæt, grov og simpel uagtsomhed således medfører culpa, vil det i praksis være spørgsmålet om, hvorvidt der er handlet uagtsomt eller ej, der er afgørende for den erstatningsretlige ansvarsbedømmelse, idet uagtsomhed udgør den nedre grænse for culpaansvaret.⁷³ Denne sondring er illustreret i bilag 5.

En handling anses som uagtsom, såfremt der ikke er udvist fornøden agtpågivenhed.⁷⁴ Spørgsmålet er derfor, hvad der forstås ved *fornøden agtpågivenhed*. Som udgangspunkt er der en formodning for, at overholdelse af de regler, der gælder på et livsområde, vil medføre, at der ikke er handlet uagtsomt. Der findes imidlertid i retspraksis,⁷⁵ eksempler på, at der kan ifaldes erstatningsansvar på trods af overholdelse af reglerne. Dette gør sig gældende såfremt reglerne er ufuldstændige i forbindelse med regulering af det erstatningsretlige spørgsmål, eller såfremt konkrete omstændigheder indikerer, at varetagelse af yderligere foranstaltninger var påkrævet.⁷⁶ Omvendt foreligger der ikke erstatningsansvar for enhver overtrædelse af en given regel. For at overtrædelsen kan have erstatningsretlig relevans kræves, at det primære formål med reglen er at regulere forsvarlig adfærd.⁷⁷ Der kan således ikke generelt sættes lighedstegn mellem ikke-overholdelse af lovgivningen og uagtsomhed.

Tidligere var den klassiske culpadeinition med en *bonus pater-målestok* afgørende for bedømmelsen af, hvorvidt en handling skulle anses som uagtsom. Den skadevoldende handling blev sammenlignet med, hvad en fornuftig bonus pater ville have gjort i en tilsvarende situation. Fokus blev således lagt på om en handling subjektivt kunne tilregnes skadevolderen, dvs. om skadevolderen havde indset eller burde have indset, at den udførte handling var uforsvarlig. Denne klassiske culpadeinition har imidlertid været udsat for kritik, da det er fremført, at en bonus pater pr. definition ikke kan begå

⁷¹ von Eyben og Isager (2011), s. 85.

⁷² Der kan ifaldes ansvar for både handlinger og undladelser. I relation til lovgivningens definerede opgaver og pligter er erstatningsansvar for undladelser primært relevant, hvor der er defineret en decideret handlepligt for ledelsen. Har ledelsen i et sådant tilfælde forholdt sig passivt, må der være en formodning for, at der er *handlet* ansvarspådragende, jf. Sofsrud (1999), s. 128.

⁷³ von Eyben og Isager (2011), s. 86.

⁷⁴ Ibid., s. 43.

⁷⁵ Jf. eksempelvis UfR 1989.692 H (Forurennet jord).

⁷⁶ von Eyben og Isager (2011), s. 96.

⁷⁷ Ibid., s. 92.

fejl og derfor ikke kan betragtes som en bonus pater. Yderligere er det fremført, at verden i dag er præget af så stor specialisering og høje krav til viden og uddannelse på hvert enkelt livsområde, at det ikke giver et retvisende billede at sammenligne med en bonus pater.⁷⁸

En mere objektiveret culpabedømmelse med fokus på selve *handlingen* anses i dag for at være mere tidssvarende. Det er således i højere grad afgørende, om en given handling afviger fra et på handlingstidspunktet anerkendt adfærdsmønster, som kan være fastlagt i de almindelige retskilder. Til støtte for denne objektiverede culpabedømmelse kan inddrages tre yderligere faktorer, som ifølge den juridiske litteratur givetvis er et udtryk for de overvejelser, der er lagt til grund for retskilderne. Disse faktorer udtrykkes som en given handlingens farlighed, handlingens skadeevne samt muligheden for at undgå skade.⁷⁹ En handlingens farlighed skal forstås som risikoen for, at handlingen medfører skade, mens skadeevnen er et udtryk for skadens sandsynlige størrelse, og mulighederne for skadeundgåelse er foranstaltninger eller alternativer, der reducerer risikoen for skade.^{80 81} Hvor retskilderne ikke findes udtrykkeligt at tilkendegive adfærdsnormen, vil der være behov for at anlægge en helhedsbedømmelse med udgangspunkt i de opstillede faktorer for at kunne afgøre, hvorvidt der på et givent livsområde må antages at være handlet culpøst.

At culpabedømmelsen tager udgangspunkt i, hvad der kan anses som et anerkendt adfærdsmønster på tidspunktet for handlingens udøvelse, medfører at bedømmelsen ændrer sig over tid i takt med den samfundsmæssige udvikling. For at afgøre om der er handlet uforsvarligt, er det nødvendigt at fastlægge, hvad der i dag er den gældende norm for god og forsvarlig adfærd for et ledelsesmedlem i en bank. Werlauff definerer den overordnede norm for ledelsesmedlemmer som "*det enkelte medlems varetagelse af selskabsinteressen efter bedste skøn*" og tilføjer, at de enkelte detaljerede normer er

⁷⁸ Ibid., s. 86.

⁷⁹ På trods af objektiveringstendensen er der ikke taget afstand fra, at der i ansvarsbedømmelsen kan inddrages, hvad skadevolderen indså eller burde have indset om disse tre faktorer. Dermed kan skadevolderens subjektive forhold fortsat forventes inddraget. Dette gør sig dog alene gældende, hvis der er tale om forhold, der generelt må antages at påvirke *evnen* til at udvise agtpågivenhed, jf. von Eyben og Isager (2011), s. 107.

⁸⁰ von Eyben og Isager (2011), s. 106 ff., Hellner og Radetzki (2006), s. 133 og Lødrup (2009), s. 141 ff.

⁸¹ Disse tilgrundliggende faktorer for udformningen af bestemmelserne stemmer overens med det overordnede retsøkonomiske perspektiv på selskabsretten, hvorefter selskabsretten betragtes som baggrundsret, der gør det muligt at specificere pligter mv. uden at dette er for omkostningskrævende, jf. Lando (2001), s. 78. Faktorerne har dog også sin oprindelse i økonomisk teori og er indsat og tilpasset i det juridiske begrebsapparat, jf. Hellner og Radetzki (2006), s. 133.

konkrete og nødvendige udslag heraf.⁸² Definitionen udtrykker den loyalitetspligt, som ledelsen er underlagt i forbindelse med udøvelsen af sit hverv, ifølge hvilken ledelsen er forpligtet til altid at handle i selskabets interesse.⁸³

Indholdet af culpa normen afhænger endvidere af, hvilket livsområde man befinder sig inden for. Dette er culpaansvarets styrke, da en sådan generel og fleksibel regel tilpasses, så den finder anvendelse på mange og meget forskellige livsområder. Denne fleksibilitet eksisterer på bekostning af adfærds normens præcisering, hvilket medfører at det ofte kan forekomme vanskeligt at definere det nærmere indhold af normen og dermed den adfærd, som må betragtes som uagtksom. Dette medfører uforudsigelighed i retsanvendelsen, hvilket skaber usikkerhed for de personer, som er underlagt normen på et givent livsområde. Sofsrud anerkender, at ledelsesansvaret generelt er karakteriseret ved at være baseret på en uskreven eller dog meget generelt formuleret adfærds norm, hvorfor der er et behov for fortolkning af de enkelte bestemmelser. Der skal således ske en deduktion af en mere specifik regel indenfor rammerne af den generelt formulerede bestemmelse, således som den umiddelbart må forstås under hensyn til dens ordlyd, formål og konkrete bemærkninger i lovforarbejder.⁸⁴ For så vidt angår adfærds normen for ledelsesmedlemmer i banker må bestemmelserne i SEL og FIL, der definerer de opgaver, som ledelsesmedlemmerne er forpligtede til at varetage, dermed inddrages, idet disse betragtes som udgangspunktet for normen. Disse bestemmelser må antages at være udformet på baggrund af lovgivers generelle overvejelser omkring de ovenstående tre faktorer og de samfundsmæssige mål for banksektoren. Bestemmelserne i SEL og FIL der definerer den adfærds norm, der gør sig gældende for ledelsesmedlemmer i banksektoren og gennemgås derfor nedenfor i afsnit 2.3.

2.3 Den gældende adfærds norm for ledelsesmedlemmer i banker

Med det almindelige culpaansvar fastlagt som ansvarsgrundlaget for bankledelser i dansk ret skal den gældende adfærds norm for god og forsvarlig adfærd for ledelsen i en bank fastlægges. Udgangspunktet tages i de pligter, der direkte fremgår af den relevante lovgivning. SEL er som tidligere beskrevet den lov, der fastlægger det erstatningsretlige ledelsesansvar, der gør sig gældende i alle danske aktie- og anparts-

⁸² Werlauff (2010), s. 531.

⁸³ Andersen (2010), s. 324 f.

⁸⁴ Sofsrud (1999), s. 18 f.

selskaber. Det nærmere indhold af ledelsesansvaret, herunder ledelsens opgaver og pligter, er ligeledes reguleret i SEL. Fælles for de relevante bestemmelser i SEL er, at de sjældent udgør et tilstrækkeligt og fyldestgørende grundlag for ansvarsbedømmelsen.⁸⁵ De fungerer som et væsentligt fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af adfærdsnormen, men der efterlades i vid udstrækning domstolene en skønsmæssig vurdering i kraft af bestemmelsernes brede formuleringer. Dette indebærer den fordel, at der skabes en høj grad af fleksibilitet i den selskabsretlige lovgivning. Denne fleksibilitet er nedprioriteret i forbindelse med reguleringen af finansielle virksomheder, idet bestemmelserne i FIL, som supplerer SEL på dette område, indeholder flere præciseringer. FIL fastlægger dermed flere konkrete krav til ledelsens opgaver og ansvar samtidig med, at ledelsesbekendtgørelsen uddyber bestemmelserne i FIL. Det er imidlertid ikke alle opgaver og pligter, der fremgår udtrykkeligt af lovgivningen. Desuden giver en fortolkning af de udtrykkelige bestemmelser heller ikke i alle tilfælde en entydig og fuldstændig beskrivelse af de pligter, der påhviler ledelsen, men samlet set udgør bestemmelser grundlaget for fastlæggelsen af adfærdsnormen.⁸⁶

2.3.1 Ledelsesstrukturen

Ved fastlæggelsen af adfærdsnormen for bankledelsers kan ledelsesstrukturen spille en rolle, da den er afgørende for, hvilke opgaver henholdsvis bestyrelsen og direktionen er ansvarlige for at varetage. Ledelsesstrukturen er derfor relevant i forhold til fordelingen af pligter og ansvar ledelsesorganerne imellem. Der må således være en formodning for, at bestyrelsen eksempelvis kan pålægges et ansvar, såfremt denne har undladt at varetage en opgave, som det i henhold til ledelsesstrukturen påhviler bestyrelsen at varetage.

I henhold til SEL § 111, stk. 1, nr. 1, kan ledelsen bestå af en bestyrelse, som varetager den overordnede og strategiske ledelse, samt en direktion, som vælges af bestyrelsen, og som forestår den daglige ledelse. For banker følger det af FIL § 12, stk. 2, at ledelsen *skal* være sammensat af en bestyrelse og en direktion. Muligheden for en ledelsesstruktur bestående af en direktion og et tilsynsråd, jf. SEL § 111, stk. nr. 2, er således ikke gældende for banker. Ifølge Finanstilsynet er begrundelsen herfor, at banker adskiller sig væsentligt fra andre virksomheder i kraft af den omfattende regulering, der betyder, at bestyrelsen inddrages mere i det overordnede og det daglige

⁸⁵ Ibid., s. 174.

⁸⁶ Sofsrud (1999), s. 11.

arbejde sidestillet bestyrelser i andre virksomheder. Det er derfor fundet hensigtsmæssigt at sikre, at bankerne har en bestyrelse, således at de opgaver, der bedst varetages på bestyrelsesniveau, forbliver bestyrelsesanliggender.⁸⁷

Det fremgår desuden af FIL § 73, stk. 1, at et bestyrelsesmedlem ikke samtidig kan besidde hvervet som direktør. Denne foranstaltning, der forhindrer personsammenfald, skal sikre bestyrelsens uafhængighed i forhold til direktionen. Med bestemmelsen bliver der tale om en ren *tostrengt* ledelsesstruktur i banksektoren modsat ledelsesstrukturen i andre danske virksomheder, der giver mulighed for en såkaldt *halvandenstrengt* ledelsesstruktur. Den halvandenstrengede ledelsesstruktur er en hybrid mellem en ren enstrengt og en ren tostrengt model,⁸⁸ idet der fordres en opdeling af ledelsesorganerne men samtidig åbnes mulighed for, at bestyrelsens medlemmer kan vælges ind i direktionen, jf. SEL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. Denne valgfrihed er imidlertid heller ikke tilgængelig i banker, idet der foreligger et ønske fra lovgivers side om sikring af ledelsesstruktur med en klar adskillelse mellem ledelsesorganerne. I forhold til adfærdsnormen betyder lovgivningens særlige krav til ledelsesstrukturen i banker, at der ikke forekommer personsammenfald mellem direktions- og bestyrelsesmedlemmer, hvilket umiddelbart styrker bestyrelsens tilsynsfunktion over for direktionen. Til gengæld er der fare for, at bestyrelsens kendskab til virksomheden og dens daglige drift forringes, idet uafhængige bestyrelsesmedlemmer ikke har og ej heller kan forventes at have samme indgående kendskab til virksomheden som bestyrelsesmedlemmer, der tillige er en del af direktionen. Dette skaber uklarhed om adfærdsnormen og spørgsmålet er, hvilken betydning lovkravet i FIL har for adfærdsnormen for ledelserne. Problemstillingen behandles i afsnit 3.2.

2.3.2 Ledelsens erfaring og kompetencer

Til fastlæggelse af adfærdsnormen for bankledelser hører endvidere betragtninger om særlige krav til disses erfarings- og kompetenceniveau. SEL opstiller ikke sådanne krav, mens FIL § 64 opstiller krav til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed i *fit & proper-bestemmelsen*.⁸⁹ Kravet er ikke et konkret kompetencekrav men ikke desto mindre et krav om, at et ledelsesmedlem i en bank skal have fyldestgørende

⁸⁷ Finanstilsynets Sektornyt ”Selskabsreformen – særlige regler for finansielle virksomheder”, <http://www.finanstilsynet.dk/da/Nyhedscenter/Sektornyt/2010/Selskabsreform.aspx>

⁸⁸ Betænkning 1498/2008, s. 284.

⁸⁹ Finanstilsynet har udstedt en vejledning til bestemmelsen, som dog ikke i det væsentlig uddyber indholdet af kravet i loven, jf. Vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper) nr. 2 af 5. januar 2011.

erfaring til at udøve sit hverv, jf. FIL § 64, stk. 1. Bestemmelsen indeholder i stk. 2, nr. 1-4 yderligere betingelser, som bestyrelsen og direktionen skal opfylde. Det fremgår heraf, at hvervet som ledelsesmedlem er betinget af, at medlemmet ikke har foretaget sig noget strafbart, ikke har påført en virksomhed tab eller risiko for tab, ikke har en dårlig økonomi og ikke har udvist ledelsessvigt. Disse betingelser er rettet mod ledelsesmedlemmernes handlinger både på det private plan og i forbindelse med virksomhedsledelse og skal sikre og bevare omverdenens tillid til banken og til den finansielle sektor som helhed. I bemærkningerne til seneste lovforslag til ændring af bestemmelsen er det fremhævet, at det er vigtigt, at de personer, som står i spidsen for finansielle virksomheder har en høj standard – både når det gælder deres ledelsesmæssige kompetencer og i forhold til deres personlige adfærd, herunder især deres personlige økonomiske forhold.⁹⁰ Fit & proper-bestemmelsen er altså blandt andet funderet i hensynet til at bevare tilliden til den finansielle sektor, hvilket nu fremgår eksplicit af FIL § 64, stk. 2, nr. 4.⁹¹ Dette fremgik før lovændringen ikke af bestemmelsens ordlyd men kunne alene tolkes af lovbemærkningerne. Begrundelsen for et øget fokus på dette hensyn skal findes i den afsmittende effekt, som ledelsessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiell virksomhed har på hele den finansielle sektors omdømme, og som dermed svækker det omgivende samfunds tillid til sektoren. Dette hensyn fordrer, at det ledelsesmæssige råderum er mere snævert for ledelser i banksektoren end for ledelser i andre virksomheder.⁹²

Kravene til egnethed og hæderlighed er særegne for den finansielle sektor og vurderingen af, hvorvidt ledelsesmedlemmer opfylder disse krav, foretages af Finanstilsynet,⁹³ der til enhver tid kan gribe ind overfor ledelsesmedlemmer, som ikke opfylder kravene, jf. FIL § 351.⁹⁴ Bemærkningerne til seneste ændring af § 64 fremhæver endvidere, at fit & proper-bestemmelsen er en modifikation til det generelle princip om den private ledelsesret og således bryder med princippet om, at suveræniteten til at antage ledelsesmedlemmer ligger hos den pågældende virksomheds kompetente organer, dvs. generalforsamling og bestyrelsen. Dette er begrundet i den store samfundsmæssige interesse, der ligger i at bevare en stabil og veldrevet finansiell sektor.

⁹⁰ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.5.

⁹¹ Jf. bilag 6.

⁹² L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.5.

⁹³ Finanstilsynet er et lovhemlet tilsyn, som overvåger, at den finansielle lovgivning efterleves, jf. FIL § 344, stk. 1, 1. pkt. Se endvidere afsnit 4.5.

⁹⁴ Jf. desuden Vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper) nr. 2 af 5. januar 2011, del 3.

Bestemmelsen er imidlertid subsidær i forhold til ledelsesretten, dvs. at det fortsat er generalforsamlingen, der udpeger bestyrelsen, som igen udpeger direktionen.⁹⁵ Det er som udgangspunkt op til generalforsamlingen og bestyrelsen at sikre kompetenceniveauet i ledelsen men under forudsætning af, at Finanstilsynet finder kravene til egnethed og hæderlighed opfyldt af de udpegede ledelsesmedlemmer. Fit & proper-bestemmelsen får dermed karakter af en slags sikkerhedsventil, idet et ekstra kontrolorgan skal sikre, at antallet af inkompetente ledelsesmedlemmer i sektoren reduceres. Et kontrolorgan svarende til Finanstilsynet, der overvåger ledelsesmedlemmernes kompetencer, findes ikke tilsvarende i andre sektorer. Denne foranstaltning i banksektoren indikerer et øget fokus på kontrol, hvilket må henføres til hensynet til at bevare tilliden til sektoren. I forbindelse med seneste lovændring, er der endvidere åbnet mulighed for, at Finanstilsynet på et tidligere tidspunkt kan gribe ind over for ledelsesmedlemmer, da det ikke længere er påkrævet, at der konkret har vist sig problemer i banken. Finanstilsynet kan nu gribe ind, hvis banken bliver ledet på en måde, hvor der er en ikke ubetydelig risiko for, at den vil komme i økonomiske vanskeligheder.⁹⁶ Finanstilsynet har gjort brug af sine beføjelser i relation til fit & proper-bestemmelsen i to sager vedrørende henholdsvis et direktionsmedlem⁹⁷ og et bestyrelsesmedlem,⁹⁸ hvor ingen af disse ansås for egnet til at bestride deres respektive hverv. Disse afgørelser bidrager til fastlæggelsen af adfærdsnormen for bankledelser i kraft af de krav, der stilles til ledelsesmedlemmernes kompetencer og erfaring i afgørelserne. Det fremgår imidlertid ikke af bestemmelsens ordlyd hvilke nærmere kriterier, der kan opstilles for medlemmerne af de to ledelsesorganer, da disse kriterier varierer afhængigt af, hvorvidt der er tale om en bestyrelses- eller direktionspost. Vurderingen beror endvidere på hvilken virksomhed, der er tale om, og skal foretages for hver enkelt stilling, som det pågældende ledelsesmedlem varetager. I bemærkningerne til seneste ændring af bestemmelsen nævnes som eksempler på momenter, der kan indgå i vurderingen, relevant uddannelse, tidligere ansættelse inden for den finansielle sektor samt ledelseserfaring. Desuden er det fastslået, at der i praksis stilles mindre krav til et bestyrelsesmedlem end til en direktør.⁹⁹ Der er således overladt et bredt

⁹⁵ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.5.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010: Lov om finansiell virksomhed § 64, stk. 1 – manglende egnethed til at bestride stilling som direktør i skadesforsikringsselskab.

⁹⁸ Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010: Lov om finansiell virksomhed § 64 – vurdering af bestyrelsesformandens egnethed som bestyrelsesmedlem i et forsikringsselskab.

⁹⁹ L175, FT 2009-10, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 1, nr. 11 (§ 64).

skøn til Tilsynet i forbindelse med udfyldning af bestemmelsen. Spørgsmålet er derfor, hvilken betydning fit & proper-bestemmelsen med sin brede formulering og skønsprægede karakter i realiteten har for adfærdsnormen. Der henvises til en uddybning samt en diskussion heraf i afsnit 3.3.

2.3.3 Konkrete bestemmelser om ansvarsfordelingen mellem bestyrelse og direktion

Udover de ovenfor beskrevne bestemmelser findes der i SEL endvidere udtrykkelige bestemmelser om henholdsvis bestyrelsens og direktionens opgaver, der dels sætter rammerne for ansvarsfordelingen mellem bestyrelsen og direktionen, dels fastlægger omfanget af de ansvarsbegrundende pligter, som de to ledelsesorganer er underlagt. Disse bestemmelser er således med til at definere adfærdsnormen for ledelsesorganerne.

I SEL § 115, stk. 1, 1. led, anføres det, at bestyrelsen skal varetage den overordnede og strategiske ledelse samt sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, mens SEL § 117, stk. 1, 1. pkt., foreskriver, at direktionen skal varetage den daglige ledelse af selskabet. Ansvarsfordelingen beror således umiddelbart efter lovens ordlyd på typen af opgaver og beslutninger, hvor de, der kan karakteriseres som strategiske, henhører under bestyrelsens kompetence, mens de, der er af driftsmæssig karakter, påhviler direktionen. I SEL § 117, stk. 1, 3. pkt., præciseres ved en negativ afgrænsning af direktionens opgaver hvilke dispositioner, der ikke anses for omfattet af den daglige ledelse, herunder dispositioner der efter virksomhedens forhold er af *usædvanlig art* eller af *stor betydning*. Sådanne dispositioner må betragtes som strategiske og overordnede og henhører under bestyrelsens kompetence. SEL § 117, stk. 1, 4. pkt., beskriver dog to undtagelser – nemlig tilfælde hvor direktionen har fået særlig bemyndigelse fra bestyrelsen og tilfælde, hvor bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for virksomheden.¹⁰⁰ I sidstnævnte tilfælde forudsættes det, at bestyrelsen underrettes, så snart dette er muligt.

Yderligere foreskriver SEL § 115, nr. 4, at bestyrelsen er forpligtet til at påse, at direktionen udfører sit hverv på behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer. Der fremgår imidlertid ikke et minimumskrav for omfanget af denne tilsynsvirksomhed

¹⁰⁰ Sidstnævnte undtagelsesbestemmelse danner grundlag for et af de store problemer, som er set under den finansielle krise, hvor direktionen i flere af de sammenbrudte banker i overdreven grad har benyttet sig heraf i bevillingssager, jf. afsnit 3.4.

eller de retningslinjer, der skal foreligge, hvilket vidner om bestemmelsens fleksibilitet i forhold til at kunne anvendes af et bredt spekter af virksomheder. Det er således overladt til bestyrelsen i den enkelte virksomhed at træffe beslutning om regelmæssigheden og omfanget af tilsynet med direktionen samt retningslinjernes specificationsgrad. Om bestyrelsens tilsynspligt skal det bemærkes, at denne pligt er særlig relevant i relation til erstatningsansvar for undladelser, idet tilsynet bygger på en aktiv handlepligt. Såfremt bestyrelsen forholder sig passivt i forhold til sin tilsynspligt, vil der således ofte kunne ifaldes ansvar herfor.

Indholdet af SEL §§ 115 og 117 udgør den grundlæggende grænsedragning mellem bestyrelsens og direktionens opgaver og ansvarsområder. Bestyrelsen varetager den overordnede og strategiske ledelse og udstikker på baggrund heraf retningslinjer samt fører tilsyn med den daglige ledelse, som forestås af direktionen. SEL suppleres på dette område delvist af FIL §§ 70 og 71, om end disse bestemmelser ikke fastlægger den overordnede ansvarsfordeling mellem ledelsesorganerne i samme omfang. FIL § 71 fastlægger de overordnede krav til forsvarlig og effektiv styring af banken og er en meget bredtfavnende bestemmelse. Af FIL § 71, stk. 1, nr. 1, fremgår det, at banker skal have en klar organisatorisk struktur med en *veldefineret, gennemskuelig og konsekvent ansvarsfordeling*. Dette krav udgør blot et ud af ni krav, der stilles til finansielle virksomheder som en forudsætning for, at disse virksomheder overholder det overordnede krav i FIL § 71, stk. 1. Bestemmelsen fastslår alene, at der påhviler finansielle virksomheder en forpligtelse til at fastlægge en klar fordeling af ansvaret men dikterer ikke, hvordan denne fordeling skal udformes. Denne suppleres imidlertid som nævnt af FIL § 70, der er rettet mod bestyrelsen, og som nærmere definerer dennes pligter. FIL § 70 specificerer således hvilke opgaver, der hører under bestyrelsens overordnede og strategiske ledelse, hvilket er medvirkende til at udfylde adfærdsnormen og den overordnede ansvarsfordeling mellem bestyrelsen og direktionen. Disse nærmere specificerede opgaver gennemgås nedenfor i afsnit 2.3.4. Generelt må det konstateres, at der ikke findes bestemmelser i FIL, der på samme klare måde som SEL §§ 115 og 117 fastlægger ansvarsfordelingen mellem bestyrelsen og direktionen, hvorfor bestemmelserne i SEL sætter rammerne for, hvorledes ansvaret for ledelsen overordnet skal fordeles i banker såvel som i andre virksomheder. Denne ansvarsfordeling må derfor lægges til grund for fortolkningen af bestemmelserne i FIL.

2.3.4 Konkrete bestemmelser om bestyrelsens og direktionens opgaver

Helt overordnet pålægges bestyrelsen i SEL § 130, stk. 1, at fastlægge en forretningsorden, der angiver nærmere bestemmelser om udførelsen af bestyrelsens hverv. Disse bestemmelser skal ifølge stk. 2, 1. pkt., udformes, så der tages udgangspunkt i selskabets virksomhed og behov. I stk. 2, 2. pkt., opridses endvidere en række forhold, som bestyrelsen bør tage stilling til i den forbindelse. Kravet om fastlæggelse af en forretningsorden hænger naturligt sammen med, at bestyrelsen som det øverste ledelsesorgan er ansvarlig for fastlæggelse af retningslinjer både for udførelsen af eget hverv og direktionens. I FIL § 65 findes en tilsvarende bestemmelse vedrørende bestyrelsens forretningsorden, som dog er væsentligt begrænset sammenlignet med SEL § 130. § 65, stk. 2, tillægger Finanstilsynet kompetence til at fastsætte regler om forretningsordnens indhold.¹⁰¹ Kompetencen er udnyttet i ledelsesbekendtgørelsen, hvor bilag 6, jf. § 8, udtrykker kravene til bestyrelsens forretningsorden. Disse krav er langt mere omfattende og detaljerede end de, der fremgår af SEL § 130 og FIL § 65. Endvidere er kravene i bekendtgørelsen minimumskrav. Årsagen hertil er formodentlig, at det i højere grad er muligt at opstille konkrete krav til bankbestyrelers forretningsorden, idet der er tale om en mere homogen gruppe af virksomheder.¹⁰² Forretningsordnen fastlægger dermed de overordnede krav for bestyrelsens arbejde. I forhold til adfærdsnormen og det erstatningsretlige ansvar har forretningsordenen dog en mindre betydning, da der ikke er en direkte formodning for, at der er handlet ansvarspådragende i tilfælde, hvor forretningsordnen ikke er udarbejdet eller overholdt. Har bestyrelsen varetaget de forpligtelser, der påhviler denne, har det ingen betydning, om en forretningsorden er udarbejdet eller om en given arbejdsopgave er løst i overensstemmelse med forretningsordenens forskrifter.¹⁰³ Kravene til forretningsordnen spiller således primært en rolle som vejledning for bestyrelsen om, hvilke opgaver den skal varetage for at udføre sit hverv fyldestgørende og dermed hvilke områder, der kræver bestyrelsens særlige agtpågivenhed.

¹⁰¹ I L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.4., konstateres det, at bestyrelsen for en finansiell virksomhed har mange forpligtelser som følge af finansielle virksomheders særlige karakter. Det er derfor nødvendigt at supplere kravene i SEL til forretningsordenens indhold med krav, som følge af denne særlige karakter.

¹⁰² Desuden kan det med henvisning til sektorens betydningsfulde rolle i samfundet samt de konsekvenser, som sammenbrud er forbundet med, hævdes, at der er tale om en gruppe af virksomheder, for hvilke det ikke bør overlades til den enkelte bestyrelse at afgøre, hvilke forhold der skal tages stilling til.

¹⁰³ Samuelsson og Søgaard (1997), s. 44.

SEL indeholder i § 115 en opremsning af en række mere konkrete opgaver, som bestyrelsen er forpligtet til at påse tilfredsstillende og fornøden varetagelse af, og som derfor er medvirkende til at fastlægge et minimum for, hvornår et bestyrelsesmedlem kan drages til ansvar. Der er tale om opgaver i relation til bogføring og regnskabsaf-læggelse, risikostyring, interne kontroller, rapportering, tilsyn med direktionen samt virksomhedens kapitalberedskab. Tilsvarende indeholder SEL § 118, stk. 1, de kon-krete opgaver, som direktionen har pligt til at varetage. Det drejer sig om opgaver i relation til bogføring, formueforvaltning og virksomhedens kapitalberedskab.¹⁰⁴ SEL suppleres på disse områder inden for banksektoren hovedsageligt af FIL §§ 71 og 70, der som nævnt ovenfor fastlægger henholdsvis de overordnede krav til forsvarlig styring af en finansiell virksomhed og bestyrelsens varetagelse af opgaver i relation hertil. Både §§ 71 og 70 er bestemmelser som på baggrund af finanskrisen er blevet omformuleret.¹⁰⁵ ¹⁰⁶ Indholdsmæssigt er der ikke sket store ændringer i FIL § 71, som indeholder de krav, der stilles for at det overordnede krav om effektive former for virksomhedsstyring kan opfyldes. Dette krav fremgår mere klart af den nugældende § 71, idet bestemmelsens overordnede krav tidligere kun kunne udledes ved en fortolk-ning af bestemmelsen med inddragelse af bemærkningerne til lovforslaget.¹⁰⁷ Der er dermed tale om en ren lovteknisk ændring, der skaber klarhed over det, der også tidligere gjorde sig gældende. Samlet set stiller § 71 helt overordnede krav i stk. 1 vedrørende en række forhold, som finansielle virksomheder skal opfylde på alle orga-nisatoriske niveauer.¹⁰⁸ Det fremgår ikke af bestemmelsen, hvordan ansvaret for varetagelsen af de opgaver, som kravene lægger op til, skal fordeles mellem bestyrel-se og direktion, hvorfor bestemmelserne om den overordnede ansvarsfordeling i SEL må lægges til grund. Dette medfører, at ansvaret for sikring af bankens opfyldelse af kravene til effektiv virksomhedsstyring som udgangspunkt må ligge hos bestyrelsen, mens den reelle udførelse af de heraf afledte opgaver skal varetages af direktionen. Desuden må det påhvile bestyrelsen at føre kontrol og tilsyn med direktionens udfø-relse af de opgaver, den pålægges. Bestemmelsen skal endvidere læses i sammenhæng med FIL § 70, der vedrører visse enslydende krav, som er rettet direkte mod bestyrel-

¹⁰⁴ Jf. afsnit 2.3.4.1-2.3.4.4 for den nærmere behandling af adfærdsnormen i relation til bestyrelsens og direktionens konkrete opgaver. Bogføring og regnskabsaf-læggelse behandles ikke yderligere.

¹⁰⁵ Lov om ændring af lov om finansiell virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer mv., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love § 1, nr. 14-15, nr. 579 af 1. juni 2010.

¹⁰⁶ Jf. bilag 7 og 8.

¹⁰⁷ L197, FT 2005-06, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 1, nr. 2. (§71)

¹⁰⁸ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.4.

sen, og derfor i højere grad kaster lys over opgavefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen i banksektoren. FIL § 70 udgør således hovedsageligt et supplement til SEL § 115,¹⁰⁹ hvorimod direktionens opgaver ikke er præciseret i en tilsvarende særskilt bestemmelse som den, der findes i SEL § 118. Direktionens opgaver må på baggrund heraf i højere grad afledes af de af bestyrelsen fastsatte retningslinjer, der er hjemlet i FIL § 70, stk. 2. Omfanget af disse retningslinjer har imidlertid ændret sig som følge af den seneste lovændring, idet FIL § 70, modsat § 71, har undergået væsentlige forandringer. En gennemgang af kravene til disse retningslinjer, der særligt er afgørende for direktionens ansvar, følger nedenfor i afsnit 2.3.4.1.

2.3.4.1 Retningslinjer

For at sætte bestyrelsen i stand til at påse at de i lovgivningen fastlagte opgaver varetages på tilfredsstillende vis, er en af bestyrelsens vigtigste opgaver udarbejdelse af retningslinjer til direktionen. Dette fremgår ikke tydeligt af SEL men ligger implicit i SEL § 115, stk. 1. Retningslinjerne gør det muligt for bestyrelsen at iværksætte nødvendige tiltag i relation til den overordnede ledelse gennem direktionen, der er forpligtet til at følge disse retningslinjer, jf. SEL § 117, stk.1, 2. pkt. Retningslinjerne udgør således rammerne for direktionens arbejde, og har dermed afgørende betydning for det ansvar, der kan pålægges denne. SEL § 115, stk. 1, præciserer ikke indholdet eller omfanget af de retningslinjer, som bestyrelsen skal udarbejde, hvilket efterlader et bredt skøn. Det er således overladt til bestyrelsen at sørge for, at retningslinjerne er fyldestgørende.

Bestemmelserne i SEL vedrørende bestyrelsens udarbejdelse og direktionens efterlevelse af retningslinjerne suppleres særligt af FIL § 70. Frem til den seneste ændring af § 70 var bestemmelsen en meget overordnet og generel bestemmelse, der kort og godt pålagde bestyrelsen en pligt til at udfærdige skriftlige retningslinjer for virksomhedens væsentligste aktivitetsområder med fastlæggelse af arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion. Det var således for det første umiddelbart overladt til bestyrelsen at træffe beslutning om, hvilke aktivitetsområder væsentlighedsbegrebet skulle dække over, og for det andet hvorledes arbejdsdelingen – og dermed ansvarsdelingen – mellem bestyrelse og direktion skulle tilrettelægges i retningslinjerne. Bestemmelsen føjede dermed ikke meget til bestemmelserne i SEL. Det fremgik imidlertid af

¹⁰⁹ Jensen et al. (2010), s. 83.

bemærkningerne til bestemmelsen i et tidligere lovforslag,¹¹⁰ at formålet var fastlæggelse af virksomhedens risikoprofil inden for de aktivitetsområder, der var relevante i forhold til typen af den finansielle virksomhed. Desuden skulle de dispositioner, som direktionen var bemyndiget til at foretage uden bestyrelsens forudgående accept, og de dispositioner, som krævede efterfølgende efterretning til bestyrelsen, angives. Bestemmelsen tjente altså to formål, om end disse ikke fremgik direkte af ordlyden. Der var således allerede med den tidligere § 70 tale om væsentlige præciseringer af retningslinjernes indhold sammenholdt med kravene til retningslinjerne i SEL.

Den nye formulering af § 70 er et udslag af finanskrisen, der har tydeliggjort et behov for en præcisering af bestemmelsen. Det hedder sågar i bemærkningerne til lovforslaget om ændringen, at der har vist sig behov for øget opmærksomhed på de krav, lovgivningen stiller til ledelsen af de finansielle virksomheder samt en skærpelse heraf.¹¹¹

Hvorvidt der rent faktisk er tale om en skærpelse af kravene til bankledelserne kan diskuteres. Formålet med bestemmelsen er ikke som sådan ændret. Bestyrelsens pligt til at udarbejde retningslinjer til direktionen fremgår nu af bestemmelsens stk. 2, der i nr. 1-4 præciserer, hvad disse retningslinjer som minimum skal indeholde. Det fremgår, at retningslinjerne helt konkret skal omfatte kontrollerbare rammer for, hvilke og hvor store risici direktionen må påføre den finansielle virksomhed samt principper for opgørelse af de enkelte risikotyper. Desuden skal retningslinjerne indeholde regler om, hvilke dispositioner der kræver bestyrelsens stillingtagen, og hvilke dispositioner direktionen kan foretage. Endelig er der nu et krav om, at der skal opstilles regler for, hvordan og i hvilket omfang direktionen skal rapportere til bestyrelsen om bankens risici. I ledelsesbekendtgørelsen er kravene til retningslinjerne præciseret yderligere i §§ 6-7, der tilføjer, hvilke beføjelser bestyrelsen ikke kan henlægge til direktionen. Det kræves endvidere, at bestyrelsen sikrer, at direktionen besidder den fornødne viden og erfaring til at anvende de henlagte beføjelser på en for banken forsvarlig måde.¹¹² Kravene til retningslinjerne er i al væsentlighed enslydende med kravene i den tidligere vejledning, som var udarbejdet af Finanstilsynet til støtte for fortolkning-

¹¹⁰ L176, FT 2002-03, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 69 (nuværende § 70).

¹¹¹ L175, FT 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.4.

¹¹² I relation til krav til ledelsens kompetencer, jf. afsnit 2.3.2, stiller bekendtgørelsen hermed krav om, at bestyrelsen som øverste ledelsesorgan i relation til retningslinjerne tager stilling til, om direktionen har de rette kompetencer til at varetage de opgaver, som bestyrelsen overlader den.

gen af indholdet og anvendelsesområdet for bl.a. § 70.^{113 114} Den afgørende forskel består dermed i den reguleringsmæssige rangering, da disse krav nu er indført i selve lovbestemmelsen.

FIL § 70, stk. 1, nr. 1-3, indeholder nu yderligere et direkte krav om, at bestyrelsen som baggrund for udarbejdelsen af retningslinjerne skal fastlægge virksomhedens risikoprofil samt politikker i relation hertil. Det er konstateret i bemærkningerne til lovforslaget, at de samme krav tidligere fulgte af praksis.¹¹⁵ Med den nye formulering af § 70 er der således gjort et forsøg på at tydeliggøre disse krav ved i lovbestemmelsen at præcisere, hvordan og på hvilket grundlag retningslinjerne skal udformes. For så vidt angår omfanget, fremgår det af bemærkningerne, at § 70, stk. 1 og 2, indebærer, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen ikke alene skal omfatte de *væsentligste* aktivitetsområder, som tilfældet var i den forhenværende § 70, men derimod skal omfatte *alle væsentlige* aktiviteter og dertil knyttede risici. Denne ændring er i overensstemmelse med Finanstilsynets praksis og sikrer, at kun uvæsentlige aktiviteter kan passere uden bestyrelsens stillingtagen efter § 70. Medmindre der er tale om aktiviteter, som bestyrelsen efter lovgivningen ikke må – eller af andre årsager ikke kan – uddelegere til direktionen, afgør bestyrelsen dog selv, om en aktivitet skal uddelegeres fuldt ud eller kun delvist til direktionen.¹¹⁶

Bestyrelsen er altså forpligtet til at udarbejde og udstikke retningslinjer til direktionen. Såfremt bestyrelsen ikke varetager sin forpligtelse hertil fyldestgørende på de pågældende områder, må det anses for stridende mod adfærdsnormen, hvorved der potentielt er grundlag for ansvar. Direktionen er på den anden side forpligtet til at efterkomme bestyrelsens retningslinjer. Dette har imidlertid været et af de store problemer i forbindelse med finanskrisen, når advokatundersøgelserne tages i betragtning. Både udformningen og overholdelsen af retningslinjerne har været genstand for granskning under flere af de udførte undersøgelser. En nærmere diskussion heraf følger i afsnit 3.4.

¹¹³ Vejledning for pengeinstitutter i henhold til § 71, stk. 1, nr. 1-8 i lov om finansiell virksomhed nr. 10114 af 22. december 2006. Vejledningen blev ophævet ved ikrafttrædelsen af ledelsesbekendtgørelsen.

¹¹⁴ Jf. Vejledningens del 3, afsnit 3.1, pkt. 31 og afsnit 3.6, pkt. 82.

¹¹⁵ L175, 2009-10, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.4.

¹¹⁶ L175, 2009-10, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 1, nr. 14 (§ 70).

2.3.4.2 Risikostyring

Af SEL fremgår det, at bestyrelsen er forpligtet til at påse, at der er etableret fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, jf. SEL § 115, stk. 1, nr. 2. Det er ikke nærmere beskrevet, hvad *fornødne* procedurer indebærer, hvilket afspejler en bevidsthed om, at der kan være forskel på, hvilke krav der kan og skal stilles fra virksomhed til virksomhed.¹¹⁷ Bestemmelsen indeholder dermed en fleksibilitet, som gør det muligt at opstille et sådant krav til de forskelligartede virksomheder, som SEL regulerer. Herved tvinges bestyrelsen til aktivt at tage stilling til, hvilke konkrete krav der bør stilles til den enkelte virksomheds procedurer herfor. Der findes ikke i SEL et modstykke til bestemmelsen, der regulerer direktionens forpligtelser i relation hertil, hvilket må fortolkes således, at det er bestyrelsens ansvar at opstille de fornødne rammer for direktionen på dette område. Det er dermed op til bestyrelsen at afgøre, hvad der skal varetages i bestyrelsesregi, og hvad der skal overlades til direktionen. I det omfang bestyrelsen vælger at udstikke retningslinjer for direktionen, danner disse grundlaget for direktionens ansvar, idet direktionens konkrete opgaver afledes af retningslinjerne. De individuelle retningslinjer gør det imidlertid vanskeligt at udlede noget om den generelle adfærdsnorm for direktioner i banker på dette område. Omfanget af direktionens ansvar i den enkelte bank beror således i høj grad på bestyrelsens beslutninger herom.

Til støtte for fastlæggelse af adfærdsnormen for så vidt angår risikostyring og interne kontroller i banker stilles der i FIL § 71, stk. 1, nr. 4, et overordnet krav om, at banker som led i den effektive virksomhedsstyring skal have effektive procedurer til identificering, forvaltning, overvågning og rapportering om de risici, som banken er eller kan blive udsat for. Desuden fremgår af FIL § 71, stk. 1, nr. 7, at banker skal have fyldestgørende interne kontrolprocedurer. Disse krav følger ikke umiddelbart noget nyt til bestemmelsen i SEL § 115, stk. 2. Som tidligere anført er FIL § 71 udtryk for et generelt krav til finansielle virksomheder. Der er imidlertid indirekte tale om krav til ledelsen, da denne i sidste ende er ansvarlig for banken og dens drift. Bestemmelsen bidrager dog ikke til opklaring af, hvordan ansvaret for risikostyring samt kontrol skal fordele sig mellem ledelsesorganerne.

Mere specifikke krav til bestyrelsen i relation til risikostyring skal findes i FIL § 70. Denne bestemmelse indeholder i sin nye udformning krav til en række opgaver, som

¹¹⁷ Shaumburg-Müller og Werlauff (2010), s. 531.

bestyrelsen skal varetage i relation til fastlæggelse og håndtering af bankens risici og risikoprofil. Bestyrelsen er ansvarlig for, at der foretages en risikovurdering, idet denne i henhold til FIL § 70, stk. 1, nr. 2, er forpligtet til at identificere og kvantificere væsentlige risici samt fastlægge risikoprofilen og herunder tage stilling til, hvilke og hvor store risici banken må påtage sig. Det fremgår af ledelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, at denne risikovurdering skal baseres på en af direktionen udarbejdet redegørelse om bankens risici. Heri er der således indeholdt en pligt for direktionen til at udarbejde en sådan redegørelse. Risikovurdering skal ifølge bekendtgørelsens § 5, stk. 1, danne grundlag for bestyrelsens vedtagelse af relevante politikker og beredskabsplaner mv., som bestyrelsen i henhold til FIL § 70, stk. 1, nr. 3 er forpligtet til at fastlægge. Politikkerne skal fastlægge, hvordan de risici, der knytter sig til bankens væsentlige aktiviteter, skal styres under hensyntagen til samspillet mellem disse.

På baggrund af den fastlagte risikoprofil samt de fastlagte politikker er bestyrelsen som nævnt i afsnit 2.3.4.1 ansvarlig for at give direktionen retningslinjer omkring håndteringen af de risici, som banken står over for, jf. FIL § 70, stk. 2. Bekendtgørelsens § 6 præciserer indholdet af disse retningslinjer til direktionen, mens § 7 sætter et minimum for retningslinjernes omfang og stiller krav om kontrollerbare grænser for størrelsen af de risici, direktionen er bemyndiget til at tage på bankens vegne. Heraf fremgår endvidere, at retningslinjerne kun undtagelsesvis må give direktionen mulighed for at disponere risici i en størrelsesorden uden for den fastlagte risikoprofil og retningslinjernes grænser, og kun såfremt forudsætningerne herfor fremgår af retningslinjerne. Direktionens ansvar i forbindelse med bankens risikostyring afhænger således af de retningslinjer, som bestyrelsen opstiller. Grænserne for dette ansvar og den adfærdsnorm, som direktionen skal efterleve, er dermed vanskelig at fastlægge, da retningslinjerne er individuelle. Af bekendtgørelsens § 9, stk. 5, fremgår dog, at direktionen har det daglige ledelsesmæssige ansvar for, at virksomheden kun påtager sig de risici, som ledelse og medarbejdere i fornødent omfang kan vurdere konsekvensen af. Direktionen kan derfor ikke blindt rette sig efter de udstukne retningslinjer, da påtagelse af en uoverskuelig risiko kan medføre et ansvar.

Af FIL § 70, stk. 3, fremgår endvidere, at bestyrelsen er forpligtet til løbende at vurdere, hvorvidt bankens risikoprofil og politikker samt retningslinjer for direktionen er forsvarlige i forhold til bankens forretningsmæssige aktiviteter, organisation og res-

sourcer samt de markedsforhold, som bankens aktiviteter drives under.¹¹⁸ Yderligere fremgår det af FIL § 70, stk. 4, at bestyrelsen tillige skal vurdere, hvorvidt direktionen varetager sine opgaver på betryggende vis og i overensstemmelse med den fastlagte risikoprofil, politikker og retningslinjer. Disse bestemmelser forpligter bestyrelsen til vedvarende at have fokus på bankens risici og føre tilsyn med, at der tages højde for risici i alle dele af bankens virksomhed. FIL præciserer således opgavefordelingen i forbindelse med risikostyring væsentligt sammenlignet med SEL, hvilket indikerer et klart ønske fra lovgivers side om at sætte fokus på særligt risikostyring i banker. Dette er et udtryk for det væsentlige element, som risici af forskellig art udgør i banker. Risici indgår som en uundgåelig del af bankernes virksomhed, hvorfor styring og kontrol heraf er vigtig.

FIL § 70 stiller ikke krav til bankernes interne kontroller, hvilket ledelsesbekendtgørelsens § 25 derimod gør. Det følger heraf, at der med passende intervaller skal foretages kontrol af alle væsentlige risikobehæftede opgaver. Bestemmelsen indeholder endvidere en række eksempler herpå. Det er imidlertid fortsat overladt til ledelsens skøn at vurdere, hvad der skal forstås ved *væsentlige risikobehæftede opgaver*. Det til ledelsen overladte skøn gør sig endvidere gældende i forhold til vurderingen af, hvad der skal anses for *passende intervaller* for udførelsen af disse kontroller. Der kan dog hentes vejledning i bestemmelsen, da det videre angives hvilke forhold, der er afgørende herfor. Den finansielle lovgivning stiller også på dette område skærpede krav, men overlader til ledelsen at fastslå det nærmere indhold af kravene til disse kontroller.

Det fremgår af det ovenfor beskrevne, at flere bestemmelser om risici og interne kontroller indeholder et skønselement, som er overladt til ledelsen. Hensigtsmæssigheden heraf kan diskuteres, da risikostyring er helt central i finansielle virksomheder. Skønselementet efterlader ledelsen med en usikkerhed om, hvorvidt domstolene vil erklære sig enige i ledelsens vurderinger og opfattelser af, hvad der må betragtes som fornøden risikostyring og fornødne interne kontroller. Dermed opstår endvidere usikkerhed om, hvorvidt den gældende adfærdsnorm kan anses for overholdt. Skønnet har imidlertid den fordel, at det overlades til ledelsen aktivt at tage stilling til bankens konkrete forhold og på baggrund heraf foretage en vurdering af behovet for risikostyring og interne kontroller samt omfanget heraf. Adfærdsnormen for ledelsen kan

¹¹⁸ Dette er gentaget i bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2, med henvisning til bekendtgørelsens §§ 5, 6 og 7, der præciserer det nærmere indhold af henholdsvis politikker og retningslinjer.

vanskeligt fastlægges mere præcist på dette område, da skønselementet giver anledning til, at ledelsen foretager en fornuftig vurdering af bankens behov med støtte i ledelsesbekendtgørelsens vejledninger og eksempler for at kunne træffe beslutninger om bankens risici og styringen heraf.

2.3.4.3 Rapportering

Det er bestyrelsens opgave at påse, at den løbende modtager den fornødne rapportering om virksomhedens finansielle forhold, jf. SEL § 115, stk. 1, nr. 3. Ligesom for SEL § 115, stk. 1, nr. 2, fremgår det ikke nærmere, hvad der anses som *fornøden* rapportering. Der er således atter tale om en udpræget fleksibel bestemmelse, hvor kravene til omfanget af rapporteringen kan tilpasses og fastsættes af den enkelte virksomheds bestyrelse. Det er blot bestyrelsens ansvar at fastsætte rammerne for, at der opnås fornøden rapportering fra direktionen. Derefter er det direktionens opgave at opretholde dette rapporteringsniveau for at leve op til adfærdsnormen, men SEL stiller ikke specifikke krav til direktionen i relation til rapportering.

Som tidligere nævnt i afsnit 2.3.4.2 indeholder FIL § 71, stk. 1, nr. 4, et krav til banken om etablering af effektive procedurer til blandt andet rapportering af de risici, som banken er eller kan blive udsat for. For så vidt angår rapportering er fokus altså særligt rettet mod risici. Kravene til rapportering præciseres i FIL § 70, hvor stk. 2, nr. 4, stiller krav om, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen indeholder regler for, hvordan og i hvilket omfang direktionen skal rapportere til bestyrelsen om virksomhedens risici. Af ledelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 6, fremgår det endvidere, at bestyrelsen i sine retningslinjer skal stille krav om, at rapportering fra direktionen sker på alle områder, hvor bestyrelsen har fastsat grænser for direktionen, eller hvor der er fastsat grænser i lovgivningen. Desuden stiller bekendtgørelsens § 7, stk. 1, nr. 6, krav om, at det af retningslinjerne skal fremgå, hvor ofte og i hvilken form bestyrelsen ønsker at modtage rapportering i relation til de fastsatte grænser. Det er således bestyrelsens ansvar aktivt at tage stilling hertil og fremstille disse krav klart i retningslinjerne til direktionen. Direktionen er dermed ansvarlig for overholdelse af de krav til rapportering, som retningslinjerne frembyder. Dette gjorde sig ligeledes gældende ifølge den tidligere § 70 i FIL, om end bestemmelsen ikke direkte omtalte rapportering. Det fulgte imidlertid af den tidligere vejledning til bestemmelsen.¹¹⁹ Den nye formulering og bestemmelserne i ledelsesbekendtgørelsen herom må dermed blot

¹¹⁹ Jf. Vejledningens del 3, afsnit 3.1, pkt. 35 samt afsnit 3.7.

anses som en videreførelse og præcisering af de allerede gældende krav. I bekendtgørelsen stilles i § 11 et generelt krav om, at virksomheden skal være indrettet således, at al relevant information tilgår bestyrelsen og den øvrige ledelse på de forskellige organisatoriske niveauer inden for tidsmæssige rammer og i en form, der sikrer, at nødvendige foranstaltninger kan sættes i værk uden unødigt ophold. Vejledningen stillede et lignende krav.¹²⁰ Bekendtgørelsen stiller desuden krav om, at der løbende skal ske skriftlig rapportering på alle relevante ledelsesmæssige niveauer om overholdelse og udnyttelsen af samtlige grænser for risikotagning i retningslinjerne til direktionen samt krav om rapportering om andre væsentlige forhold, jf. §§ 26, stk. 1 og 27, stk. 1. Sikring af rapportering må således ses som et fælles ansvar for ledelsen.

Bestyrelsen er i henhold til ledelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 5, forpligtet til at sikre, at direktionens rapportering til og informering af bestyrelsen er fyldestgørende for bestyrelsens arbejde, samtidig med at direktionen er forpligtet til at videregive al relevant information til bestyrelsen, jf. bekendtgørelsens § 9, stk. 4. Sådanne overordnede formuleringer findes ikke i selve lovgivningen, der alene omtaler rapportering om finansielle forhold og risici. En tilsvarende bred formulering fandtes heller ikke i den tidligere vejledning, men er altså nu fastsat i generelt dækkende bestemmelser i ledelsesbekendtgørelsen. Ordlyden af bekendtgørelsens bestemmelser fremhæver altså, at bestyrelsen og direktionen er gensidigt forpligtet til at sikre, at der sker fornøden rapportering. Begge ledelsesorganer må således kunne ifalde ansvar for manglende overholdelse af sine respektive opgaver. Konsekvensen af den gensidige forpligtelse må være, at bestyrelsen ikke uden videre kan fritages for ansvar med henvisning til, at direktionen ikke har levet op til *sin* forpligtelse om videregivelse af al relevant information. Bestyrelsen har en selvstændig pligt til at sikre, at den modtager fyldestgørende information, og kan dermed ikke alene handle på baggrund af direktionens rapportering og information. Tager bestyrelsen ikke aktivt stilling til omfanget af direktionens rapportering, kan dette føre til ansvar som følge af undladelse i en situation, hvor der er handlepligt. Bestyrelsen må lave en konkret vurdering af kvaliteten og omfanget af den information, som den modtager fra direktionen, for at sikre at den lever op til den gældende adfærdsnorm. Spørgsmålet er i den forbindelse, hvilke krav der kan stilles til bestyrelsens aktive handlinger i relation til sikring af fyldestgørende informationer fra direktionen, hvilket diskuteres nærmere i afsnit 3.2.2.

¹²⁰ Ibid. afsnit 3.1, pkt. 47.

2.3.4.4 Kapitalberedskab

Sidst, men ikke mindst, er bestyrelsen forpligtet til at påse, at kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt, jf. SEL § 115, stk. 1, nr. 5, 1. led.¹²¹ Denne bestemmelse har ligeledes et modstykke for så vidt angår direktionen, da det i SEL § 118, stk. 2, 1. led, følger, at direktionen er forpligtet til at sikre, at virksomhedens kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt. Ordlyden af den resterende del af de to bestemmelser er stort set enslydende og præciserer, hvad der forstås ved et *forsvarligt kapitalberedskab*. Det fremgår, at selskabet skal have tilstrækkelig likviditet til at opfylde nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, som forudsætning for at kravet om et forsvarligt kapitalberedskab er opfyldt. I modsætning til de i afsnit 2.3.4.2 og 2.3.4.3 beskrevne opgaver om risikostyring og rapportering indeholder denne bestemmelse en uddybning af, hvad der konkret skal forstås ved et forsvarligt kapitalberedskab, hvilket efterlader en mindre skønspræget bestemmelse. Usikkerheden om adfærdsnormen er dermed mindre. Kernen i kapitalberedskabskravet er, at både selskabets bestyrelse og direktion kan ifalde erstatningsansvar for tab ved dispositioner og for tabsgivende drift, der skyldes mangel på fornøden finansiell styrke.¹²² Bestyrelsen er ansvarlig for at træffe beslutninger og udstikke de overordnede retningslinjer af strategisk karakter, der sikrer et forsvarligt kapitalberedskab,¹²³ mens direktionen er ansvarlig for den driftsmæssige udførelse heraf. Bestemmelserne fremhæver atter bestyrelsens tilsynsfunktion i forhold til direktionen, da bestyrelsen kan ifalde ansvar for ikke at påse, at kapitalberedskabskravet er opfyldt.

I den finansielle lovgivning stilles væsentligt flere krav til ledelsen i forbindelse med opretholdelse af et tilstrækkeligt kapitalgrundlag i forhold til de påtagne risici. Det drejer sig om kapitaldækningsreglerne i FIL kapitel 10 og 11, herunder særligt for banker FIL § 124, hvorefter bestyrelsen og direktionen skal sikre, at banken har en tilstrækkelig basiskapital og råder over interne procedurer til risikomåling og risikostyring til løbende vurdering og opretholdelse af en basiskapital af en størrelse, type og fordeling, som er passende til at dække bankens risici. Yderligere krav til basiska-

¹²¹ Bestemmelsen om bestyrelsens ansvar for kapitalberedskabet blev indført i loven i 1993 efter Nordisk Fjer-sagen, UfR 2001.398 H. Der var tale om en præcisering af bestyrelsens løbende forpligtelse til at holde sig orienteret om selskabets økonomiske stilling, herunder pligt til at tage stilling til forsvarligheden af selskabets økonomiske situation. Bestemmelsen tager ikke stilling til, hvilken handlepligt, der påhviler bestyrelsen, når der konstateres ændringer i selskabets økonomiske forhold, jf. Bilag 1 til Betænkning 1498/2008, s. 895 f.

¹²² Neville & Sørensen (2009), s. 128.

¹²³ Sofsrud (1999), s. 161.

pitalen fremgår af stk. 2, nr. 1 og 2, der indeholder henholdsvis et solvenskrav og et minimumskapitalkrav. Derudover stilles i stk. 4 et krav om bestyrelsens og direktionens opgørelse af bankens individuelle solvensbehov. Det er ifølge denne bestemmelse en fælles opgave for bestyrelsen og direktionen at sikre, at kravene i § 124 er opfyldt. Den overordnede ansvars- og opgavefordeling mellem bestyrelsen og direktionen i SEL må atter danne baggrund for varetagelsen af opgaverne i forbindelse med kapitalberedskabet i praksis.

I forlængelse af de nævnte bestemmelser, der skal sikre et forsvarligt kapitalberedskab og dermed tilstrækkelig kapitaldækning, findes i ledelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 5, et krav om bestyrelsens vedtagelse af en likviditetspolitik i forbindelse med foretagelse af den lovhjemlede risikovurdering. Denne likviditetspolitik skal blandt andet indeholde en beredskabsplan i tilfælde af utilstrækkelig eller manglende likviditet. De nærmere krav til likviditetspolitikken fremgår af bekendtgørelsens bilag 4, hvoraf det følger, at bestyrelsen skal vedtage en skriftlig likviditetspolitik, som beskriver, hvilken likviditetsrisikoprofil bestyrelsen ønsker, virksomheden skal have, jf. bilagets pkt. 2. Denne politik skal være tilpas forsigtig og til enhver tid sikre en forsvarlig likviditet, jf. bilagets pkt. 3. I bilagets øvrige punkter følger herefter en nærmere præcisering af en lang række forhold både i forhold til bestyrelsens og direktionens opgaver og ansvar på området samt krav til forretningsgange, risikostyring, kontrol og rapportering på likviditetsområdet. Der er således relativt specifikke krav på dette område, hvorfor ledelsens skøn bør spille en mindre rolle, idet adfærdsnormens indhold kan fastlægges forholdsvis klart på baggrund af ledelsesbekendtgørelsen. En nærmere diskussion af kapitalberedskabet i forhold til rettidig standsning af bankers drift som led i forsvarlig ledelse følger i afsnit 3.5.

2.4 Delkonklusion

De samfundsmæssige mål for banksektoren er som udgangspunkt at skabe en stabil sektor, der er tillid til, da dette betragtes som forudsætningen for et velfungerende moderne samfund. Midlet til opnåelse af disse mål er forsvarlig ledelse, som kan tilvejebringes gennem erstatningsansvarets præventive og disciplinerende effekt. Det erstatningsretlige ledelsesansvar i banker er et culpaansvar, som forudsætter fastlæggelse af en adfærdsnorm. Denne adfærdsnorm tager sit udgangspunkt i lovgivningens bestemmelser. Det følger heraf, at der stilles særlige krav til ledelsesstrukturen i banker samt til bankledelsernes erfaring og kompetencer. Det er imidlertid ikke muligt på

baggrund af lovgivningen alene, at fastslå disse kravs betydning for adfærdsnormen. Det fremgår endvidere af lovgivningens bestemmelser, at bestyrelsens primære opgave er at varetage den overordnede og strategiske ledelse samt føre tilsyn med direktionen. Direktionens opgave er at varetage den daglige ledelse af banken i overensstemmelse med bestyrelsens retningslinjer. Denne overordnede ansvarsfordeling afspejles i samtlige opgaver, som er nærmere defineret og beskrevet i lovgivningen, og danner grundlag for adfærdsnormen. Disse opgaver koncentrerer sig hovedsageligt om regnskabsaflæggelse, risikostyring og interne kontroller, rapportering og kapitalberedskab. Den finansielle lovgivning indeholder mere detaljerede krav til varetagelsen af opgaverne sammenlignet med selskabslovgivningen og definerer nærmere den adfærd, som er påkrævet af ledelsesmedlemmer. På trods af denne højere detaljeringsgrad er der fortsat et udpræget skønselement i flere af disse bestemmelser, som skaber usikkerhed om adfærdsnormen. Særligt på baggrund af finanskrisen er der fundet et behov for at øge opmærksomheden på de krav, lovgivningen stiller til ledelsen, samt skærpe disse. Det er imidlertid fundet, at de foretagne ændringer i lovgivningen i det væsentlige blot er udtryk for præciseringer af den praksis, der i forvejen gjorde sig gældende. Usikkerheden om adfærdsnormen er dermed ikke blevet mindre, idet bestemmelseernes skønselement stadig skaber uklarheder. Disse uklarheder kombineret med usikkerheden om betydningen af de særlige krav til ledelsesstrukturen og bankledelsernes erfaring og kompetencer gør det vanskeligt med sikkerhed at forudsige adfærdsnormen og dermed risikoen for at ifalde ansvar. Dette kan indikere, at det gældende ledelsesansvars usikre adfærdsnorm har svækket ansvarets præventive effekt og øget risikoen for uforsvarlig ledelse i danske banker. Det fuldstændige indhold af den gældende adfærdsnorm skal dog ifølge den retsdogmatiske metode fastlægges ved inddragelse af de øvrige retskilder, som analyseres i det følgende kapitel.

3 Det nærmere indhold af det erstatningsretlige ledelsesansvar i banker

Adfærdsnormen for ledelsesmedlemmer i banker er søgt fastlagt med udgangspunkt i lovgivningens bestemmelser. Lovgivningen fastlægger de overordnede rammer for ledelse og drift af banker, hvor detaljeringsgraden i den finansielle lovgivning er større sammenlignet med selskabslovgivningen. Der efterlades dog fortsat en række uklarheder om det fuldstændige indhold af den gældende adfærdsnorm for ledelsesmedlemmer i banksektoren, og udfyldningen heraf må ske ved inddragelse af de øvrige retskilder og soft law i form af corporate governance anbefalingerne.

Særligt det udprægede skønselement i flere af lovgivningens bestemmelser giver anledning til usikkerhed om adfærdsnormen, hvorfor ledelsens forretningsmæssige skøn indledningsvist behandles. Det søges herefter afklaret, hvilken betydning det særlige krav til ledelsesstrukturen i banker har for den adfærdsnorm, der gør sig gældende for bestyrelsen i relation til dennes tilsynspligt og strategiske ledelse. Endvidere fastlægges det nærmere indhold af kravene til ledelsens erfaring og kompetencer for at afgøre, hvilken betydning disse krav har for adfærdsnormen. Adfærdsnormen i relation til ledelsens mere konkrete opgaver omkring retningslinjer og kapitalberedskab fastlægges ligeledes.

Advokatundersøgelserne af de sammenbrudte banker inddrages, da undersøgelserne kan kaste lys over de praktiske problemer, som udformningen af ledelsesansvaret har givet anledning til. Der foretages endvidere en diskussion af de incitamentsvirkninger, adfærdsnormens uklarheder medfører. Disse incitamentsvirkninger søges eksemplificeret gennem inddragelse af de faktiske forhold, som fremgår af advokatundersøgelserne.

3.1 Det forretningsmæssige skøn

Som beskrevet overlades ledelsen et skøn i flere af bestemmelserne i både SEL og FIL. Skønnet beror på konkrete omstændigheder og vil altid have en individuel karakter. For ledelsen kan det udprægede skønselement skabe en usikkerhed, idet det kan være vanskeligt at fastslå, hvad der må anses som et forsvarligt skøn, som ligger inden for adfærdsnormen. Mange beslutningssituationer kan desuden være forbundet med stor usikkerhed grundet uvisheden om udviklingen af en eller flere faktorer på beslutningstidspunktet, hvilket skaber usikkerhed om konsekvenserne af en beslutning, som

i udgangspunktet forventes at være resultatgivende. Culpareglens udgangspunkt er, at ledelsen ikke ifalder ansvar for dispositioner, som viser sig at være tabsgivende, såfremt de er foretaget på et forsvarligt grundlag og i overensstemmelse med selskabets interesser. Sådanne dispositioner kan på baggrund af culpareglen ikke anses for uforsvarlig, da ledelsen gives en margin for fejlskøn under varetagelse af deres hverv, hvor domstolene afholder sig fra prøvelse af det forretningsmæssige skøn. Det er således alene grundlaget for skønnet, der som udgangspunkt prøves og ikke forsvarligheden af dette skøn.¹²⁴ Denne afholdelse fra domstolsprøvelse er endvidere ofte begrundet med en erkendelse af, at virksomhedsledere bedre er i stand til at træffe forretningsmæssige beslutninger end domstolene.¹²⁵ ¹²⁶ I den juridiske teori betegnes denne skønsmargin med inspiration fra amerikansk ret ofte *the business judgment rule*.¹²⁷

I retspraksis findes eksempler, hvor ledelsen er givet en vis margin for fejl under udøvelsen af det forretningsmæssige skøn. I UfR 1981.973 H (Røde Vejmølle) frifandt domstolen en direktør for ansvar i forbindelse med dennes foretagne prisnedsættelser under henvisning til, at det måtte lægges til grund, at de foretagne prisnedsættelser var sket ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn. I FED 1995.1531 SH (Scanti-con Kolding) frifandt domstolen ligeledes bestyrelsen fra ansvar for tab som følge af beslutninger truffet ud fra forretningsmæssige overvejelser med henvisning til, at disse var truffet på grundlag af, hvad der i den givne situation tjente selskabets interesser bedst. Endvidere anså domstolen det ikke for sandsynliggjort, at det ville have ført til et forretningsmæssigt gunstigere resultat, at bestyrelsen havde truffet en anden beslutning.¹²⁸ Culpaansvaret medfører som udgangspunkt, at ledelsen gives mulighed for at foretage forretningsmæssige skøn uden frygt for at ifalde ansvar, til trods for at det foretagne skøn viser sig tabsgivende. Adfærdsnormen indeholder dermed en margin for fejlskøn, som forudsætter, at skønnet er udøvet på et forsvarligt grundlag og i selskabets interesse. Disse forudsætninger er imidlertid forbundet med usikkerhed,

¹²⁴ Sofsrud (1999), s. 136 f. og Dotevall (2008), s. 109 f.

¹²⁵ Christensen (2009), s. 696.

¹²⁶ Sofsrud stiller sig kritisk over for domstolenes afskæring fra muligheden for prøvelse af forretningsmæssige skøn, da det grundlæggende er domstolenes opgave at tage stilling til retlige tvister og derigennem kontrollere ledelsen. Denne afskæring er et udtryk for en konkret stillingtagen, der i realiteten medfører en fordel for ledelsen, jf. Sofsrud (1999), s. 151 ff.

¹²⁷ Se eksempelvis Gomard i UfR 1993B.145, Sofsrud (1999), s. 134 og Christensen (2009), s. 696.

¹²⁸ Sofsrud kritiserer, at domstolene i praksis ikke afholder sig fra at foretage en prøvelse af selve skønnets forsvarlighed, hvilket er i strid med udgangspunktet for princippet om det forretningsmæssige skøn, jf. Sofsrud (1999), s. 136 ff.

hvorfor der tillige efterlades usikkerhed om grænserne for det forretningsmæssige skøn. Usikkerheden om adfærdsnormen i forhold til ledelsens forretningsmæssige skøn begrænses muligvis af marginen for fejlskøn, men elimineres ikke. På baggrund af de banksammenbrud, der er sket som følge af den finansielle krise, kan det overvejes, hvorvidt det er hensigtsmæssigt, at bankledelserne i relativt vidt omfang overlades skønspregede vurderinger under ledelsen af bankerne. Det er i flere af de foretagne advokatundersøgelser konstateret, at ledelserne har foretaget forretningsmæssige skøn, som har været væsentligt medvirkende årsager til bankernes sammenbrud.¹²⁹ Dette taler for, at ledelsernes adgang til at træffe beslutninger baseret på skøn ikke i alle tilfælde er hensigtsmæssig, da det kan være med til at øge risikoen for uforsvarlig ledelse.

3.2 Ledelsesstrukturens betydning for kravene til bestyrelsens adfærd

Der stilles i lovgivningen et særligt krav til ledelsesstrukturen i banker.¹³⁰ Lovgivningen efterlader i princippet ikke uklarhed om bestyrelsens og direktionens indbyrdes uafhængighed, idet lovkravet i FIL forhindrer personsammenfald. Dette medfører i forhold til ansvarsbedømmelsen, at skillelinjen mellem bestyrelse og direktion er helt klar. Kravet giver imidlertid anledning til overvejelser om, hvorfor der er et særligt behov for adskillelse mellem ledelsesorganerne i banker. Kravet fremhæver og forstærker umiddelbart bestyrelsens tilsynsfunktion over for direktionen, mens bestyrelsens kendskab til og indsigt i virksomheden alt andet lige reduceres på bekostning heraf.¹³¹ Det betyder, at fornøden indsigt må søges tilvejebragt på anden måde, for at bestyrelsen kan varetage sine opgaver på betryggende vis. Spørgsmålet er, hvorvidt lovkravet må betragtes som et udtryk for, at tilsynspligten for bankbestyrelser er skærpet. Det må desuden overvejes, hvilken betydning lovkravet har i relation til bestyrelsens sikring af al relevant information som grundlag for den strategiske ledelse. Det er således uklart, hvilken betydning det særlige krav til ledelsesstrukturen i banksektoren har for adfærdsnormen, hvilket skaber usikkerhed om omfanget af kravene til bestyrelsens tilsynsopgave og strategisk ledelse. Kravene til bestyrelsens

¹²⁹ Jf. afsnit 3.4-3.5.

¹³⁰ Jf. afsnit 2.3.1.

¹³¹ Dette fokus på tilsynsfunktionen stemmer overens med de tidligere anbefalinger for god selskabsledelse fra 2001. Denne anbefaling er imidlertid i dag modificeret i overensstemmelse med selskabslovens regler herom.

tilsynspligt behandles nedenfor i afsnit 3.2.1, mens kravene til det nødvendige informationsgrundlag for den strategiske ledelse behandles nedenfor i afsnit 3.2.2.

3.2.1 Bestyrelsens uafhængighed og tilsynspligten

For at afgøre hvorvidt der som følge af ledelsesstrukturen er skærpede krav til bankbestyrelsers tilsyn og kontrol med direktionen, må den generelle adfærdsnorm i relation til tilsynspligten indledningsvist fastlægges. I retspraksis er det fastslået, at der generelt i bestyrelsesansvarssager ikke stilles krav om, at bestyrelsen i alle detaljer beskæftiger sig med ledelsen af selskabet. Det er således accepteret, at der fra bestyrelsens side er en berettiget forventning om, at direktionen og andre medarbejdere loyalt udfører deres funktioner,¹³² hvilket sætter visse begrænsninger for kravene til bestyrelsens tilsyn. Grænsedragningen er dog til tider vanskelig, og der findes eksempler fra retspraksis, hvor domstolene har statueret, at bestyrelsesmedlemmer i enkelttilfælde ikke har varetaget den fornødne kontrolfunktion, om end der generelt ikke stilles krav om indgående tilsyn og kendskab til alle detaljer, jf. UfR 1962.452 H (Hovedstadens Ejendomsselskab).¹³³ I dommen statuerede Højesteret, at bestyrelsesmedlemmerne ikke havde pligt til *nøje indseende med alle detaljer* i nogle omfattende transaktioner, men at bestyrelsen ikke havde foretaget de undersøgelser og den kontrol, man kunne kræve af dem. Sø- og Handelsretten havde endvidere tidligere fremhævet, at en konkret aftale havde meget vidtrækkende konsekvenser, og at bestyrelsesmedlemmerne derfor burde have forlangt nøjagtige oplysninger om aftalens indhold og konsekvenser. Yderligere blev det fremhævet, at visse dispositioner var af et sådant omfang, at de måtte anses for unormale beslutninger, hvorfor det måtte påhvile bestyrelsen at udvise langt større kritik og kontrol. Højesteret tiltrådte Sø- og Handelsrettens dom med de anførte grunde.

I UfR 2007.497 H (Calypso Verdensrejser) blev bestyrelsen ligeledes gjort erstatningsansvarlig for manglende tilsyn med selskabets økonomi og forhold i øvrigt. Højesteret lagde til grund, at såfremt bestyrelsen havde ført tilsyn med selskabets forhold i *sædvanligt omfang*, ville den i løbet af forholdsvis kort tid være blevet klar over, at selskabet havde lidt betydelige tab, og at driften derfor måtte indstilles, medmindre der blev tilført kapital og skete en omlægning af driften. I denne sag blev

¹³² Werlauff (2010), s. 550 f.

¹³³ Der var tale om en straffesag, hvor de tiltalte fandtes skyldige, men hvor det erstatningsretlige ansvar ikke var genstand for behandling. Da der imidlertid skal mere til at ifalde et strafferetligt ansvar end et erstatningsansvar, må det erstatningsretlige ansvarsgrundlag ligeledes anses for at have været til stede.

direktøren og den daglige pålagt at friholde bestyrelsesmedlemmerne. Højesteret begrundede dette med, at direktøren og den daglige leder af selskabet fra et tidligt tidspunkt måtte have været bekendt med selskabets alvorlige økonomiske problemer, og at de i væsentlig grad havde vanskeliggjort de øvrige bestyrelsesmedlemmers mulighed for at opfylde de pligter, der påhvilede dem, ved ikke at informere bestyrelsen om selskabets reelle økonomiske situation.

I UfR 1984.1115 SH (Mercandia Construction) blev bestyrelsen omvendt frifundet for erstatningsansvar, idet denne ansås for at have opfyldt sine pligter med hensyn til ledelsen af selskabet ved at have *sørget for en forsvarlig organisation* af selskabets virksomhed, havde *holdt sig orienteret* om virksomhedens forhold samt havde *ydet en aktiv indsats* med hensyn til virksomhedens drift.

I UfR 1974.1005 H (Tjæreborg Huse) fandtes det ikke, at bestyrelsen havde forsømt sin tilsynspligt, på trods af at bestyrelsen udsendte et cirkulære om selskabets forhold, som baserede sig på en saldoopgørelse udarbejdet af revisionen, der var et halvt år gammel og desuden viste sig at være forkert. Flertallet af dommerne fandt ikke, at disse forhold var tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at bestyrelsen havde udvist så graverende forhold, at de enkelte medlemmer havde pådraget sig et personligt ansvar ved manglende tilvejebringelse af nyere regnskabsmæssige oplysninger. Tre dissenterende dommere ville derimod gøre et erstatningsansvar gældende over for bestyrelsesmedlemmerne på baggrund af bestyrelsens udtalelser om, at der var sket en *nøje vurdering* af driftsbudgettet, der viste, at selskabets kapitalmæssige baggrund var *solid* kort før selskabet trådte i likvidation.

Retspraksis vidner om, at de konkrete omstændigheder er afgørende ved pådømmelse af erstatningsansvar i sager om bestyrelsens betryggende varetagelse af sin tilsynsfunktion. 1974-dommens resultat må anses som overensstemmende med det ovenfor anførte, hvorefter bestyrelsen som udgangspunkt må kunne stole på, at direktion og medarbejdere udfører deres funktioner loyalt. Overordnet set må det endvidere på baggrund af 1962-, 2007- samt 1984-dommene fastslås, at adfærdsnormen for bestyrelser generelt indebærer, at bestyrelsen ikke er forpligtet til at kontrollere og have indsigt i alle detaljer omkring virksomhedens drift. I forlængelse heraf er det dog vigtigt at bemærke, at bestyrelsen er forpligtet til at være aktiv og tage ansvar for, at den modtager den nødvendige information, som sætter den i stand til at kontrollere direktionens arbejde i fornødent omfang. Som nævnt er der tale om retspraksis i generelle bestyrelsesansvarssager og ikke særlig praksis for finansielle virksomheder.

Ledelserne i disse sager har således ikke været underlagt krav om uafhængighed mellem bestyrelse og direktion. I 1984-dommen var der således personsammenfald blandt direktions- og bestyrelsesmedlemmer, hvorfor det ikke kan udelukkes, at bestyrelsen i denne sag har draget fordel af direktørens viden omkring den daglige ledelse, hvilket kan have været medvirkende årsag til, at bestyrelsen ikke blev idømt erstatningsansvar.¹³⁴ Dommene afklarer dermed ikke retstilstanden i det omfang, skærpede krav til tilsynspligten gør sig gældende i banksektoren. Dog må den udledte adfærdsnorm i relation til tilsynsfunktionen i almindelige erhvervsvirksomheder anses som et mindstekrav for normen i banker. Om der gælder et skærpet krav til bankbestyrelsernes tilsyn er imidlertid fortsat uafklaret.

I Københavns Byrets dom af 9. marts 1994 om den krakkede C&G Bank¹³⁵ var bestyrelsens tilsynspligt genstand for strafferetlig behandling.¹³⁶ Bestyrelsen var tiltalt for forsømmelse af sin tilsynspligt, idet den ikke havde foretaget sig noget aktivt for at standse eller begrænse tabsrisiciene vedrørende bankens udlandsafdeling, skønt bestyrelsen gentagne gange var advaret af Finanstilsynet og den eksterne revision om, at afdelingen var ude af kontrol. Byretten frifandt imidlertid bestyrelsen under henvisning til, at retten ikke ”kunne fastslå, at bestyrelsen har overskredet rammerne for det skøn, som bestyrelsen i mangel af offentlige forskrifter eller sikre normer må indrømme, før strafansvar pådrages”. Opmærksomheden må henledes på, at det i denne sag var et strafferetligt ansvar, som bestyrelsen blev frifundet for. I forhold til det erstatningsretlige ansvar må det antages, at bestyrelsen ud fra den adfærdsnorm, der er udledt af de øvrige domme, formentlig kunne ifalde et erstatningsansvar, når den på trods af gentagne advarsler fortsat forholdt sig passiv. Det er det dog ikke muligt at fastslå, om der gælder et skærpet krav til bankbestyrelseres tilsynspligt, da dommen behandler det strafferetlige ansvar og dermed ikke kaster lys over tilsynspligten for bankbestyrelser.

I forlængelse af ovenstående diskussion skal corporate governance anbefalingerne inddrages. Heri anføres det i relation til tilsyn og kontrol, at det er bestyrelsens opgave

¹³⁴ Der var også personsammenfald i 2007-dommen, men her hævdede de øvrige bestyrelsesmedlemmer, at direktøren, som sad i bestyrelsen, ikke havde orienteret de øvrige bestyrelsesmedlemmer om selskabets økonomiske vanskeligheder, hvorfor argumentet ikke kan fremføres her.

¹³⁵ Københavns Byrets dom af 9. marts 1994 (17. afd. sag: 73359/90). Det har ikke været muligt at fremskaffe den originale dom, hvorfor dommen er behandlet på baggrund af gengivelsen i Poulsen og Werlauf (2011), s. 341.

¹³⁶ Retspraksis for så vidt angår finansielle virksomheder og banker er begrænset, hvorfor det alene har været muligt at finde denne ene dom, hvor tilsynspligten for bestyrelsen i netop en bank var til pådømmelse.

at udøve kontrol med direktionen og fastlægge retningslinjer for, hvilken måde denne kontrol skal udøves på. Desuden bemærkes, at det er væsentligt, at bestyrelsen er sammensat på en sådan måde, at varetagelsen af de kontrolmæssige opgaver kan ske effektivt.¹³⁷ Der foreligger imidlertid ikke en yderligere uddybning heraf, hvorfor anbefalingerne ikke bidrager med konkret indhold til støtte for fastlæggelse af adfærdsnormen for bestyrelsen. Finansrådets vejledning til anbefalingerne svarer på dette område i udgangspunktet til de generelle anbefalinger. Det påpeges dog, at bestyrelsen skal udarbejde en skriftlig oversigt over, hvilke dele af direktionens arbejde, som bestyrelsen skal føre tilsyn med. Det skal desuden være fastlagt, hvordan bestyrelsen løbende vil kontrollere overholdelsen heraf. Vejledningen afviger i det store hele ikke fra de generelle anbefalinger, hvilket peger i retning af, at der ikke gælder særligt skærpede krav til bankbestyrelsens tilsynspligt.

De på baggrund af finanskrisen foretagne advokatundersøgelser behandler tillige bestyrelsernes tilsynspligt. I undersøgelsen af Roskilde Bank kritiseres bestyrelsen for at have forholdt sig meget passiv over for direktionens ledelse af banken.¹³⁸ En sådan kritik må anses som overensstemmende med den ovenfor udledte adfærdsnorm på området, der stiller krav om bestyrelsens aktive tilsyn med direktionen. Det fremhæves endvidere i undersøgelsen, at Finanstilsynets påbud og risikooplysninger har skærpet bestyrelsens tilsynspligt.¹³⁹ Dvs. at bestyrelsen på baggrund af Finanstilsynets ”advarsler” burde have skærpet sit tilsyn med direktionen for at reducere risikoen for at ifalde ansvar for manglende varetagelse af tilsynsfunktionen. Tilsvarende er gjort gældende i bl.a. undersøgelsen af EBH Bank.¹⁴⁰ Denne skærpelse af tilsynspligten må anses som en naturlig følge af Finanstilsynets virksomhed, da påbud og risikooplysninger netop skal henlede bestyrelsens opmærksomhed på forhold i banken, der forekommer problematiske. Dette burde alt andet lige medføre, at bestyrelsens fokus rettes mod disse forhold og foranlediges til særligt at holde tilsyn med direktionens daglige ledelse af banken for så vidt angår disse forhold. At dette ikke er sket i de omtalte banker må føre til, at bestyrelserne ikke har levet op til den gældende adfærdsnorm, idet tilsynspligten i disse tilfælde er blevet tilsidesat. I undersøgelsen af Fionia Bank, hvor advokaterne ikke har fundet anledning til at statuere erstatningsansvar mod bestyrelsen, fremhæves det i modsætning til ovenstående, at det er advoka-

¹³⁷ Anbefalinger for god Selskabsledelse (2011), afsnit 4 og 5.

¹³⁸ Roskilde Bank, s. 66.

¹³⁹ Ibid., s. 67.

¹⁴⁰ EBH Bank, s. 78.

ternes indtryk, at bestyrelsen har udført et aktivt bestyrelsesarbejde karakteriseret ved blandt andet en ”*aktiv indspørgning og passende kritisk holdning til direktionens oplæg*”.¹⁴¹ Advokaternes grundlag for at frifinde bestyrelsen for ansvar i dette konkrete tilfælde er således, at denne har været aktiv og i fornødent omfang har kontrolleret direktionens arbejde. Dette stemmer med den generelle adfærdsnorm udledt af retspraksis. Såfremt det forudsættes, at domstolene dømmer i overensstemmelse med advokaternes vurderinger, findes der ikke umiddelbart at gælde strengere krav til bankbestyrelses tilsynspligt end de krav, der generelt gør sig gældende for bestyrelses tilsyn. Der følger alene en skærpelse af tilsynspligten i de tilfælde, hvor Finanstilsynet har frembragt advarsler i form af påbud eller risikooplysninger, hvilket forekommer oplagt. Det må på baggrund heraf antages, at det særlige lovkrav til ledelsesstrukturen ikke indebærer en direkte skærpelse af kravene til bankbestyrelsernes tilsynspligt trods den forringede mulighed for at opnå viden om og indsigt i den daglige drift af bankerne. Spørgsmålet er derfor fortsat, hvad hensigten med lovkravet er, hvilket skaber usikkerhed om adfærdsnormen. Den umiddelbare virkning må som fremført være et større fokus på bestyrelsens tilsynsopgave. Den samtidige distancering af bestyrelsen medfører dårligere vilkår for bestyrelsens tilsynsarbejde, hvilket alt andet lige kan øge risikoen for uforsvarlig ledelse. Omvendt kan distanceringen foranledige bestyrelsen til at indtage en kritisk holdning over for direktionen og dens dispositioner.¹⁴² Dermed er der grundlag for en mere effektiv varetagelse af tilsynet med direktionen, hvilket kan formodes at have en disciplinerende effekt på denne.

3.2.2 Bestyrelsens uafhængighed og den strategiske ledelse

I forlængelse af ovenstående diskussion skal problemstillingen om det særlige krav til ledelsesstrukturen i banker, der fordrer ledelsesorganernes indbyrdes uafhængighed, tillige diskuteres i relation til bestyrelsens tilegnelse af den nødvendige information, der sætter den i stand til at varetage den strategiske ledelse. Diskussionen tager udgangspunkt i, hvorvidt lovkravet må forventes at have indflydelse på den adfærdsnorm, som bankledelser er underlagt. Som beskrevet ovenfor må det som følge af lovkravet formodes, at bankbestyrelser generelt ikke er i besiddelse af den dybere indsigt i bankernes virksomhed, som direktionsmedlemmer besidder i kraft af deres ansvar for og deltagelse i bankens daglige drift. Sat på spidsen er spørgsmålet dermed,

¹⁴¹ Fionia Bank, s. 54.

¹⁴² Christensen (2009), s. 441.

hvorvidt kravet om adskillelsen mellem bestyrelses- og direktionsmedlemmer i banker dybest set medfører et skærpet krav til bestyrelsernes aktive rolle i forbindelse med sikring af fornøden rapportering og information fra direktionen.

Kendskab til og indsigt i bankens virksomhed er afgørende for, at bestyrelsen kan varetage den overordnede og strategiske ledelse på betryggende vis, hvorfor tilstrækkelig information er en forudsætning for, at bestyrelsen kan træffe beslutninger på et kvalificeret grundlag. Det må derfor betragtes som en vigtig opgave for bestyrelsen at sikre, at denne information modtages fra direktionen. Bestyrelsen er forpligtet til at sikre, at direktionens rapportering til og information af bestyrelsen sker fyldestgørende. I banker er direktionen endvidere forpligtet til at videregive al relevant information til bestyrelsen. Kravet til direktionen må betragtes som et udtryk for, at der i lovgivningen er gjort forsøg på at kompensere for den fuldstændige uafhængighed mellem ledelsesorganerne, da ikke alene bestyrelsen men også direktionen pålægges ansvar for tilvejebringelsen af fornøden rapportering og information. Det er imidlertid ikke i kraft heraf afklaret, hvorvidt der gælder et strengere krav til bestyrelsen, men blot at direktionen også bærer en del af ansvaret.

Så vidt ses har de nærmere krav til det nødvendige informationsgrundlag for varetagelsen af den strategiske ledelse ikke været genstand for pådømmelse ved domstolene. UfR 1962.452 H (Hovedstadens Ejendomsselskab) berører kravene for, hvornår det påhviler bestyrelsen at indhente yderligere oplysninger, før en disposition foretages. Bestyrelsen frifandtes i ét tilfælde for ansvar for udstedelse af et pantebrev, idet der fandtes at være givet rimelige oplysninger om nødvendigheden heraf. Imidlertid fandtes der at foreligge et ansvar for et efterfølgende udstedt pantebrev, da det på grund af ekstraordinære forhold på dette tidspunkt *burde påhvile bestyrelsen at forlange aldeles nøjagtige oplysninger* om, hvorfor pantebrevet skulle udstedes. Ifølge dommen er det konkrete omstændigheder, der afgør, om bestyrelsen bør være ekstra opmærksom på, at den har modtaget relevante og tilstrækkelige oplysninger. Dommen kan dermed ikke anvendes til at udlede et generelt krav til bestyrelsens sikring af tilstrækkelige informationer forud for en beslutning, hvorfor der fortsat er usikkerhed om adfærdsnormen. Endvidere er der tale om en dom, som vedrørte en virksomhed, der ikke er underlagt det særlige krav til ledelsesstrukturen. Lovkravet taler umiddelbart for en skærpelse af bankbestyrelseres forpligtelse til at iagttage fornøden rapportering, da kravet til bestyrelsen om sikring af fyldestgørende informationer fra direktio-

nen, må formodes at medføre, at bankbestyrelserne skal have øget fokus på rapportering og information for at efterkomme kravet til adfærdsnormen.

Ifølge corporate governance anbefalingerne bør bestyrelsen fastlægge krav for direktionen til dennes rettidige, præcise og tilstrækkelige rapportering til bestyrelsen.¹⁴³

Dette suppleres af Finansrådets vejledning til anbefalingerne, ifølge hvilken bestyrelsen skal sikre udarbejdelse af procedurer for direktionens inddragelse af og rapportering til bestyrelsen.¹⁴⁴ Fremhævelsen heraf kan ses som et udtryk for det særlige fokus, som videregivelse af information bør gives. Udover dette fokus kan der dog ikke umiddelbart heraf udledes et strengere krav til bestyrelsen i banker i forhold til bestyrelser i andre virksomheder.

Problemerne omkring bestyrelsens ansvar for modtagelse af relevante og nødvendige informationer er et omfattende emne i advokatundersøgelserne. I undersøgelsen af EBH Bank er det fremhævet, at bankens administrerende direktør undlod at orientere bestyrelsen om, at visse udlån ikke blev undergivet den kreditsagsbehandling og kontrol, som var forudsat i retningslinjerne, og at bankens kreditkontor havde behov for tilførsel af yderligere ressourcer for at kunne håndtere en tilfredsstillende kreditsagsbehandling. Hvis udlånssagerne var blevet underkastet den sædvanlige kreditsagsbehandling samt kontrol fra bestyrelsen, som anført i retningslinjerne, var bankens tab efter advokaternes vurdering med stor sandsynlighed blevet mindre.¹⁴⁵ Spørgsmålet er, om bankens bestyrelse med denne begrundelse i sidste ende kan drages til ansvar for den mangelfulde rapportering fra direktionen. Det er advokaternes vurdering, at bestyrelsen ikke var bekendt med den mangelfulde kreditsagsbehandling i et sådant omfang, at der kan statueres ansvar herfor, ligesom bestyrelsen løbende fik bekræftelse på, at § 70-instruksen blev overholdt. Dette må tages som et udtryk for, at bestyrelsen bør kunne stole på de informationer, den modtager fra direktionen, samt at der ikke er grundlag for, at bestyrelsen skal sikre sig yderligere informationer. I undersøgelsen af Løkken Sparekasse kritiseres det tilsvarende, at bankens direktør ikke orienterede bestyrelsen om svagheder i kreditorganisationen og kreditsagsbehandlingen.¹⁴⁶ Her kunne tabene ifølge advokaterne tillige være begrænset, såfremt direktionen havde efterkommet sin rapporteringspligt. Det vurderes imidlertid, at bestyrelsen måtte kunne forlade sig på, at direktionen ville orientere bestyrel-

¹⁴³ Anbefalinger for god Selskabsledelse (2011), afsnit 4.2.2.

¹⁴⁴ Anbefalinger for Finansrådets medlemsvirksomheder (2008), s. 4.

¹⁴⁵ EBH Bank, s. 5 og 75 f.

¹⁴⁶ Løkken Sparekasse, s. 46.

sen, hvorfor der ikke findes grundlag for at fastslå, at bestyrelsen havde udvist ansvarspådragende adfærd i relation hertil.¹⁴⁷ I undersøgelsen af Roskilde Bank påpeges det, at særligt den administrerende direktør havde misligholdt sine forpligtelser over for bankens bestyrelse ved ikke orientere bestyrelsen om omfanget af den mangelfulde kreditsagsbehandling, den manglende risikostyring og den stærkt forøgede risiko-profil.¹⁴⁸ Disse forhold giver ifølge advokaterne anledning til at pålægge direktøren ansvar for groft at have tilsidesat sine pligter som administrerende direktør i banken. Bestyrelsen findes dog ligeledes at have udvist ansvarspådragende adfærd grundet dennes passivitet i forhold til direktionens misbrug af presserende sager. Bestyrelsen burde således ifølge advokaterne have pålagt direktionen at afdække disse forhold nærmere med henblik på eventuelt at pålægge direktionen at afhjælpe disse forhold.¹⁴⁹ Forudsættes det, at domstolene dømmer i overensstemmelse med advokaternes vurderinger, findes der ikke entydige indikationer i retning af, at bestyrelsesmedlemmer i banker er undergivet et særligt strengt ansvar i forbindelse med sikring af fornøden rapportering og information. For så vidt angår direktionerne indikerer advokatundersøgelserne imidlertid, at disse har en udtalt pligt til at orientere bestyrelserne om alle relevante forhold i banker.

På baggrund af ovenstående kan det ikke generelt udledes, at der gælder et strengere krav til bankbestyrelsernes sikring af fornøden og relevant information, hvorfor hensigten bag kravet til ledelsesstrukturen er uklar og skaber usikkerhed om adfærdsnormen. Dog gælder der for direktionerne et mere konkret krav om videregivelse af al relevant information, hvilket understreger direktionens rolle ved tilvejebringelsen af den fornødne rapportering til bestyrelsen. Det må dog kunne fastslås, at bestyrelsen skal have særligt fokus på, at alle relevante informationer modtages, samtidig med at der etableres faste procedurer, som kan sikre regelmæssige og nødvendige rapporter, da det rette informationsgrundlag er afgørende for bestyrelsens forsvarlige varetagelse af den overordnede og strategiske ledelse. Ifølge advokatundersøgelserne gælder der et relativt strengt krav til direktionernes videregivelse af information til bestyrelsen, hvilket formentlig hænger sammen med, at direktionerne under varetagelsen af den daglige ledelse har en bedre indsigt i bankens forhold. Der skal tilsyneladende tungere vejende argumenter til, for at bestyrelserne ifalder ansvar for mang-

¹⁴⁷ Ibid., s. 47 f.

¹⁴⁸ Roskilde Bank, s. 4 og 63 ff.

¹⁴⁹ Ibid., s. 67.

lende sikring af relevant information, da det skal stå klart, at bestyrelsen var vidende om de konkrete, kritisable forhold. Dette kan betragtes som en kompensation for bestyrelsernes begrænsede indsigt i bankerne grundet lovkravet om uafhængighed. Bestyrelsen kan ifølge advokaterne i vidt omfang undsige sig ansvar med henvisning til uvidenhed om de kritisable forhold, hvilket kan forekomme uhensigtsmæssigt, da det svækker bestyrelsen incitammenter til at sikre, at den fornødne information tilgår denne. Dette kan medvirke til at øge risikoen for uforsvarlig ledelse. Det strengere krav til direktionen må dog ud fra en samlet betragtning i nogen grad trække i modsat retning.

3.3 Ledelsens erfaring og kompetencer - fit & proper

Som tidligere beskrevet i afsnit 2.3.2 stiller SEL ikke krav til ledelsesmedlemmernes erfaring eller kompetencer, hvorimod FIL § 64 indeholder den såkaldte fit & proper-bestemmelse, ifølge hvilken ledelsesmedlemmerne skal have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv. Spørgsmålet er dog, om fit & proper-bestemmelsen er tilstrækkelig til at sikre tilstedeværelsen af de rette kompetencer i ledelsesorganerne, da det kan diskuteres, hvilke krav bestemmelsen reelt stiller til ledelsesmedlemmernes kompetencer. I fit & proper-skemaet, som skal udfyldes og indsendes til Finanstilsynet i forbindelse med fit & proper-vurderingen, skal der alene gives oplysninger om de i afsnit 2.3.2 omtalte økonomiske forhold samt tidligere ansættelsesforhold og bestyrelsesposter inden for de seneste 10 år. Der er således ikke krav om nogen direkte dokumentation for kompetencer eller kvalifikationer, andet end hvad der kan udledes af en jobtitel og et virksomhedsnavn.¹⁵⁰ I bestemmelsens forstand må *erfaring* således dække over tidligere ansættelsesforhold, uden der tages direkte stilling til den pågældendes konkrete kompetencer. Af bemærkningerne til den seneste ændring af fit & proper-bestemmelsen fremgår det dog, at relevant uddannelse, tidligere ansættelse i den finansielle sektor samt ledelseserfaring kan indgå i vurderingen.¹⁵¹ Det fremhæves imidlertid, at der ikke er gennemført en skærpelse af de krav, der stilles til ledelsesmedlemmernes fagkundskab eller erfaring, og at der fortsat ikke stilles generelle kriterier for, hvilke teoretiske eller praktiske krav ledelsesmedlemmet skal opfylde. Der stilles heller ikke et ubetinget krav om, at et bestyrelsesmedlem har en særlig

¹⁵⁰ Der er taget udgangspunkt i de oplysninger omkring fit & proper-vurderingen som findes på Finanstilsynets hjemmeside, <http://www.finanstilsynet.dk/da/Indberetning/Fit-and-Proper.aspx>.

¹⁵¹ Da skemaet, som skal udfyldes af ledelsesmedlemmet, til brug for Finanstilsynets vurdering ikke stiller krav om angivelse af uddannelse, må det dog være tvivlsomt, i hvilket omfang uddannelse rent faktisk inddrages i vurderingen.

indsigt i finansielle virksomheders forhold.¹⁵² ¹⁵³ Som et naturligt udgangspunkt er erfaring og kompetencer ofte tæt forbundne, men der er trods alt ingen garanti herfor. Oplysninger om varetagelse af et hverv som ledelsesmedlem i en velfungerende finansiell virksomhed i en periode med højkonjunktur vil formentlig tilføre begrænset information om den pågældendes kompetencer, da det alt andet lige vil være mindre krævende at lede en virksomhed i gunstige tider.¹⁵⁴

I det omfang fit & proper-vurderingen foretages på baggrund af oplysningerne i fit & proper-skemaet alene, må fit & proper-bestemmelsen blot anses som en nedre grænse for, hvilket erfaringsniveau der kan accepteres hos ledelsen i finansielle virksomheder. Der sondres heri ikke mellem kravene til bestyrelsen og direktionen. Det fremhæves dog i en afgørelse fra Finanstilsynet,¹⁵⁵ at der i praksis stilles større krav til direktionsmedlemmers erfaring, end der stilles til bestyrelsesmedlemmers.¹⁵⁶ En sådan sondring forekommer ikke overraskende, når der henses til de forskellige typer af opgaver, som de to ledelsesorganer er forpligtede til at varetage. Endvidere er det i afgørelsen anført, at der for direktører altid vil være krav om indsigt i finansielle virksomheders forhold, men der foreligger ingen uddybning heraf. Afgørelsen bidrager således ikke til indfortolkning af mere konkrete krav til kompetencer i fit & proper-bestemmelsen.

Corporate governance anbefalingerne fastslår, at det er blandt bestyrelsens væsentligste opgaver at ansætte en kompetent direktion samt at sikre, at direktionen fortsat udvikles.¹⁵⁷ For så vidt angår bestyrelsen anbefales det, at denne årligt beskriver, hvilke kompetencer den skal råde over for bedst muligt at kunne udføre sine opgaver, samtidig med at der årligt foretages en vurdering af, om der er områder, hvor medlemmernes kompetence og sagkundskab bør opdateres.¹⁵⁸ Det overlades således til bestyrelsen at sikre, at ledelsesmedlemmerne besidder de nødvendige kompetencer. Heller ikke Finansrådets vejledning til anbefalingerne forholder sig til, hvilke specifikke kompetencer ledelsesmedlemmerne skal besidde. Det fastslås blot, at bestyrelsen skal være sammensat på en sådan måde, at den besidder ”*alle relevante kompe-*

¹⁵² L175, FT 2009-10, Bemærkninger til de enkelte bestemmelser, Til § 1, nr. 11 (§ 64).

¹⁵³ Det er i den juridiske teori antaget, at der generelt ikke stilles krav om særlig sagkundskab for at varetage et bestyrelseshverv, jf. Andersen (2010), s. 483 og Dotevall (2008), s. 75

¹⁵⁴ Betragtningen er i overensstemmelse med Bechmann og Raaballe (2008), s. 4.

¹⁵⁵ Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010: Lov om finansiell virksomhed § 64, stk. 1 – manglende egnethed til at bestride stilling som direktør i skadesforsikringsselskab.

¹⁵⁶ L175, FT 2009-10, Bemærkninger til de enkelte bestemmelser, Til § 1, nr. 11 (§ 64).

¹⁵⁷ Anbefalinger for god Selskabsledelse (2011), afsnit 4.

¹⁵⁸ Anbefalinger for god Selskabsledelse, (2011), afsnit 5.1.1 og 5.2.2.

tencer i forhold til at lede en bank” og være ”en kvalificeret sparringspartner i forhold til direktionen”.¹⁵⁹ Anbefalingerne udgør dermed ikke et fyldestgørende bidrag til afklaring af kravenes nærmere indhold. Det fremgår alene, at ansvaret for et forsvarligt kompetenceniveau hos henholdsvis ledelsen påhviler bestyrelsen, hvilket betyder, at det overlades til bestyrelsen at foretage vurderingen af samt fastlægge niveauet for fornødne kompetencer og erfaring i relation til ansvarlig ledelse af banken.

Advokatundersøgelserne bidrager heller ikke nævneværdigt til en nærmere fastlæggelse af konkrete kompetencekrav, der eventuelt måtte gælde i sektoren, idet advokaterne i det væsentlige har afholdt sig fra behandling af dette spørgsmål. Der er alene fremført direkte kritik af ledelsernes kompetencer i undersøgelsen af Eik Bank. Det fremføres heri, at utilstrækkelige kompetencer var blandt de væsentligste årsager til bankens sammenbrud, men der foretages ingen dyberegående vurdering heraf.¹⁶⁰ I de øvrige undersøgelser er det udelukkende advokaternes udtalelser om særligt ledelsernes valg af risikofyldte vækststrategier, der indikerer advokaternes skepsis i forhold til ledelsernes kompetencer.¹⁶¹ Den sparsomme omtale heraf kan tale for at der ligeledes i praksis er usikkerhed omkring, hvilken betydning ledelsens kompetencer kan tillægges på baggrund af fit & proper-bestemmelsen.

Af ovenstående analyse må det konkluderes, at der stilles relativt få konkrete krav til ledelsens erfaring og kompetencer. Lovgivningens krav udgør alene formelle minimumskrav til ledelsesmedlemmernes økonomiske forhold, mens det som udgangspunkt overlades til det enkelte ledelsesmedlem at afgøre, hvorvidt dennes erfaring og kompetencer opfylder kravet om ”fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv”. De øvrige retskilder, soft law og advokatundersøgelser afdækker ikke yderligere konkrete kompetencekrav. Både soft law og advokatundersøgelserne fokuserer imidlertid i nogen grad herpå, hvilket indikerer, at ledelsens kompetencer bør tillægges betydning. At det overlades til ledelsesmedlemmerne at vurdere egen erfaring og kompetencer kan forekomme hensigtsmæssigt, når det antages, at de enkelte ledelsesmedlemmer har den bedste information herom. Imidlertid kan det være problematisk, at der ikke stilles klarere krav til hvilken erfaring og hvilke kompetencer, der anses for påkrævet af ledelsesmedlemmer i banker, da ledelsesmedlemmerne ikke nødvendigvis er i stand

¹⁵⁹ Anbefalinger for Finansrådets medlemsvirksomheder (2008), s. 4.

¹⁶⁰ Eik Bank, s. 5.

¹⁶¹ Se desuden afsnit 4.4.

til at foretage denne vurdering af egne kompetencer. De individuelle vurderinger kan være vidt forskellige, hvorfor der ikke er sikkerhed for et ensartet kompetenceniveau i bankledelserne. Samtidig kan det ikke afvises, at der formentlig kan være en tendens til vel optimistiske vurderinger af egne evner. Et problem i tilknytning hertil er, at potentielle ledelsesmedlemmer kan have incitament til at påtage sig hvervet på trods af, at disses erfaring og kompetencer er mangelfulde eller utilstrækkelige, hvilket må anses som uforsvarlig adfærd. Da der som udgangspunkt ikke foretages en dybdegående vurdering af det enkelte ledelsesmedlem, afsløres det ikke nødvendigvis, at den pågældende ikke besidder fornøden erfaring og kompetencer. Egne mål om eksempelvis prestige, anerkendelse og høj løn kan derfor give incitament til at påtage sig hvervet trods mangelfulde kompetencer. Har det erstatningsretlige ledelsesansvar ikke tilstrækkelig præventiv effekt, kan ledelsen således foranlediges til at påtage sig ledelseshvervet i forfølgelsen af egne interesser på bekostning af det samfundsmæssige mål om forsvarlig ledelse. Dette giver anledning til at overveje ledelsesansvarets præventive effekt og udformning, da ansvaret bør afholde potentielle ledelsesmedlemmer fra at påtage sig ledelseshvervet, såfremt de rette kompetencer ikke besiddes.

3.4 Bestyrelsens retningslinjer til direktionen

I afsnit 2.3.3 og 2.3.4 er henholdsvis bestyrelsens og direktionens primære ansvarsområder og opgaver gennemgået, herunder bestyrelsens fastlæggelse af retningslinjer for direktionens arbejde. Det fremgår heraf, at bestyrelsen skal udstikke retningslinjer for direktionen, som denne er forpligtet til at overholde. Endvidere er det bestyrelsens opgave at føre tilsyn med overholdelsen af disse retningslinjer. På trods af at denne ansvarsdeling ikke umiddelbart bør give anledning til tvivl, har praksis dog vist tilfælde af manglende overholdelse af disse pligter.

FIL § 70 er en bestemmelse, som særligt er blevet fremhævet i forbindelse med de mange bankers sammenbrud under den finansielle krise. Det fremgår af flere af de foretagne advokatundersøgelser, at advokaterne vurderer, at direktionerne har misbrugt de af bestyrelserne fastsatte retningslinjer og beføjelser, populært kaldet § 70-instrukser.¹⁶² Til trods for at disse § 70-instrukser som udgangspunkt har været udarbejdet korrekt og fyldestgørende af de pågældende bestyrelser, idet der *har* foreligget skriftlige retningslinjer vedrørende eksempelvis bevillingssager, har direktionsmed-

¹⁶² § 70-instrukser er i praksis endvidere set omtalt som bl.a. kreditinstrukser, direktionsinstrukser og ledelsesinstrukserne.

lemmer misbrugt de beføjelser, der heri var givet dem. Problemerne i flere af bankerne skyldes således ikke umiddelbart bestyrelsernes manglende fastsættelse af retningslinjer og beføjelser til direktionerne men derimod direktionernes uforsvarlige adfærd og misbrug af § 70-instrukserne. Dette kommer særligt til udtryk i advokatundersøgelserne, som beskriver utallige og gentagne tilfælde af direktionernes brug af såkaldte ”*presserende tilfælde*” i bevillingssager, der i realiteten har sat bestyrelsernes bevillingskompetence ud af drift. De fleste af de undersøgte bankers § 70-instrukser indeholdte en bemyndigelse fra bestyrelsen til direktionen, hvorefter direktionen i presserende tilfælde kunne foretage bevillinger udover de sædvanlige grænser.¹⁶³ I undersøgelsen af Løkken Sparekasse viste det sig, at ca. 60 % af de udlånssager, der i henhold til bestyrelsens retningslinjer henhørte under bestyrelsens bevillingskompetence, var benævnt ”*presserende tilfælde*”, hvorfor disse i realiteten blev bevilget af direktionen og ikke bestyrelsen.¹⁶⁴ For EBH Bank var anvendelse af § 70-instruksens beføjelser til direktionen i presserende tilfælde endnu mere udtalt, idet ca. 90 % af de udlån, der i 2007 og 2008 alene kunne bevilges af bestyrelsen grundet udlånenes størrelse, reelt blev bevilget af direktionen og først efterfølgende forelagt bestyrelsen som efterbevillingssager.¹⁶⁵ I Roskilde Bank blev mellem 40 % og 50 % af lånesagerne bevilget af direktionen eller bankens kreditudvalg som presserende sager i perioden 2002-2005.¹⁶⁶

Selvom bankernes direktioner ifølge advokatundersøgelserne i vidt omfang har misbrugt deres beføjelser og dermed sandsynligvis har pådraget sig erstatningsansvar, er det af den grund ikke selvfølgeligt, at bestyrelserne i disse tilfælde kan unddrage sig ansvar. Det må formodes, at bestyrelserne tillige kan gøres ansvarlige i det omfang, de har forholdt sig passive i forhold til at gribe ind over for direktionernes misbrug af deres beføjelser, idet bestyrelsen som bekendt har en tilsynspligt. Ansvarsspørgsmålet afhænger imidlertid også af, hvorvidt det kan sandsynliggøres, at bestyrelserne var bekendt med direktionernes dispositioner. Såfremt det findes bevist, at bestyrelserne i de pågældende banker har været vidende om direktionernes dispositioner, må besty-

¹⁶³ I Løkken Sparekasse var denne bemyndigelse eksempelvis formuleret således: ”Direktionen kan i presserende tilfælde, hvor bestyrelsens godkendelse ikke kan indhentes, foretage bevillinger, der bringer et engagement op over de i denne instruks nævnte maksimumbeløb. Sådanne bevillinger skal forelægges bestyrelsen på det førstkommande bestyrelsesmøde, dog senest 4 uger efter bevilling”, jf. Løkken Sparekasse, s. 17. Tilsvarende findes i flere andre advokatundersøgelser.

¹⁶⁴ Løkken Sparekasse, s. 12.

¹⁶⁵ EBH Bank, s. 78.

¹⁶⁶ Roskilde Bank, s. 24 f.

relserne ligeledes kunne drages til ansvar, da der er tale om en undladelse i forhold til en konkret handlepligt. I de tilfælde, hvor udlånene efterfølgende er forelagt bestyrelsen til efterbevilling, vil denne vanskeligt kunne frasige sig kendskab til den udbredte brug af presserende tilfælde. I undersøgelsen af EBH Bank udtaler advokaterne således, at de *”finder det kritisabelt, at bestyrelsen har accepteret denne praksis, der er fundamentalt i strid med kompetencefordelingen. Det er bankens bestyrelse, der har ansvaret for bevilling af bankens store udlån, og det er uforsvarligt, at bestyrelsen unddrager sig sit ansvar for sådanne bevillinger”*.¹⁶⁷ I Fionia Bank udgjorde de presserende bevillinger ca. 20 %, men til forskel fra de ovenstående tilfælde udtalte bestyrelsen i dette tilfælde kritik heraf, hvilket kan være medvirkende årsag til, at advokaterne i denne undersøgelse konkluderer, at der samlet set ikke vurderes at være grundlag for at gøre et ansvar gældende for bankens ledelse.¹⁶⁸

De nævnte advokatundersøgelser vidner om, at der i flere af de sammenbrudte banker har været en overdreven brug af § 70-instruksernes undtagelsesbestemmelse om bevillinger i presserende tilfælde, som de enkelte bankers bestyrelser ikke har grebet ind over for. På grundlag heraf kan der argumenteres for, at lovgivningen ikke har formået at virke tilstrækkeligt præventiv til at afholde bankernes direktioner fra et sådant misbrug og heller ikke har tilskyndet bestyrelserne til at gribe ind over for dette. Disse forhold tilskrives ifølge advokaterne en relevant andel i årsagerne til bankernes sammenbrud, og der kan således stilles spørgsmålstejn ved, om lovgivningen har været tilfredsstillende og har givet ledelserne de rette incitamenter. Som tidligere omtalt i afsnit 2.3.4 er der da også som følge af krisen sket en ændring af FIL § 70, men spørgsmålet er, om denne ændring har afhjulpet problemerne, så lignende tilfælde forhindres i fremtiden. Den nye udformning af § 70 er som beskrevet i vidt omfang blot udtryk for, hvad der allerede gjaldt i praksis, hvilket betyder, at den ikke umiddelbart skaber nye incitamenter for ledelserne, udover hvad der eventuelt må følge af, at kraven nu er tydeliggjort. Uklarhederne om disse krav er dermed reduceret, om end det må antages, at ledelserne også forud for lovændringen var opmærksomme på, at disse krav var omfattet af ledelsesansvaret.

Det interessante spørgsmål er, hvad der har ført til, at bankledelserne i udpræget grad har ignoreret overholdelsen af kravene. Det teoretiske udgangspunkt må være, at ledelsernes forventede omkostninger ved at ifalde erstatningsansvar for misbrug af §

¹⁶⁷ EBH Bank, s. 79.

¹⁶⁸ Fionia Bank, s. 19.

70-instruksen og manglende indgriben over for dette ikke har været tilstrækkeligt høje til at give incitament til overholdelse af lovgivningen. Ledelserne har tilsyneladende i stedet haft incitamenter til at handle opportunistisk og forfølge andre mål end de samfundsmæssige, som er søgt implementeret gennem lovgivningen. Det erstatningsretlige ledelsesansvar må derfor antages at savne præventiv effekt på dette område. I praksis har andre incitamenter været overskyggende, hvilket giver anledning til at overveje, hvorvidt bankledelserne i flere af de sammenbrudte banker har forfulgt mål om høj vækst på bekostning af forsvarlig ledelse. Dette er nærliggende at antage, idet vækst ifølge teorien typisk er forbundet med prestige, ansvar for flere ansatte og højere løn for ledelserne, hvilket i udpræget grad må siges at være overensstemmende med ledelsernes egne interesser set i et økonomisk perspektiv.¹⁶⁹ Et sådant mål om vækst er overordnet set ikke i strid med de samfundsmæssige mål, men en strategi om høj vækst på bekostning af forsvarlig ledelse er ikke samfundsmæssigt ønskværdigt. Mål om vækst skal altså afvejes over for målet om forsvarlig ledelse, hvilket forudsætter overholdelse af § 70-instrukserne og tilsyn med overholdelsen heraf. Mange af de banker, der har været genstand for advokatundersøgelser, har haft åbenlyse vækststrategier i årene forud for krisen, som der ikke, da disse blev introduceret, var anledning til at anfægte.¹⁷⁰ Bankernes vækststrategier har efter alt at dømme været direkte forenelige med ledelsesmedlemmernes egne interesser og derfor givet ledelserne stærke incitamenter til at forfølge disse strategier. Dette interessesammenfald har således resulteret i en eskalering af væksten, som ledelserne i sidste ende ikke har formået at styre konsekvenserne af.¹⁷¹ Incitamenterne til vækst har så at sige overskygget incitamenterne til at overholde lovgivningen, og ledelserne har ikke i tilfredsstillende omfang haft anledning til at afveje konsekvenserne af høj vækst i forhold til forsvarlig ledelse. Dette må betragtes som et tegn på, at det erstatningsretlige ansvar ikke har udgjort en i ledelsernes øjne tilstrækkelig afskrækkende trussel og dermed har savnet præventiv effekt. Dette kan antages at have øget risikoen for uforsvarlig

¹⁶⁹ Jf. afsnit 1.5.2.

¹⁷⁰ I undersøgelsen af EBH Bank var den høje udlånsvækst følge af en bevidst og offentliggjort strategi om at udvikle banken fra at være en lokal bank til at være "Bank nr. 2" for store erhvervskunder udenfor lokalområdet, jf. EBH Bank, s. 3. I undersøgelse af Roskilde Bank anføres det, at bankens vækststrategi var en bevist og målrettet strategi, der tiltrak mange nye kunder og resulterede i mange store og risikobetonede engagementer indenfor ejendomssektoren, jf. Roskilde Bank, s. 17.

¹⁷¹ Undersøgelsen af Løkken Sparekasse viser eksempelvis, at banken i perioden 2005-2008 havde en udlånsvækst på ca. 200 %. Finanstilsynet vurderede på baggrund af en undersøgelse i 2008, at sparekassens vækst i forretningsvolumen var vokset fra sparekassens organisation, hvilket indebar betydelig risiko for, at sparekassen kunne komme til at lide tab på sine forretninger, jf. Løkken Sparekasse, s. 4 og 23.

ledelse. Det bør derfor overvejes, om det erstatningsretlige ansvar med fordel kan ændres, så det tillægges større betydning i ledelsernes afgørelse af hvilke mål, der skal forfølges, samt på hvilken måde disse mål nås. Er det potentielle erstatningsretlige ansvar en væsentlig trussel i ledelsens bevidsthed vil dette også blive integreret i måden, hvorpå eksempelvis et mål om vækst søges opnået.

3.5 Kapitalberedskab og standsning

I relation til kapitalberedskabskravene, som er behandlet i afsnit 2.3.4.4, er det ved fastlæggelsen af ledelsens adfærdsnorm relevant at undersøge, hvornår der kan ifaldes ansvar for fortsættelse af virksomhedens drift, såfremt virksomheden er i økonomiske vanskeligheder. For de mange sammenbrudte banker er spørgsmålet, hvorvidt ledelserne tidligere end sket burde have indset at det var umuligt at drive bankerne videre. Spørgsmålet er relevant, såfremt en tidligere standsning af driften kunne have reduceret omfanget af tabene.

I tilfælde hvor en beslutning om fortsættelse af driften fører til bankens efterfølgende sammenbrud, må dette som udgangspunkt anses som et udtryk for, at kapitalberedskabet ikke var forsvarligt. Det afgørende i denne sammenhæng er, hvorvidt ledelsen burde have indset, at en videreførelse af banken var håbløs. Afgørelsen af hvorvidt fortsat drift er håbløs eller ej, beror imidlertid på et skøn, som ledelsen må foretage i den konkrete situation. I tilfælde hvor driften fortsættes, kan det ofte først efterfølgende afgøres, om beslutningen var forsvarlig, hvilket netop kendetegner det forretningsmæssige skøn.¹⁷² Grundlaget for ledelsens skøn på dette specifikke område og usikkerheden om kravene hertil har været genstand for omfattende behandling i retspraksis såvel som i teorien. Det skal derfor fastlægges, hvilke konkrete krav der kan stilles til bankledelsernes skøn. Det er ikke det faktum, at virksomheden ikke har den nødvendige kapital til rådighed, der fører til ansvar, men derimod at ledelsen ikke drager de nødvendige konsekvenser heraf og standser virksomhedens drift, såfremt en fortsættelse af driften er håbløs og kun vil medføre yderligere tab.¹⁷³ Kravene til ledelsens skøn afhænger blandt andet af, hvorvidt virksomhedens økonomiske vanskeligheder er kendt af omverdenen eller ej. Har omverdenen kendskab til virksomhedens situation, er marginen for ledelsens skøn bredere end i tilfælde, hvor det ikke står

¹⁷² Jf. afsnit 3.1.

¹⁷³ Neville og Sørensen (2009), s. 127.

klart, hvilken kritisk situation virksomheden befinder sig i.¹⁷⁴ Åbenhed omkring de økonomiske forhold gør det synligt for omverdenen, hvilke risici der er forbundet med at kontrahere med den pågældende virksomhed, hvilket skaber mulighed for at afholde sig fra kontrahering, såfremt risikoen vurderes for stor. Dette var argumentet fra de dissenterende dommere i UfR 1974.1005 H (Tjæreborg Huse), som tillagde det vægt, at sagsøger havde kendskab til de økonomiske vanskeligheder og til, at der var risiko forbundet med kreditgivning. På baggrund heraf mente disse dommere, at der burde ske nedsættelse af erstatningsbeløbet.¹⁷⁵ Tilsvarende blev af Højesteret gjort gældende i UfR 2002.2067 H (Hafnia). Det var i denne sag klart lagt frem, at virksomheden var i alvorlige økonomiske vanskeligheder, at den foretagne aktieemission var led i et forsøg på at genoprette selskabets økonomi, og at der på trods af kapitaltilførslen fortsat var en betydelig risiko for, at selskabet ikke kunne overleve. Der kunne på den baggrund ikke pålægges erstatningsansvar for aktionærernes efterfølgende tab ved selskabets konkurs.

For visse virksomheder kan omverdenens kendskab til virksomhedens økonomiske vanskeligheder medføre en risiko for forværring af situationen. For banker vil dette formentlig gøre sig gældende, idet offentlighedens kendskab til bankens usikre økonomiske situation kan udløse et såkaldt bankrun.¹⁷⁶ På baggrund af retspraksis kan det udledes, at der i tilfælde med konkret risiko for en forværring af virksomhedens økonomiske vanskeligheder ved omverdenens kendskab hertil kan overlades ledelsen en bredere skønsmargin på trods af den manglende åbenhed omkring forholdene. I UfR 1977.274 H (Havemann) havde bestyrelsen ikke handlet ansvarspådragende ved at lade virksomheden modtage varer købt på kredit, selvom virksomheden befandt sig i en meget vanskelig økonomisk situation, som endte med en beslutning om likvidation senere samme dag. Til trods for at fem dommere udtalte, at mulighederne for en videreførelse af selskabet måtte anses for yderst ringe, ansås bestyrelsen ikke for at have handlet ansvarspådragende. Det afgørende i denne dom var, at der *førtes seriøse forhandlinger*, og at en rekonstruktion dermed *ikke syntes helt udsigtsløs* på tidspunk-

¹⁷⁴ Werlauff (2010), s. 556.

¹⁷⁵ Flertallet stemte for at stadfæste landsrettens dom om frifindelse af bestyrelsesmedlemmerne.

¹⁷⁶ Bankruns er søgt afhjulpet gennem de særlige regler om indskydergaranti i banksektoren, der til en vis grænse sikrer, at indskyderne friholdes for tab. Til trods for indskydergarantien vil oplysninger om en banks økonomiske vanskeligheder dog formentlig skabe usikkerhed og svække tilliden til bankerne, hvilket alligevel kan føre til, at indskydere vil flytte deres indlån. Særligt i tilfælde hvor indskuddene overstiger 100.000 euro, og dermed ikke er dækket. Se endvidere afsnit 4.3.

tet for varernes levering.¹⁷⁷ Ledelsens skøn skal således foretages på et fornuftigt grundlag, hvor det kan forsvares, at alle muligheder for at drive virksomheden videre endnu ikke er udelukket.

Advokatundersøgelserne behandler primært årsagerne til bankernes sammenbrud og advokaterne udtaler sig således i de fleste tilfælde ikke om, hvorvidt driften burde have været standset tidligere i disse banker. Til gengæld fremhæves det i undersøgelsen af Roskilde Bank, at såfremt den administrerende direktør havde grebet ind tidligere, må det antages, at bankens tab ville være blevet langt mindre, ligesom det udtales, at en aktiv indgriben fra bestyrelsens side på et tidligere tidspunkt kunne have medvirket til at begrænse bankens samlede tab væsentligt.¹⁷⁸ En tilsvarende udtalelse kan findes i advokatundersøgelsen af EBH Bank.¹⁷⁹ I undersøgelsen af forholdene i Eik Bank fremføres det, at bankens direktion og bestyrelse var forpligtede til at følge bankens økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab til enhver tid var forsvarligt i forhold til bankens drift. Det vurderes, at ledelsen havde en pligt til at erkende bankens økonomiske situation og drage de fornødne konsekvenser heraf, hvilket ligeledes er i overensstemmelse med ovenfor anførte argumentation. Endvidere konkluderes det, at fortsættelse af bankens drift på et tidspunkt, hvor det burde stå ledelsen klart, at banken ikke kunne opfylde hverken solvenskravet eller det individuelle solvensbehov i FIL § 124, må anses som ansvarspådragende for ledelsen.¹⁸⁰ Ledelsen anses dermed for erstatningsansvarlig for tab, som banken har lidt fra det tidspunkt, hvor ledelsen burde have indset, at solvenskravene i lovgivningen ikke var opfyldt. Grænsen for, hvornår et ledelsesmedlem i en bank kan ifalde ansvar for ikke at påse henholdsvis sikre et forsvarligt kapitalberedskab, er dermed relativt skarp qua lovgivningens klare solvenskrav. Ansvar kan ifølge denne advokatundersøgelse læses direkte af lovens ordlyd, hvilket ikke er tilfældet for bestemmelserne i SEL. Bestemmelserne heri giver anledning til større usikkerhed grundet det skøn, som bestemmelserne lægger op til. Under forudsætning af, at domstolene erklærer sig enige i advokaternes vurdering af erstatningsansvaret i retssagen mod ledelsen i Eik Bank, fastlægger lovgivningen på dette område en relativt klar adfærdsnorm. Det ændrer imidlertid ikke på, at der tilsyneladende mangler incitament til at overholde bestemmelsen som led i forsvarlig varetagelse af ledelseshvervet, hvilket kan søges

¹⁷⁷ Werlauff (2010), s. 556.

¹⁷⁸ Roskilde Bank, s. 5 f.

¹⁷⁹ EBH Bank, s. 6 f.

¹⁸⁰ Eik Bank, s. 14.

løst gennem en ændring af ledelsesansvaret. Som i afsnit 3.4 kan argumentet om ledelsens forfølgelse af egne mål på bekostning af lovgivningens samfundsmæssige mål om forsvarlig ledelse atter fremføres. Det væsentligste incitament for opportunistiske adfærd må i denne sammenhæng antages at være ledelsernes forsøg på at undgå de negative omdømmeeffekter, som utvivlsomt vil følge af en banks sammenbrud. At have ledet en bank, som ikke har klaret sig igennem krisen, må alt andet lige føre til sådanne effekter. Ledelserne har derfor haft incitament til at fortsætte driften udover det tidspunkt, hvor det burde stå dem klart, at dette var håbløst, i håbet om bedring af bankens økonomiske situation.¹⁸¹ I den sammenhæng spiller ledelsens generelle optimisme ligeledes en væsentlig rolle, som ikke må undervurderes, på trods af at den ikke er rodfastet i økonomisk teori. Ledelserne har formentlig overvurderet egne evner i forhold til at lede bankerne igennem krisen og haft en for optimistisk tro på, at situationen ville vende. Dette er ikke i samfundets interesse, idet den fortsatte drift må anses som uforsvarlig ledelse og ifølge advokatundersøgelserne formentlig har ført til større økonomiske tab.

3.6 Delkonklusion

Af ovenstående analyse fremgår det, at udfyldning med de øvrige retskilder ikke afklarar alle de uklarheder om den gældende adfærdsnorm for ledelsesmedlemmer i banker, som lovgivningen efterlader. Dermed er der fortsat usikkerhed om adfærdsnormen. Hertil kommer, at der på baggrund af finanskrisen er set tilfælde, hvor bankledelserne har udvist opportunistisk adfærd, hvilket indikerer, at ledelsesansvaret er utilstrækkeligt til at disciplinere disse og savner præventiv effekt. Det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar konkluderes derfor i nogle tilfælde at have øget risikoen for uforsvarlig ledelse.

Problemerne omkring usikkerheden om adfærdsnormen skal delvist findes i det skønselement, som er indeholdt i flere af lovgivningens bestemmelser om ledelsens opgaver og pligter. Det fastslås indledningsvist, at adfærdsnormen giver ledelsen en vis fejlmargen under udøvelse af det forretningsmæssige skøn, når det forudsættes at skønnet er udøvet på et forsvarligt grundlag og i overensstemmelse med selskabets

¹⁸¹ Advokatundersøgelserne anfører i flere tilfælde, at årsrapporterne efter en samlet vurdering ikke har givet et retvisende billede af bankerne, jf. Løkken Sparekasse, s. 34 og EBH Bank, s. 51. Det kan i den forbindelse tilsvarende antages, at ledelserne har haft incitament til at nedtone og tilsløre de økonomiske vanskeligheder som led i at undgå negative omdømmeeffekter. De misvisende årsrapporter kan endvidere antages at skyldes frykten for at skabe generel usikkerhed om bankernes situation, hvilket kan vanskeliggøre mulighederne for overlevelse.

interesser. Dette eliminerer dog ikke usikkerheden om adfærdsnormen ved ledelsens udøvelse af skøn.

For så vidt angår det særlige krav til ledelsesstrukturen i banker, der fordrer uafhængighed mellem bestyrelsen og direktionen, konstateres det, at kravet ikke umiddelbart medfører en skærpelse af bestyrelsens tilsynspligt. Adfærdsnormen dikterer, at bestyrelsen skal være aktiv og tage ansvar for, at den modtager den nødvendige information, som sætter den i stand til at kontrollere direktionens arbejde i fornødent omfang, men indebærer ikke en pligt til at kontrollere og have indsigt i alle detaljer omkring bankens drift. Kravet til ledelsesstrukturen efterlader derfor fortsat en vis usikkerhed om adfærdsnormen i forhold til tilsynspligten.

Kravet til ledelsesstrukturen er heller ikke fundet at indebære en skærpelse af kravene til bestyrelsens sikring af den fornødne information som grundlag for forsvarlig varetagelse af den strategiske ledelse. Bestyrelsen er forpligtet til at sikre, at den modtager den information, der sætter den i stand til at udføre sit arbejde, men må i udgangspunktet kunne stole på, at den modtagne information er tilstrækkelig. For så vidt angår direktionen i banker er der et eksplicit krav til disses videregivelse af al relevant information til bestyrelsen, hvilket kan betragtes som et relativt strengt krav. På dette område efterlades der imidlertid også usikkerhed om adfærdsnormen som følge af det særlige krav til ledelsesstrukturen.

Det fremføres endvidere, at det særlige krav til bankledelsernes erfaring, der stilles i fit & proper-bestemmelsen, ikke har karakter af et tilstrækkeligt konkret krav, hvoraf adfærdsnormen i relation til bankledelsernes kompetencer kan udledes. Der kan alene udledes en nedre grænse for erfaringsniveau og formelle minimumskrav til ledelsesmedlemmernes økonomiske forhold. Det overlades i vidt omfang til ledelsesmedlemmerne at vurdere, om disse er i stand til at varetage hvervet. Fraværet af klare krav skaber usikkerhed om, hvorvidt ledelsen som en del af adfærdsnormen skal besidde særlige kompetencer og i givet fald hvilke.

Lovgivningens krav til udformning af retningslinjer er klar og efterlader dermed ingen tvivl om adfærdsnormen, idet bestyrelsens opgave er at udstikke disse retningslinjer, mens direktionen skal efterleve dem. I praksis er det imidlertid set, at retningslinjerne i vidt omfang er blevet misbrugt af direktionerne i bankerne, mens bestyrelserne ikke har grebet ind over for dette. Denne adfærd kan vanskeligt være et resultat af usikkerhed omkring adfærdsnormen men må ses som et udtryk for ledelsesmedlemmernes opportunistiske adfærd.

Lovgivningen stiller klare krav til kapitalberedskabet i banker og ledelsens rolle i sikringen heraf. Bestyrelsen er forpligtet til at påse, mens direktionen skal sikre, at virksomhedens kapitalberedskab er forsvarligt. Usikkerheden på dette område består imidlertid i, hvornår det må anses for uforsvarligt at fortsætte en banks drift, når den er i økonomiske vanskeligheder. Det konkluderes, at der for bankerne formentligt i langt mindre omfang end for øvrige virksomheder er tvivl om, hvornår standsning bør ske. Bankerne er underlagt et solvenskrav og et individuelt fastsat solvensbehov, hvis manglende opfyldelse må stille krav om standsning af bankens drift. Fortsættelse af driften efter dette tidspunkt er set i praksis og må dermed anses som opportunistisk adfærd i strid med adfærdsnormen.

De påpegede usikkerheder om adfærdsnormens indhold øger alt andet lige risikoen for uforsvarlig ledelse. Usikkerhed om adfærdsnormen gør det uklart, hvilken adfærd der ønskes fra samfundets side, og vanskeliggør efterlevelsen heraf. Dermed er det ikke muligt at styre ledelsens valg af adfærd gennem det gældende ledelsesansvar. Herudover viser praksis, at der på visse områder på trods af relativt klare regler er sket misbrug eller manglende overholdelse af reglerne. Der er således tale om direkte opportunistisk adfærd, hvor ledelsens forfølgelse af egne mål er gået forud for overholdelse af adfærdsnormen. Dette må ses som udtryk for, at ledelsesansvaret på disse områder ikke giver tilstrækkelige incitamenter til forsvarlig adfærd og savner præventiv effekt. For at de samfundsmæssige mål for sektoren kan opfyldes, bør der fokuseres på, at ledelsesansvaret udformes, så den præventive og disciplinerende effekt fremmes, og dermed sikrer, at bankerne ledes forsvarligt, hvorved risikoen for sammenbrud kan reduceres.

4 Særlige forhold i banksektoren

Som det fremgår af analyserne i de foregående kapitler, er det ikke muligt i alle detaljer at fastlægge indholdet af den gældende adfærdsnorm for ledelsesmedlemmer i banker med udgangspunkt i gældende ret. Det betyder, at der er usikkerhed om det fornødne agtpågivenhedsniveau, som et ledelsesmedlem skal iagttage for at efterleve kravet om forsvarlig ledelse, hvilket må føre til en svækkelse af ansvarets præventive effekt. Med afhandlingens fokus på netop den præventive effekt som afgørende for sikringen af forsvarlig ledelse af bankerne, kan de foretagne analyser formodentligt begrunde en ændring af det gældende ledelsesansvar. Hvorvidt der er grundlag for en sådan ændring må dog tillige bero på en analyse af de særlige forhold, som gør sig gældende i banksektoren, og adskiller bankerne fra andre virksomheder. Denne analyse skal afdække, hvorvidt disse forhold har påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse af bankerne. Det undersøges, i hvilket omfang det nugældende culpaansvar tager højde for de negative incitamentsvirkninger, som de særlige forhold kan medføre, så det sikres at ledelsesansvaret bidrager til effektivt at opfylde de samfundsmæssige mål for sektoren. Findes det i analysen, at disse forhold medfører uønskede incitamentsvirkninger, som kan have været medvirkende årsag til bankernes sammenbrud, bør der tages højde herfor i udformningen af et andet ledelsesansvar. Ansvar bør udformes, så det får en præventiv effekt, som sikrer, at bankledelserne handler med den fornødne agtpågivenhed og i overensstemmelse med samfundets interesser.

4.1 Bankernes ejerskabsstruktur

Det er i den økonomiske teori fremført, at ejerskabsstrukturer kan influere på ledelsen af virksomheder, idet aktionærernes disciplinering af ledelsen ud fra denne betragtning øges med koncentrationen heraf. Spørgsmålet er i denne henseende, hvorvidt der tegner sig et særligt mønster for ejerskabsstrukturerne i banksektoren, der kan begrunde den manglende disciplinering af mange bankledelser, som har vist sig under den finansielle krise.

Ifølge antagelsen om interessesammenfald mellem bankernes aktionærer og det omgivende samfund, anses aktionærerne for at disciplinere ledelsen på vegne af samfundet, når de udøver deres rettigheder til blandt andet at udpege og afsætte bestyrelsen.¹⁸² Ifølge en undersøgelse foretaget af Bechmann og Raaballe er danske banker

¹⁸² Jf. afsnit 1.5.2.

ofte karakteriseret ved organisationer med mange små aktionærer, dvs. spredt ejerskab,¹⁸³ modsat koncentreret ejerskab, der er karakteriseret ved få, store aktionærer. Det spredte ejerskab er særligt udbredt i børsnoterede danske banker i forhold til andre børsnoterede virksomheder, idet alene 7 % af bankerne ultimo 2007 havde en kontrollerende aktionær, og kun 34 % havde en storaktionær.¹⁸⁴ De tilsvarende tal for de øvrige virksomheder var henholdsvis 66 % og 90 %.¹⁸⁵ Denne tendens inden for banksektoren kan formentlig delvist begrundes i FIL § 13, stk. 2,¹⁸⁶ der indeholder et forbud mod deling af aktiekapitalen i aktieklasser med forskellig stemmевærdi. Der findes således en lovgivningsmæssig hindring for, at aktionærer via differentieret stemmевærdi kan opnå større kontrol og indflydelse i banker, som ikke eksisterer for andre virksomheder.¹⁸⁷ Det spredte ejerskab er imidlertid et problem i forhold til det fra teorien velkendte principal-agent problem, hvorefter ledelsen ikke ubetinget vil handle i aktionærernes interesse, når overvågning og kontrol ikke er muligt, men i stedet vil have incitamenter til at forfølge egne interesser. Problemet opstår på grund af free rider-problematikken, ifølge hvilken ingen aktionær har den fornødne ejerandel og dermed tilstrækkeligt incitament til disciplinering af ledelsen under spredt ejerskab. Omkostningerne forbundet med overvågning og kontrol kan ikke udlignes af den gevinst, som den enkelte aktionær vil opnå herved, da gevinsten deles med de resterende aktionærer. Kun under koncentreret ejerskab vil aktionæren opnå en gevinst, der opvejer ressourceforbruget ved overvågning og kontrol, hvilket skaber incitament til at bruge ressourcer på at disciplinere ledelsen. På baggrund af Bechmann og Raaballes resultater kan det derfor antages, at bankledelserne generelt har et større råderum end ledelserne i andre børsnoterede virksomheder. Dermed adskiller i hvert fald de børsnoterede banker sig fra andre virksomheder, idet der kan antages at være en mere udbredt mangel på disciplinering af bankledelserne pga. det spredte ejerskab. Praksis peger på, at dette kan have været tilfældet i Roskilde Bank. I under-

¹⁸³ Dvs. at alle aktionærer hver især besidder under 5 % af stemmerne i aktieselskabet.

¹⁸⁴ En kontrollerende aktionær er pr. definition en aktionær, der besidder mere end 20 % af stemmerne, mens en storaktionær pr. definition besidder mere end 5 % af stemmerne.

¹⁸⁵ Bechmann og Raaballe (2008), s. 7 f.

¹⁸⁶ Ifølge bemærkningerne til bestemmelsen ved ændringen af FIL som følge af reformen af SEL er det anført, at formålet med bestemmelsen er at forhindre, at aktionærer, der kun er i besiddelse af beskeden kapital, kan dominere en finansiell virksomhed, jf. L 171, FT 2008-09, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 8, Til nr. 13.

¹⁸⁷ Det formodede rationale bag reglen i FIL § 13, stk. 2, må være, at den potentielle skadevirkning ved tilstedeværelsen af en dominerende aktionær, betragtes som en større trussel mod sikringen af forsvarlig bankledelse end den potentielle skadevirkning ved tilstedeværelse af en magtfuld ledelse uden disciplinering fra aktionærernes side.

søgelsen af bankens forhold er det af advokaterne fremhævet, at bestyrelsen havde undladt at gribe ind over for en selvstændig og stærk administrerende direktør, der i det store og hele havde fri adgang til at drive banken på den måde, han ville.¹⁸⁸ Antallet af aktionærer i banken voksede i perioden 2005-2007 fra 26.122 til 32.543 aktionærer, hvoraf ingen på noget tidspunkt ejede mere end 5 % af aktiekapitalen og dermed ej heller besad mere end 5 % af stemmerne.¹⁸⁹ Dette kan ses som et udtryk for, at ingen aktionær har haft mulighed for eller umiddelbar interesse i at udøve den nødvendige indflydelse på bestyrelsen, som kunne disciplinere bestyrelsen til at gribe ind over for den egenrådige direktør i banken. Den manglende disciplinering fra aktionærenes side kan antages generelt at have været medvirkende årsag til, at ledelserne i flere af de sammenbrudte banker har haft mulighed for at handle i egne interesser og forfølge optimistiske vækststrategier på bekostning af forsvarlig ledelse.¹⁹⁰

Det spredte ejerskab i bankerne og antagelsen om den heraf følgende mangel på disciplinering af bankledelserne medfører, at ledelserne har større mulighed for at handle i egne interesser, som afviger fra samfundets interesser. Dette stiller alt andet lige større krav til udformningen af ledelsesansvaret i banksektoren, idet ansvaret på den baggrund i særlig grad bør medvirke til, at ledelsen disciplineres. Det må dog holdes for øje, at det gældende ledelsesansvar udfyldes af adfærdsnormen, som løbende tilpasses og dermed definerer, hvad der på et givent tidspunkt anses for uforsvarlig ledelse. Det må derfor ikke negligeres, at det gældende ledelsesansvar allerede i et vist omfang har en præventiv og disciplinerende effekt, som giver bankledelserne incitament til forsvarlig ledelse på trods af manglende aktionærdisciplinering. Den usikkerhed, der imidlertid er forbundet med det nærmere indhold af culpaansvarets adfærdsnorm, kan dog svække denne disciplinering.¹⁹¹ Det kan derfor ikke udelukkes, at disciplineringen af ledelsen med fordel kan gøres mere eksplicit gennem en anden udformning af ledelsesansvaret. Den præventive effekt bør dermed tillægges endnu større vægt, så ledelsen tilskyndes til at handle forsvarligt, hvilket kan reducere risikoen for uforsvarlig ledelse og sammenbrud i banksektoren i fremtiden.

¹⁸⁸ Roskilde Bank, s. 67

¹⁸⁹ Aktiekapitalens fordeling på aktionærer i Roskilde Bank, var ifølge årsrapporterne i perioden 2005-2007 som følger: 2005: 26.122 aktionærer, hvoraf ingen ejer mere end 5 % af aktiekapitalen. 2006: 29.380 aktionærer, hvoraf ingen ejer mere end 5 % af aktiekapitalen. 2007: 32.543 aktionærer, hvoraf ingen ejer mere end 5 % af aktiekapitalen.

¹⁹⁰ Jf. afsnit 3.4.

¹⁹¹ Jf. afsnit 2.4 og 3.6

4.2 Bankernes risikoprægede aktiviteter

Den væsentligste del af bankernes virksomhed består i påtagelsen af risici, hvilket skyldes, at bankernes aktiviteter typisk er forbundet med usikkerhed.¹⁹² Dette øger behovet for særlige krav til ledelsens ansvar for at forhindre tilskyndelse til overdreven risikotagning. Påtagelsen af risici gør sig især gældende i forbindelse med bankernes udlånsvirksomhed, der er en af sektorens kernefunktioner, idet udlån er uløseligt forbundet med risiko for manglende tilbagebetaling.¹⁹³ En af årsagerne til at denne kreditrisiko kan have betydning for udformningen af det erstatningsretlige ledelsesansvar er, at eventuelle tab ligger i fremtiden, og dermed først realiseres på længere sigt. Dette kan påvirke ledelsens incitamenter til overdreven udlånsvirksomhed på kort sigt grundet forfølgelse af egne interesser.¹⁹⁴ Problematikken består grundlæggende i, at bankens indtægter ligger før udgifterne. Ved udlånsvirksomhed modtager banken ved lånets etablering gebyrer, mens der på længere sigt modtages renter og eventuelt løbende gebyrer. Udover de omkostninger der må afholdes til kreditvurdering af låntager, vil omkostninger i form af et potentielt tab derimod først opstå på længere sigt, såfremt låntager viser sig ude af stand til at tilbagebetale som aftalt.¹⁹⁵ Bankledelser kan dermed fristes til at acceptere for store kreditrisici, hvis fokus lægges på de kortsigtede gevinster, mens risikoen for tab på længere sigt negligeres. Særligt store udlånsengagementer udgør en alvorlig risiko for bankerne, da manglende tilbagebetaling i disse tilfælde kan have fatale konsekvenser. Advokatundersøgelserne vidner om, at flere af bankernes vækststrategier er gennemført ved høj udlånsvækst i store engagementer primært inden for ejendomsbranchen. Roskilde Bank har eksempelvis lidt meget væsentlige tab på store udlånsengagementer til erhvervskunder indenfor ejendomsbranchen. De ti største nedskrivninger i 2008, der androg 2.246 mio. kr. af de samlede nedskrivninger i perioden på 3.578 mio. kr., vedrører sådanne engagementer.¹⁹⁶ I EBH Bank androg 14 ejendomsrelaterede engagementer 2,4 mia. kr. af bankens samlede udlån i 2008 på godt 6 mia. kr.¹⁹⁷ Der var i disse tilfælde tale

¹⁹² Baldvinsson et al. (2005), s. 280.

¹⁹³ Jf. Mülbert (2010), s. 10, der beskriver den direkte proportionale sammenhæng mellem bankers profit og udlånsvirksomhed.

¹⁹⁴ Jf. afsnit 1.5.2.

¹⁹⁵ Østrup (2010), s. 94.

¹⁹⁶ Roskilde Bank, s. 5 og 10.

¹⁹⁷ EBH Bank, s. 3 og 16

om en høj risiko koncentreret på få engagementer, som ledelsen burde have reageret på.¹⁹⁸

I modsætning til banker er der for andre virksomheder oftest betydelige udgifter forbundet med etablering og iværksættelse af nye aktiviteter. Det være sig omkostninger til eksempelvis forskning, undersøgelse af potentielle markeder, finansiering eller produktion. Indtægterne, som aktiviteten forventes at generere, viser sig først på længere sigt, hvorfor det formodes, at der fra ledelsernes side udvises større tilbageholdenhed i forhold til iværksættelse af sådanne aktiviteter, såfremt usikkerheden om de fremtidige indtægter er for stor. Dermed opstår risikorelaterede problemer ikke i samme omfang, som tilfældet kan være i banker. Den særegne tidsmæssige fordeling af indtægter og omkostninger ved bankernes udlånsvirksomhed kan således skabe incitament til øget risikovillighed blandt bankledelserne, såfremt der fokuseres på de kortsigtede indtægter frem for de eventuelle tab på længere sigt.¹⁹⁹ Som nævnt i afsnit 2.3.4.4 findes der dog allerede omfattende regulering, som skal sikre, at bankernes kapitalgrundlag er tilstrækkeligt i forhold til de påtagne risici, og som har til formål at foregribe og forhindre bankledelsernes uforsvarlige adfærd gennem overdreven risikotagning. Kapitaldækningsreglerne i FIL har således primært fokus på at stille sikkerhed for indskydere og andre kreditorer gennem styring og kontrol med bankernes risici. Særligt reglerne om basiskapital, der stiller to krav til bankernes kapital, solvenskravet og minimumskapitalkravet, betragtes som betydningsfulde i forhold til sikring af de forskellige kapitalindskydere.²⁰⁰ Endvidere findes der i den finansielle lovgivning høje krav til selskabskapitalen, herunder krav til størrelse og fuld indbetaling, der er væsentligt mere omfattende end de tilsvarende regler i selskabslovgivningen.²⁰¹ Kapitaldækningsreglerne bidrager i vidt omfang til fastlæggelse af adfærdsnormen. På trods heraf har den finansielle krise vist, at sådanne regler ikke er tilstrækkelige til at afværge uhensigtsmæssig adfærd fra bankledelsernes side. Det særlige forhold at ledelserne i banksektoren alt andet lige har større incitament til at

¹⁹⁸ Advokaterne finder det i denne forbindelse ansvarspådragende, at bestyrelserne havde undladt at fastsætte grænser for bankernes maksimale eksponering på enkeltengagementer inden for ejendomsbranchen og på den samlede eksponering af større enkeltengagementer, jf. EBH Bank, s. 80 f.

¹⁹⁹ Det kan hævdes at tidshorisonten i mange virksomheder generelt er blevet forkortet som følge af øget jobmobilitet, hvor medarbejdere sjældent bliver en lang årrække i samme stilling, jf. Østrup (2010), s. 95.

²⁰⁰ Jensen et. al (2010) s. 69.

²⁰¹ Jf. FIL §§ 7, stk. 8 og 13, stk. 1. Det gælder således, at banker skal have en aktiekapital på minimum 8 mio. euro, som tillige skal være fuldt indbetalt – modsat kravet til almindelige virksomheder, jf. SEL §§ 4 og 33, stk. 1.

påføre virksomheden risiko gennem risikable udlån, afhjælpes tilsyneladende ikke i nødvendigt omfang af disse regler. Flere af de foretagne advokatundersøgelser peger på, at en stor udlånsvækst i kombination med for dårlig creditsagsbehandling har været nogle af de væsentligste årsager til bankernes sammenbrud. I undersøgelsen af Roskilde Bank peger advokaterne på en høj risikoprofil, herunder høj udlånsvækst, samt mangelfuld håndtering af creditsager og dårlig kreditkultur, som to af de væsentligste årsager til bankens sammenbrud.²⁰² Samme årsager er fremhævet i de resterende advokatundersøgelser, hvilket indikerer, at ledelserne i praksis har fokuseret på de kortsigtede gevinster og dermed negligeret den risiko, der var forbundet med udlånsvæksten.²⁰³ Det skal endvidere indgå i betragtningen, at ledelsernes incitamenter til den overdrevne risikotagning kan være påvirket af konjunkturer. Forud for krisen gik en periode med højkonjunktur og udpræget optimisme i samfundet, hvilket kan have forstærket ledelsernes tilbøjelighed til at lade bankerne påtage sig for store risici, da vækst og opsving kan fjerne fokus fra realistiske mål.²⁰⁴ I kombination med den særlige tidsmæssige fordeling af indtægter og udgifter kan dette have forstærket bankledelsernes risikotagning i negativ retning. Så længe der er vækst og overskud, er der mindre fokus på størrelsen af de påtagne risici. Ledelsesansvaret bør igennem sin præventive effekt fastholde fokus på forsvarlig ledelse. Dette har ikke været tilfældet i praksis, hvorfor den præventive effekt må anses for utilstrækkelig.

4.3 Indskydergarantiordningens betydning for risikoen

I relation til risiko og ledelsesansvar er det desuden relevant at tage højde for den særlige indskydergaranti, som er en særegen lovreguleret foranstaltning i banksektoren. Det er karakteristisk for banksektoren, at denne er sårbar i forhold til indskydernes tillid, idet svigtende tillid kan føre til såkaldte *bankruns*. Kundernes placering af indlån i bankerne er som udgangspunkt baseret på en tillid til, at de som indskydere til hver en tid kan trække deres indskud ud uden risiko for tab. Omvendt er kunderne i rollen som låntagere garanteret en afbetalingsperiode, der bevirker, at bankerne ikke på samme måde kan kræve udlånene tilbagebetalt fra dag til anden. Denne diskrepans mellem ind- og udlån kan i krisetider få vidtrækkende konsekvenser for bankerne i form af likviditets- og solvensproblemer, såfremt indskyderne mister tilliden til, at

²⁰² Roskilde Bank, s. 11.

²⁰³ Løkken Sparekasse, s. 4, EBH Bank, s. 2, Fionia Bank, s. 4, Capinordic Bank, s. 7, Eik Bank, s. 6, Gudme Raaschou Bank, s. 4.

²⁰⁴ Jf. UfR 2011B.275.

bankerne kan tilbagebetale indskuddene. Sådanne negative forventninger kan føre til bankruns, hvor indskyderne ser sig nødsaget til at trække deres indskud ud af banken af frygt for, at banken ikke vil være i stand til at tilbagebetale dem i fremtiden. Dette vil i første række føre til, at bankerne tvinges til at kræve førtidig indfrielse af udlån. Samtidig vil bankerne være nødsaget til at udvise tilbageholdenhed i forhold til nye udlån, hvilket betyder, at det bliver sværere for nye potentielle låntagere at opnå finansiering. På længere sigt vil dette føre til faldende økonomisk aktivitet, hvilket påvirker hele samfundsøkonomien i negativ retning.²⁰⁵ Pga. frygten for sådanne vidtrækkende konsekvenser er der indført en indskydergarantiordning, som sikrer bankernes indskydere tilbagebetaling af deres indlån op til en grænse på 100.000 euro. Alle banker bidrager til indskydergarantifonden, og risikoen for tab overvæltet således i vidt omfang på bankerne i fællesskab.²⁰⁶ I perioden fra 5. oktober 2008 til 30. september 2010 var der som konsekvens af krisen tilmed indført en særlig ordning, hvor staten ubegrænset garanterede samtlige indlån i bankerne.²⁰⁷ I forlængelse af reglerne om indskydergaranti kan der imidlertid opstå negative effekter i forhold til ledelsernes adfærd. Indskydergarantien kan give bankledelserne incitament til at lade bankerne påtage sig større risici gennem mere risikable udlån. Gevinsten ved et sådant succesfuldt udlånsarrangement vil tilfalde banken, mens tabene ved et fejlslagne udlånsarrangementer med sammenbrud til følge hovedsagligt bæres af Staten og de andre banker gennem indskydergarantifonden. Ræsonnementerne bag denne argumentation er beskrevet af Bechmann og Raaballe,²⁰⁸ som anfører, at indskydere dækket af en ubegrænset indskydergaranti ikke vil kræve en højere indlånsrente som følge af en banks mere risikable udlån, idet indskyderne er garanteret dækning af eventuelle tab gennem indskydergarantien.²⁰⁹ I forlængelse heraf fremfører Bechmann og Raaballe, at det er mere fordelagtigt for bankerne at udlåne til risikable kunder frem for sikre kunder, da dette genererer et større overskud. Bankledelserne mister på baggrund heraf deres incitamenter til at handle forsvarligt og til at afholde sig fra overdreven

²⁰⁵ Finansrådet - Bankerne og vækst: <http://www.finansraadet.dk/tal--fakta/bankernes-betydning-i-samfundet/bankerne-og-vaekst.aspx>

²⁰⁶ Jf. §§ 3, 4 og 9 i bekendtgørelse af lov om en garantifond for indskydere og investorer nr. 133 af 22. februar 2011 med senere ændringer.

²⁰⁷ Bekendtgørelse af lov om finansiell stabilitet nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer.

²⁰⁸ Bechmann & Raaballe (2008), s. 5.

²⁰⁹ Det forudsættes altså, at indskyderne opnår fuld dækning for tab, hvilket var tilfældet på tidspunktet for Bechmann og Raaballes undersøgelse. Argumentationen kan i forhold til de nuværende regler alene fuldt ud gøres gældende, såfremt der er tale om indskud på maksimalt 100.000 euro. Dette må således antages at gælde en væsentlig del af de private indskydere, mens billedet er et andet for indskydere i form af andre banker på interbank-markedet, hvis indskud er af en anden størrelsesorden.

risikotagning. De negative incitamentsvirkninger kan opstå som følge den asymmetriske information, der består mellem de enkelte banker og Staten, herunder Finanstilsynet,²¹⁰ som bl.a. skal sikre, at bankerne ikke påtager sig for store risici. På trods af at der søges en udligning af informationsasymmetrien gennem regler om tilsyn og offentliggørelse af visse oplysninger, er det praktisk talt umuligt for Finanstilsynet at opnå samme information om bankerne og disses aktiviteter, som bankledelserne besidder. Bankledelserne gives i kraft af indskydergarantordninger incitament til at udnytte den asymmetriske information gennem overdreven risikotagning, hvilket er et typisk tilfælde af moral hazard. Reduktion af risikoen for bankruns gennem etablering af indskydergarantiordninger sker således på bekostning af disciplinering af ledelsen med øget risiko for overdreven risikotagning til følge. Sådanne negative effekter taler for, at ledelsesansvaret i banker muligvis bør differentieres fra det almindelige ledelsesansvar. Med en indskydergaranti er der behov for en foranstaltning, som kan forhindre ledelserne i at udnytte informationsasymmetrien og dermed pådrage bankerne for store risici. Den nugældende indskydergarantiordning med et loft på 100.000 euro kan begrænse problemet men ikke forhindre ledelsernes overdrevne risikotagning fuldt ud.²¹¹ Ledelsesansvaret bør derfor modvirke incitamenterne hertil og dermed reducere risikoen for uforsvarlig ledelse. Som beskrevet i afsnit 4.2 har ledelsesansvaret i praksis ikke forhindret påtagelse af høj risiko i bankerne, hvilket indikerer, at ledelsesansvaret savner præventiv effekt.

4.4 Bankernes komplicerede virksomhedsområde

Det bør endvidere overvejes om bankvirksomhed i dag må betragtes som et særligt kompliceret og svært gennemskueligt virksomhedsområde, der kræver specifikke kompetencer fra ledelsens side, og som dermed kan begrunde en anden udformning af ledelsesansvaret. Bankernes aktiviteter bliver stadig mere komplekse, ikke mindst i kraft af flere og flere diversificerede finansielle produkter og tjenesteydelser, hvilket alt andet lige øger kompleksiteten på dette virksomhedsområde.²¹² Denne udvikling indikerer et stigende behov for at stille krav til ledelsernes faglige forudsætninger for

²¹⁰ Jf. afsnit 4.5 om Finanstilsynets rolle og opgaver.

²¹¹ En begrænsning af indskydergarantien giver indskyderne incitament til at kræve en højere indlånsrente af bankerne, såfremt deres indskud overstiger loftet på 100.000 euro, idet indskyderne dermed risikerer at lide tab. Endvidere giver loftet på indskydergarantien incitament til i højere grad at overvåge bankerne og deres risikoeksponering. Disse forhold vil reducere ledelsens incitament til overdreven risikotagning.

²¹² KOM (2010) 284, s. 12.

at bestride hvervet som ledelsesmedlemmer i denne sektor. Der findes naturligvis også andre erhvervssektorer, hvis aktiviteter vedrører meget teknisk komplicerede områder eller stiller krav om høj grad af specialisering, som ligeledes kan begrunde særlige krav til ledelsens kompetencer. Erkendelsen af at banksektoren adskiller sig fra andre erhvervssektorer ses dog allerede i kraft af den detaljerede særlovgivning på området, der må betragtes som udtryk for, at der er tale om en for hele samfundet særligt betydningsfuld sektor. Den omfattende regulering kan imidlertid også anskues som en erkendelse af bankernes særligt komplicerede virksomhedsområde, som nødvendiggør sådanne indgribende regler. De mange regler gør ikke just gør området mindre kompliceret eller uoverskueligt, hvilket alt andet lige stiller yderligere krav til ledelserne. Spørgsmålet er, hvorvidt der i banksektoren bør kræves en dybere forståelse for og viden om det pågældende forretningsområde for at sikre, at ledelsen kan varetage sine opgaver tilfredsstillende.

Til støtte for den fremførte argumentation om at bankvirksomhed er et særligt kompliceret område, som kræver særlige kompetencer hos ledelsesmedlemmerne, er der i OECD-regi foretaget en undersøgelse på baggrund af den finansielle krise. Denne undersøgelse har påpeget, at der kan sættes spørgsmålstejn ved, hvorvidt bestyrelserne i flere banker på verdensplan har været i stand til at overskue og forstå virksomhedernes aktiviteter og risici.²¹³ Samme synspunkter er fremført af Kommissionen i deres grønbog, ”Corporate Governance i finansielle institutioner og aflønningspolitik”.²¹⁴ Heri er det anført, at bestyrelserne har manglet evner til at forudse, forstå og i sidste ende kontrollere de risici, som bankerne stod over for. Dette blandt andet på grund af mangel på fornøden teknisk ekspertise til at anfægte og sætte spørgsmålstejn ved de af direktionen foreslåede retningslinjer eller konklusioner.²¹⁵ Disse påstande må betragtes som en klar indikation af, at der er tale om et særligt kompliceret virksomhedsområde, hvorfor det bør overvejes at stille krav særligt til bestyrelsens kompetencer. Endvidere er det i OECD-rapporten anført, at der ses en tendens til, at bestyrelsesmedlemmer i banker ofte mangler erfaring inden for det finansielle virksomhedsområde.^{216 217} Sådanne tendenser kan føre til yderligere bekymringer omkring

²¹³ Kirkpatrick (2009), s. 19.

²¹⁴ KOM (2010) 284.

²¹⁵ Ibid., s. 6.

²¹⁶ Kirkpatrick (2009), s. 22.

²¹⁷ Denne tendens må antages ligeledes at gøre sig gældende for så vidt angår bestyrelsesmedlemmer i danske banker, idet det af Finanstilsynets praksis fremgår, at der stilles større krav til direktionsmedlemmernes erfaring og indsigt i finansielle virksomheders forhold, jf. afsnit 3.3.

bestyrelsesmedlemmernes evne til at overskue og forstå bankernes aktiviteter og risici samt konsekvenserne heraf. Tilsvarende påstande er gjort gældende i advokatundersøgelserne af de danske banker. Det påpeges eksempelvis i advokatundersøgelsen af Løkken Sparekasse, at det ved en undersøgelse foretaget i 2008 var Finanstilsynets vurdering, at ledelsen manglede overblik over en del af sparekassens forretningsområde og de risici, som var forbundet hermed.²¹⁸ Endvidere anføres det i undersøgelsen af Eik Bank, at utilstrækkelige kompetencer var blandt de væsentligste årsager til bankens sammenbrud.²¹⁹ Bemærkningerne viser, at der i al fald på baggrund af krisen er fokus på ledelsens kompetencer i bankerne i forhold til at varetage forsvarlig drift. Det fremgår imidlertid ikke i undersøgelsen af Eik Bank, hvorvidt de utilstrækkelige kompetencer henføres til bestyrelsen og/eller direktionen eller tillige de øvrige medarbejdere. Utilstrækkelige medarbejderkompetencer må dog i det væsentlige falde tilbage på ledelsen som øverst ansvarlig for banken. Overordnet kan der imidlertid argumenteres for, at problemerne omkring manglende kompetencer er mest udtalte for bestyrelsesmedlemmer, som ligeledes er genstand for undersøgelsen i OECD-rapporten og Kommissionens grønbog. Det skyldes, at der som udgangspunkt fra direktionens side må forudsættes et langt mere indgående kendskab til og viden om forretningsområder, lovgivning, produkter, risikostyring mv. i kraft af, at denne skal varetage den daglige ledelse. Til støtte herfor kræves der, som tidligere beskrevet, også i praksis større erfaring fra direktionsmedlemmer end fra bestyrelsesmedlemmer i banker.²²⁰ Bestyrelsen befinder sig så at sige et led længere væk fra den centrale og daglige ledelse, hvilket naturligt må medføre relativt mindre krav til dennes viden om sådanne forhold. Det er på baggrund heraf en vanskeligere opgave at fastlægge, hvad der med rimelighed kan kræves af bestyrelsens viden og kompetencer inden for det pågældende virksomhedsområde. Det må blot konstateres, at der er fundet et behov for i stigende grad at sikre og kontrollere, at bestyrelsesmedlemmerne har de faglige forudsætninger, som sætter disse i stand til at forstå og vurdere konsekvenserne af deres dispositioner. Bestyrelsen bør således kunne forstå bankens aktiviteter og hermed forbundne risici i et sådant omfang, at der træffes forsvarlige beslutninger på et oplyst og kompetent grundlag. Dette har ud fra advokatundersøgelserne at dømme ikke været tilfældet for indtil flere bestyrelsesmedlemmer. Undersøgelserne vidner om

²¹⁸ Løkken Sparekasse, s. 23.

²¹⁹ Eik Bank, s. 5.

²²⁰ Jf. afsnit 3.3.

iværksættelse af vækststrategier gennem store og risikofyldte udlånsengagementer inden for særligt risikable sektorer, herunder ejendoms- og pantebrevssektoren. Sådanne strategier kan på baggrund af erfaringerne fra krisen anses som strategiske fejlgreb fra bestyrelsernes side og kan antages at være en følge af utilstrækkelige kompetencer og manglende evne til at overskue konsekvenserne heraf.²²¹ I undersøgelsen af EBH Bank fremhæver advokaterne, at bankens vækstpolitik og den valgte fokusering på fast ejendom og pantebreve i sig selv indebar en betydelig risiko for tab, da fast ejendom betragtes som en cyklisk branche, der er stærkt konjunkturfølsom, og erfaringsmæssigt fra tid til anden har været udsat for betydelige udsving.²²² Dette burde bestyrelserne helt naturligt have været opmærksomme på og stillet sig kritiske over for.

Der kan på baggrund af ovenstående argumenteres for, at bankvirksomhed bør betragtes som et kompliceret virksomhedsområde, hvilket med rimelighed kan begrunde, at der stilles særlige krav til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer for at sikre tilfredsstillende og forsvarlig varetagelse af ledelseshvervet. I tilknytning hertil kan det diskuteres, hvorvidt det gældende ledelsesansvar med culpa som ansvarsgrundlag allerede tager højde for dette i tilfredsstillende omfang, når henses til de samfundsmæssige mål for sektoren. Da culpanormen indebærer krav om opfyldelse af en bestemt adfærdsnorm, kan der som udgangspunkt siges at ligge et implicit kompetencekrav heri. Ifølge culpanormen må det anses for uforsvarligt at påtage sig hvervet som ledelsesmedlem, såfremt det står klart, at kompetencerne hertil er utilstrækkelige set i forhold til virksomhedsområdets kompleksitet. Med udgangspunkt i culpanormen hævder Dotevall, at der ikke eksisterer et krav om særlig branchekendskab for ledelsesmedlemmer. Der stilles alene et krav om, at bestyrelsesmedlemmer skal besidde en generel evne til at sætte sig ind i selskabets virksomhed eller evne til at engagere sig i et sådant omfang, at disse er i stand til uden udefrakommende hjælp at forstå de *normale begivenheder* i selskabets virksomhed.²²³ Der må imidlertid kræves mere af ledelsen, når de såkaldte normale begivenheder i sig selv må betragtes som særligt komplicerede og komplekse, hvilket netop er tilfældet inden for banksektoren. Dotevalls generelle betragtninger om indholdet af det gældende ledelsesansvar giver således ikke desto mindre anledning til at overveje, om der med fordel kan udformes mere specifikke

²²¹ Rasmussen (2010), s. 26.

²²² EBH Bank, s. 3.

²²³ Dotevall (2008), s. 75.

kompetencekrav til ledelserne i banksektoren grundet det komplicerede virksomhedsområde.

I forhold til banksektoren stiller lovgivningen som beskrevet en lang række krav til både bankerne som helhed og til disses ledelser. For så vidt angår ledelserne opstiller lovgivningen et konkret krav til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed i fit & proper-bestemmelsen. Den reelle betydning og rækkevidde af fit & proper-bestemmelsen kan dog diskuteres, idet den efter alt at dømme i hovedsagen har karakter af en rent formel bestemmelse, der fastsætter et absolut minimum for, hvad der kan forlanges af ledelsesmedlemmer i banksektoren.²²⁴ Bestemmelsens udmøntning i praksis fører således ikke umiddelbart til en afdækning af ledelsesmedlemmernes faktiske kompetencer og faglige forudsætninger.

Med udgangspunkt i ovenstående diskussion må banksektoren betragtes som et særligt kompliceret virksomhedsområde, hvilket stiller krav til ledelsernes kompetencer. Det er imidlertid fundet, at den gældende adfærdsnorm, herunder fit & proper-bestemmelsen, ikke er tilstrækkelig til at sikre, at ledelsen har de nødvendige kompetencer til at varetage forsvarlig ledelse. Dette medfører, at inkompetente ledelsesmedlemmer, såvel potentielle som aktuelle, hverken afskæres eller afholdes fra at påtage sig eller besidde ledelseshvervet. I lyset af de samfundsmæssige mål om at reducere risikoen for sammenbrud gennem forsvarlig ledelse må dette betragtes som uensigtsmæssigt. Den finansielle krise viser, at denne negative incitamentsvirkning ikke afhjælpes af det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar. Klarere kompetencekrav til ledelsesmedlemmerne i sektoren bør ifølge teorien resultere i, at personer, der ikke har den nødvendige erfaring og kompetencer, vil afholde sig fra at påtage sig ledelseshvervet i banker, da disse ikke kan leve op til adfærdsnormen. Dette giver anledning til at overveje en anden udformning af ledelsesansvaret.

4.5 Tilsyn med banksektoren

Endnu et forhold, som har betydning for ledelsernes incitamenter og dermed for, hvordan ledelsen af bankerne varetages, er det særlige tilsyn, som føres med sektoren. Den finansielle lovgivning er som tidligere beskrevet et middel til sikring af forsvarlig drift af banker, så sammenbrud og tab undgås. For at disse mål kan nås, må det sikres, at lovgivningen reelt overholdes. Dette sikres gennem et lovhjemlet tilsyn, som varetages af Finanstilsynet, hvis opgave er på et risikobaseret grundlag at overvåge, at de

²²⁴ Jf. afsnit 3.3.

finansielle virksomheder drives inden for lovgivningens rammer. Etableringen af et sådant tilsyn skal desuden fremme den finansielle stabilitet samt tilliden til de finansielle virksomheder og markeder.²²⁵ Tilsynet er en særlig foranstaltning i den finansielle sektor, som ikke findes tilsvarende i andre erhvervssektorer.

Tilsynsopgaven varetages dels ved gennemgang af bankernes løbende indberetninger, dels ved egentlige undersøgelser hos bankerne.²²⁶ På baggrund af disse undersøgelser udarbejdes redegørelser, som skal offentliggøres på bankernes og Finanstilsynets hjemmeside.²²⁷ Undersøgelserne kan føre til iværksættelse af tilsynsreaktioner som omfatter påbud, påtaler, risikooplysninger, tvangsbøder og politianmeldelser. De hyppigst anvendte er risikooplysninger, som skal henlede en banks opmærksomhed på, at denne har en særlig forøget risiko på et område, uden at der foreligger en lovovertrædelse. Også påbud om berigtigelse af forhold som måtte være i strid med lovgivningen eller påbud om udarbejdelse af en redegørelse for bankernes økonomiske stilling og fremtidsudsigter benyttes i udpræget grad.²²⁸ Sådanne påbud om redegørelser for bankernes forhold er særligt relevant i tilfælde, hvor Tilsynet allerede har givet risikooplysninger, og hvor der dermed er grund til at antage, at bankernes økonomiske situation peger i retning af, at disse kan få problemer i fremtiden.²²⁹ Endvidere kan Tilsynet påbyde en bank at foretage nødvendige foranstaltninger, såfremt bankens økonomiske stilling er forringet i en sådan grad, at indskydernes interesser er i fare, eller der er en betydelig risiko for, at bankens økonomiske stilling udvikler sig således, at denne vil miste sin tilladelse.²³⁰ Tilsynet har desuden beføjelser til at påbyde banker at afsætte en direktør eller påbyde et bestyrelsesmedlem at nedlægge sig hverv, såfremt den pågældende ikke opfylder de krav, der stilles til et ledelsesmedlem.²³¹ På baggrund af den finansielle krise har Finanstilsynet tillige fået udvidede beføjelser på en række områder, idet der er åbnet mulighed for Tilsynets fastsættelse af nærmere regler omkring indholdet af bestyrelsens forretningsorden, bestyrelsens forpligtelser samt bankernes virksomhedsstyring.²³² Disse tiltag skal styrke tilsynets

²²⁵ Finanstilsynet (2011), s. 8.

²²⁶ Jf. FIL § 346, stk. 1 og Jensen et al. (2010) s. 106.

²²⁷ Bekendtgørelse om finansielle virksomheders og investeringsforeningers m.v. pligt til at offentliggøre Finanstilsynets vurdering af virksomheden og investeringsforeningen m.v. nr. 1240 af 16. december 2011.

²²⁸ Jf. FIL § 349.

²²⁹ Jensen et al. (2010), s. 107.

²³⁰ Jf. FIL § 350.

²³¹ Jf. FIL § 351, stk. 1 og 2, jf. § 64. Jf. endvidere afsnit 2.3.2.

²³² Jf. hhv. FIL § 65, stk. 2, FIL § 70, stk. 5 og FIL § 71, stk. 2.

rolle. Overordnet set er Finanstilsynet altså en myndighed, som løbende er med til effektivt at sikre, at bankerne følger de krav, som lovgivningen opstiller, herunder forsvarlig ledelse og drift af bankerne. Såfremt dette ikke er tilfældet, kan der gribes ind i det omfang de ovenstående beføjelser tillader det, så risikoen for sammenbrud i sektoren reduceres.

Tilsynets overvågning af bankerne må antages at have en disciplinerende virkning på bankledelserne. Det faktum at Tilsynet vil gribe ind i henhold til sine beføjelser, såfremt det konstateres, at en bank ikke drives i overensstemmelse med reglerne, må alt andet lige påvirke ledelsens adfærd og incitament. Den umiddelbare hensigt med Finanstilsynets tilstedeværelse må altså være disciplinering af bankledelserne til at drive bankerne i overensstemmelse med lovgivningen og dermed på forsvarlig vis. Krisen har imidlertid vist, at den disciplinerende effekt i nogle tilfælde er udeblevet. Advokatundersøgelserne vidner om bankledelsernes letsindige forhold til Finanstilsynets risikoplysninger og påbud. Flere af advokatundersøgelserne peger klart i retning af, at gentagne påbud fra Finanstilsynet reelt ikke er blevet efterlevet i bankerne. I undersøgelsen af Roskilde Bank er det således fremhævet, at Finanstilsynet allerede ved den ordinære undersøgelse i 2005 gav banken en række påbud og risikoplysninger, hvor opmærksomheden henledtes på flere forhold vedrørende bedre styring af bankens risici, som efterfølgende vurderes at have været blandt de væsentligste årsager til bankens sammenbrud. I de følgende år foretog Finanstilsynet yderligere undersøgelser, som førte til flere påbud og risikoplysninger. Tilsynet havde således i flere år været bekendt med bankens forhold og kreditrisici, men banken formåede at holde Finanstilsynet hen indtil bankens sammenbrud i august 2008.²³³ Dette var tilsyneladende muligt grundet Tilsynets begrænsede beføjelser og ringe muligheder for yderligere indgriben. Ledelsen angav i samarbejde med revisionen, at Tilsynets påbud blev efterlevet, hvorfor Tilsynet for det første ikke havde grundlag for at anfægte, at banken i det væsentlige ikke blev drevet inden for lovens rammer. For det andet havde Tilsynet tillige benyttet sine beføjelser til at henlede ledelsen på de påtagne risici gennem risikoplysninger, hvorfor mulighederne for indgreb i det væsentligste var udtømt. Finanstilsynets indsats var dermed ikke tilstrækkelig til at forhindre, at banken kom i problemer.²³⁴ Tilsvarende hændelsesforløb er set i flere af de sammenbrudte banker. Af advokatundersøgelsen af Løkken Sparekasse fremgår det, at Finanstil-

²³³ Roskilde Bank, s. 30 ff.

²³⁴ Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank, s. 25.

synet på baggrund af deres ordinære undersøgelse af sparekassen i starten af 2008 konstaterede flere væsentlige forhold, der førte til en lang række påbud.²³⁵ Det fremgår ligeledes af advokatundersøgelsen af Eik Bank, at Tilsynet løbende havde advaret ledelsen om bankens høje risikoprofil.²³⁶

På baggrund af advokatundersøgelserne må det konstateres, at Tilsynets risikoplysninger og påbud ikke har haft tilstrækkeligt disciplinerende virkning, idet ledelserne tilsyneladende ikke har haft incitament til at udvise en sådan forsvarlig adfærd, som i det hele taget kunne forhindre Tilsynets indgriben. Ledelserne har givetvis heller ikke haft incitament til at efterkomme Tilsynets risikoplysninger og påbud i tilstrækkelig grad. Det kan i forlængelse heraf overvejes, om Tilsynets tilstedeværelse sågar har haft direkte negative incitamentsvirkninger. Visse forhold tyder på, at ledelserne muligvis er blevet foranlediget til at indtage en tilbagelænet holdning til deres opgaver i forventning om, at Finanstilsynet formentlig ville gribe ind, såfremt risikoprofilen blev for høj.²³⁷ Antages dette at være tilfældet, har ledelserne haft incitament til i et vist omfang at fralægge sig ansvaret for vurderingen af niveauet for bankens passende og forsvarlige risikoprofil.

Erkendelse af ovenstående problemer indikerer, at Tilsynets beføjelser tilsyneladende har haft begrænset effekt. Alternativt at der har hersket andre interesser blandt ledelsesmedlemmerne, som har haft overskyggende incitamentsvirkninger. Advokatundersøgelserne giver indtryk af, at bankledelserne har handlet i egne interesser og i nogen grad negligeret Tilsynets indgreb. Det er på baggrund heraf blevet klart, at der har været et akut behov for en styrkelse af Tilsynets beføjelser, hvilket blev iværksat i 2009 med Bankpakke 2.²³⁸ Der blev således fra lovgivers side anvendt nye midler i forsøget på at give Tilsynets beføjelser med en større disciplinerende effekt gennem indførelse af reglerne om Tilsynets pligt til at offentliggøre redegørelser om Tilsynets undersøgelser af bankerne. Formålet med disse regler er utvivlsomt at skærpe Tilsynets disciplinerende virkning ved at drage fordel af de omdømmeeffekter, der opstår ved offentliggørelse af bankernes forhold. Rationalet bag lovændringen har givetvis været, at ledelserne i højere grad vil have incitament til at gøre, hvad der står i deres magt for at undgå Finanstilsynets risikoplysninger og påbud grundet de negative

²³⁵ Løkken Sparekasse, s. 19 ff.

²³⁶ Eik Bank, s. 12.

²³⁷ Betragtningen er i overensstemmelse med Jensen i UfR 2011B.275.

²³⁸ Lov om statsligt kapitalindskud i kreditinstitutter nr. 67 af 3. februar 2009. Nu bekendtgørelse af lov om statsligt kapitalindskud i kreditinstitutter nr. 876 af 15. september 2009 med senere ændringer.

omdømmeeffekter, som kan afledes heraf. Disse omdømmeeffekter må alt andet lige antages at veje tungt efter finanskrisen, hvor den generelle tillid til den finansielle sektor generelt er svækket, og hvor et indgreb fra Tilsynets side ofte tillægges stor opmærksomhed fra det omgivende samfund. For de enkelte ledelsesmedlemmer må omdømme ligeledes antages at spille en væsentlig rolle, hvorfor Tilsynets beføjelser til at afsætte direktionsmedlemmer og påbyde bestyrelsesmedlemmer deres afgang bør give disse incitament til at handle forsvarligt. Hvorvidt disse tiltag har løst problemet omkring Tilsynets begrænsede evne til at disciplinere ledelserne ligger fortsat hen i det uvisse. Det vil kun tiden vise. I første omgang er det nu overladt til domstolene at træffe afgørelse om erstatningsansvar for de ledelser, mod hvem der efter bankens sammenbrud er gjort et ansvar gældende. Domstolene skal dermed sætte en standard for vægtingen af Tilsynets indgreb i forhold til dette erstatningsansvar. At ledelsernes opmærksomhed i udpræget grad er blevet henledt på de forhold, der har givet anledning til Tilsynets indgreb, må umiddelbart forventes at være en skærpende omstændighed ved ansvarsbedømmelsen.²³⁹ Tilsynet må herigennem antages at have en indirekte disciplinerende effekt på ledelserne, som må give incitamenter til forsvarlig ledelse. Det må dog i forlængelse heraf tages med i betragtningen, at Finanstilsynet overvåger en lang række banker, hvorfor det er umuligt at sikre fuld indsigt i alle. Samtidig er Tilsynet i vidt omfang afhængig af oplysninger fra bankerne selv. Dermed gøres tilsynsvirksomhedens effektivitet afhængig af bankledelsernes vilje til at levere pålidelige og relevante oplysninger. Der er således ingen garanti for, at ethvert kritisabelt forhold opdages af Finanstilsynet, hvilket kan medføre en svækkelse af incitamenterne til forsvarlig adfærd. Ledelsen kan i stedet få incitament til at forfølge egne interesser og mål, hvilket ikke er samfundsmæssigt optimalt.

På baggrund af ovenstående betragtninger kan det konstateres, at Finanstilsynet ikke har haft den disciplinerende virkning som var tilsigtet, hvilket har ført til, at Tilsynet nu er givet yderligere beføjelser. Dette forventes dog ikke alene at kunne sikre forsvarlig adfærd, hvorfor ledelsesansvarets præventive effekt er af stor betydning som led i at reducere risikoen for uforsvarlig ledelse.

²³⁹ Jf. afsnit 3.2.1, hvor det fremhæves Finanstilsynets påbud og risikooplysninger skærper kravene til ledelsens adfærd.

4.6 Konjunkturernes indvirkning på bankernes virksomhed

Konjunkturer er en faktor, som kan have stor indflydelse på bankerne og spiller en væsentlig rolle for bankernes virksomhedsvilkår. Det er derfor et forhold, der er nødvendigt at behandle i relation til ledelsesansvaret. Højkonjunkturer kan foranledige ledelsen til uforsvarlig adfærd, idet gunstige markedsvilkår kan bevirke, at denne adfærd ikke nødvendigvis medfører tab. Dette kan dog have fatale konsekvenser, når konjunkturerne pludselig vender, som det skete under den aktuelle krise. Omvendt kan pludselige konjunkturedgange forårsage uforudsete tab, som ikke umiddelbart kan tilskrives ledelsens adfærd. I flertallet af advokatundersøgelserne vurderes det i overensstemmelse hermed, at eksterne faktorer i form af negativ udvikling på ejendomsmarkedet samt på penge- og aktiemarkedet, dvs. den globale finanskrisen, har haft en væsentlig andel i bankernes sammenbrud.²⁴⁰ Konjunkturedgange påvirker naturligvis ikke alene bankerne men også andre virksomheder. For banker vil konjunkturedgange alt andet lige medføre tab på udlån, idet nogle låntagere ikke vil kunne overholde deres tilbagebetalingsforpligtelse over for banken. For andre virksomheder viser konjunkturedgange sig oftest gennem fald i efterspørgslen, hvilket hænger sammen med, at samfundet præges af en generel tilbageholdenhed, hvor husholdninger og virksomheders planlagte investeringer udskydes, hvorved finansieringsbehovet i samfundet mindskes. Efterspørgslen efter lån og dermed bankernes indtjening falder som konsekvens heraf. Den generelt faldende efterspørgsel forstærker dermed de negative konsekvenser for bankerne, som konjunkturedgange medfører. Samtidig udviser bankerne ofte tilbageholdenhed med udlån til de husholdninger og virksomheder, som rent faktisk efterspørger lån.²⁴¹ Dette skyldes generel usikkerhed omkring økonomiens fremtidige udvikling og dermed kundernes tilbagebetalingsevne. Endvidere kan bankerne have svært ved at finansiere de udlån, der efterspørges. Svigtende tillid de finansielle virksomheder imellem kan medføre, at det bliver vanskeligt for bankerne at finansiere sig gennem interbank-markedet i ind- og udland, da bankerne vil udvise tilbageholdenhed i forhold til indbyrdes likviditetsudveksling, når der er en forventning om, at der ikke kan opnås fuld tilbagebetaling.²⁴² En sådan situation, hvor interbank-markedet fastfryses, kan føre til samme effekter som angivet ovenfor, idet samfundsøkonomien går i stå, når bankerne ikke kan finde den fornødne kapital til at

²⁴⁰ Eksempelvis EBH Bank, s. 2.

²⁴¹ Finansrådet - Bankerne og vækst: <http://www.finansraadet.dk/tal--fakta/bankernes-betydning-i-samfundet/bankerne-og-vaekst.aspx>

²⁴² Bechmann og Raaballe (2008), s. 3 f.

foretage de udlån, der er behov for. Dette har netop været kendetegnende for den aktuelle krise.

På baggrund af ovenstående betragtninger er påstanden derfor, at konjunkturudsving påvirker bankerne i højere grad end andre virksomheder. Konjunkturudsving er imidlertid et forhold, som bankledelserne ikke kan påvirke. Det er naturligvis ledelsens ansvar, at banken har en rimelig buffer, så den kan modstå de konjunkturudsving, der er en del af de vilkår, som bankerne såvel som alle andre virksomheder driver virksomhed under. Den aktuelle krise tegner dog et billede af, at det i praksis kan være vanskeligt fuldt ud at overskue og forudse, hvor vidtrækkende konsekvenser konjunkturerne kan have. Det vil derfor ikke være rationelt at pålægge ledelsen et erstatningsansvar for tab forårsaget af sådanne konjunkturudsving. Det gældende ledelsesansvar forudsætter da også, at der er årsagssammenhæng mellem den uforsvarlige adfærd og det opståede tab. Ledelsen vil derfor som udgangspunkt ikke blive pålagt ansvar for tab forårsaget af konjunkturer men stilles alene til ansvar for de forhold, som de har faktisk indflydelse på og med rimelighed kan forventes at forhindre. En forudsætning for, at ledelserne alene pålægges ansvar for deres uforsvarlige adfærd, er imidlertid, at domstolene er i stand til klart at skelne mellem tab forårsaget heraf og tab forårsaget af konjunkturer. Dette kan imidlertid være vanskeligt. Problemet er, at der i praksis ofte er en kombination af årsager til tabet, hvilket ligeledes påpeges i advokatundersøgelserne. I undersøgelsen af Løkken Sparekasse er det af advokaterne eksempelvis anført, at disse ikke ser sig i stand til at kvantificere, hvor stor en del af sparekassens tab, der er forårsaget af de skadevoldende personers handlinger og undladelser.²⁴³ Domstolene vil stå over for en tilsvarende vanskelig opgave i vurderingen heraf. For ledelsen opstår der dermed en risiko for at blive pålagt ansvar for tab, som reelt ikke er forårsaget af deres adfærd. På den ene side kan dette resultere i, at ledelsen vil udvise tilbageholdenhed grundet risikoen for at blive pålagt ansvar for tab forårsaget af konjunkturedgange. Bankerne vil muligvis afslå udlån til projekter, som rent faktisk er fornuftige, hvilket kan fastholde samfundsøkonomien i en økonomisk krise i længere tid. På den anden side kan ledelsen få incitament til at handle i egne interesser og dermed uforsvarligt, da der opstår en mulighed for, at ledelsen på trods af

²⁴³ Løkken Sparekasse, s. 59.

uforsvarlig adfærd ikke vil ifalde erstatningsansvar, fordi tabet fejlagtigt tilskrives konjunkturedgange.²⁴⁴

På baggrund af ovenstående må det fastslås, at konjunkturer kan have væsentlig betydning for ledelsens adfærd og kan bevirke, at det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar enten får en overdrevet præventiv virkning eller helt mangler denne. Disse betragtninger må derfor holdes for øje ved en anden udformning af ledelsesansvaret, da konjunkturerne kan påvirke risikoen for uforsvarlig ledelse.

4.7 Delkonklusion

Som det fremgår af analysen i dette kapitel, eksisterer der en række forhold i banksektoren, som markant adskiller bankerne fra andre virksomheder. Bankernes varetagelse af en række kernefunktioner i samfundet har ført til et behov for omfattende særlovgivning, og det er i forlængelse heraf spørgsmålet, om de særlige forhold i banksektoren er af en sådan karakter, at de ligeledes kan begrunde et særligt ledelsesansvar i banker. Spørgsmålet må besvares ud fra en vurdering af, i hvilket omfang det gældende culpaansvar tager højde for de negative incitamentsvirkninger, som disse forhold kan medføre, og dermed hvorvidt de har medvirket til at øge risikoen for uforsvarlig ledelse i bankene.

Det første særlige forhold, som er fremhævet, er bankernes spredte ejerskab, som giver ledelserne mulighed for at handle i egne interesser. Det skyldes manglende disciplinering fra bankernes aktionærer, hvilket giver ledelserne større magt og et større råderum. Culpaansvarets uklare adfærdsnorm gør samtidig det gældende ledelsesansvar utilstrækkeligt som disciplinerende instrument, der kan afhjælpe den manglende disciplinering fra aktionærernes side.

Et andet særligt forhold er, at en væsentlig del af bankernes virksomhed er karakteriseret ved risikoprægede aktiviteter. Aktiviteternes særegne karakter kan give bankledelserne incitament til overdreven risikotagning, hvilket er begrundet i ledelsernes forfølgelse af egne kortsigtede mål om gevinster og vækst uden hensyntagen til den modsvarende større risiko for tab på længere sigt. Lovgivningens forsøg på at afhjælpe dette gennem særlige regler om kapitaldækning har i praksis vist sig utilstrækkeligt, og det gældende ledelsesansvar afhjælper dermed tilsyneladende ikke ledelsens incitamenter til overdreven risikotagning.

²⁴⁴ Jf. afsnit 1.5.2.

Et tredje forhold, som er særligt for banksektoren, er indskydergarantiordningen, som er begrundet i hensynet til reduktion af risikoen for bankruns. Det er anført, at der med en sådan ordning opstår problemer med asymmetrisk information, som ligeledes foranlediger ledelsen til overdreven risikotagning. Dette er problematisk, da det som nævnt ovenfor er set i praksis, at det gældende ledelsesansvar ikke modvirker overdreven risikotagning.

For det fjerde er det gjort gældende, at bankvirksomhed udgør et særligt kompliceret virksomhedsområde, som kræver særlige kompetencer fra ledelserne, idet inkompetente ledelser generelt øger risikoen for sammenbrud gennem øget risiko for strategiske fejlgreb. I forlængelse heraf er det fundet, at fit & proper-bestemmelsen ikke i nødvendigt omfang sikrer mod sådan inkompetence fra ledelsernes side, og at bestemmelsen dermed ikke udfylder adfærdsnormen på en måde, så det sikres, at bankledelserne har de rette kompetencer til at varetage ledelsen af bankerne forsvarligt.

Et femte særligt forhold er tilsynet med banksektoren, som varetages af Finanstilsynet. Tilstedeværelsen af et sådant særligt tilsyn har ikke medført den disciplinering af bankledelserne, som kunne forventes, hvilket har ført til nye tiltag, som har givet Finanstilsynets flere beføjelser. Disse beføjelser forventes dog ikke alene at kunne sikre forsvarlig ledelse, hvorfor en forbedring af ledelsesansvarets præventive effekt fortsat bør overvejes.

Det sjette og sidste forhold, der i særlig grad påvirker banksektoren, er konjunkturerne. Disse udgør en ekstern faktor, som ledelserne ikke kan påvirke, men som både har indflydelse på ledelsernes adfærd og risikoen for banksammenbrud. Højkonjunkturer kan i sig selv medføre uforsvarlig ledelse. Ved konjunkturedgange opstår der risiko for, at ledelsen pålægges ansvar for tab, der ikke skyldes uforsvarlig adfærd, eller omvendt at der ikke ifaldes ansvar, hvor ledelsens adfærd reelt har forårsaget tabet. Culpaansvaret får da enten en overdreven præventiv virkning eller savner helt denne, hvilket ikke er samfundsmæssigt optimalt.

Samlet set giver de særlige forhold i banksektoren med rette anledning til overvejelser om hensigtsmæssigheden af det gældende culpaansvar. Culpaansvaret afhjælper ikke de negative incitamentsvirkninger, som de særlige forhold i sektoren medfører, hvilket er uhensigtsmæssigt, når disse er med til at øge risikoen for uforsvarlig ledelse. Ledelsesansvaret bør i højere grad sikre en bestemt adfærd i form af forsvarlig ledelse, så de samfundsmæssige mål for banksektoren kan nås.

5 Optimering af ledelsesansvaret i banker

På baggrund af de mange danske bankers sammenbrud, som i det væsentlige kan henføres til ledessvigt, må det med rette overvejes, om der bør gælde et særligt erstatningsansvar for bankledelser. Analyserne i kapitel 2-4 understøtter dette. Det er fundet, at uklarheder omkring adfærdsnormen skaber usikkerhed for ledelserne, samtidig med at praksis viser tilfælde af opportunistisk adfærd. Særlige forhold i banksektoren giver ledelserne uhensigtsmæssige incitamenter og indikerer, at det gældende ledelsesansvar i banksektoren er utilstrækkeligt i forhold til at disciplinere ledelsen i overensstemmelse med de samfundsmæssige mål. Sammenbruddene i banksektoren kan som anført skyldes en kombination af flere faktorer, men væsentligt er det, at ledelsesansvaret ikke har haft den præventive og disciplinerende effekt, som formodningen tilsagde forud for krisen. Det gældende ledelsesansvar har dermed påvirket risikoen for uforsvarlig ledelse i de danske banker, og bør derfor udformes, så det i højere grad sikres, at bankledelserne får de rette incitamenter til at lede bankerne forsvarligt. Der gives i dette kapitel forslag til optimering af ledelsesansvaret. Indledningsvist opsummeres de teoretiske og faktiske forhold, som danner baggrund for kritikken af culpaansvaret, og som bør være i fokus, så ledelsesansvaret i højere grad kan bidrage til opnåelse af de samfundsmæssige mål for sektoren.

5.1 Kritik af det gældende culpaansvar

Culpaansvarets usikkerhed om indholdet af adfærdsnormen medfører en uforudsigelighed, som ifølge teorien kan føre til, at ledelserne vælger et for højt agtpågivenhedsniveau for at reducere risikoen for at ifalde ansvar. Dette kan medføre, at ledelserne sætter strengere krav og rammer for bankernes virksomhed, end lovgivningen reelt kræver, eller ligefrem afholder sig fra at gennemføre visse aktiviteter som følge af usikkerheden omkring de ansvarsmæssige konsekvenser, hvis aktiviteterne viser sig at være tabsgivende. Ledelserne vil således afholde sig fra at ”gå til stregen”, fordi det er vanskeligt at fastlægge, hvor den går.²⁴⁵ Dermed kan ledelsesansvaret få en så udpræget præventiv effekt, at det reelt er til skade for bankerne og i sidste ende tillige for samfundet, idet fornuftige og efficiente aktiviteter ikke gennemføres. Det må anses som en uhensigtsmæssig konsekvens af ledelsesansvarets udformning, at ledelsen kan

²⁴⁵ Shaumburg-Müller og Werlauff (2008), s. 140.

foranlediges til at vælge et for højt agtpågivenhedsniveau.²⁴⁶ Disse konsekvenser er imidlertid af teoretisk karakter og er ikke umiddelbart genkendelige, når henses til praksis i de banker, som er brudt sammen under finanskrisen. Det kan dog ikke afvises, at ledelserne i de øvrige banker, som ikke har lidt sammenbrud, har valgt et for højt agtpågivenhedsniveau. Ledelserne i de sammenbrudte banker har imidlertid udvist for lav agtpågivenhed. I nogle tilfælde har der endda været tale om direkte opportunistisk adfærd. Ifølge teorien kan denne adfærd skyldes, at ledelserne på grund af begrænsede personlige aktiver har erkendt at være *judgment proof*. Dette kan være et relevant argument, når henses til størrelsen af de tab, som de aktuelle sammenbrud har medført. Ledelsens begrænsede aktiver udvander dog ikke fuldstændigt incitamentet til forsvarlig ledelse, da erstatningskravet stadig vil have betydelige økonomiske konsekvenser. Teorien fremfører som en anden årsag til ledelsernes uforsvarlige adfærd, at disse ikke har forventet, at adfærden vil resultere i et tab, som de vil blive gjort erstatningsretligt ansvarlige for. Den lange periode med højkonjunktur, som gik forud for finanskrisen, kan have øget sandsynligheden for denne forventning hos bankledelserne.²⁴⁷ De gunstige markedsvilkår har muligvis ført til bankernes høje risikoprofiler og optimistiske vækststrategier, og det generelt herskende positive syn på den samfundsøkonomiske udvikling har således ledt til uforsvarlig adfærd hos bankledelserne. Den direkte opportunistiske adfærd, der er set i praksis, må begrundes i, at det gældende ledelsesansvar savner tilstrækkelig præventiv effekt, hvorved ledelsernes incitamenter til forfølgelse af egne mål bliver overskyggende.

Ledelsernes uforsvarlige adfærd formodes endvidere at hænge sammen med de særlige forhold, som præger banksektoren, og som på forskellig vis øver negativ indflydelse på incitamenterne til forsvarlig adfærd, som det gældende culpaansvar ikke formår at afhjælpe. En styrkelse af ledelsesansvarets præventive effekt kan umiddelbart opnås gennem en ændring af ansvarsgrundlaget til et objektivt ansvar eller alternativt et præsumptionsansvar. Objektivt ansvar er udtryk for en betydelig ansvarsskærpelse, idet der ifaldes ansvar for tab uanset, at dette ikke er forvoldt forsætligt eller uagtsomt. Den skadevoldendes agtpågivenhedsniveau tillægges således ingen vægt, idet der ifaldes ansvar for selv hændelige tab.²⁴⁸ Et præsumptionsansvar medfører tillige en skærpelse om end i mindre omfang, da dette ansvar indebærer omvendt bevisbyr-

²⁴⁶ Som beskrevet i afsnit 3.1 gives ledelsen dog en vis fejlmargen i udøvelsen af det forretningsmæssige skøn, hvorfor problemet i et vist omfang må antages begrænset.

²⁴⁷ Betragtningerne svarer til Jensen i UfR 2011B.275.

²⁴⁸ von Eyben og Isager (2011), s. 24.

de, hvor ledelserne vil ifalde ansvar medmindre de kan bevise, at deres adfærd var forsvarlig. De to ansvarsgrundlag vil utvivlsomt give ledelsesansvaret en øget præventiv effekt, men må dog på trods heraf afvises som hensigtsmæssige. Både et objektivt ansvar og et præsumptionsansvar vil formentlig gøre ledelsesansvaret så byrdefuldt, at det bliver vanskeligt at skabe incitament, der tilskynder selv kompetente personer til at påtage sig hvervet som ledelsesmedlem i en bank.²⁴⁹ Et andet ansvarsgrundlag må derfor overvejes.

5.2 Et professionsansvar som ansvarsgrundlag

Et alternativ til det gældende culpaansvar er en variation heraf i form af et professionsansvar, hvor en særlig professionsmålestok lægges til grund for ansvarsbedømmelsen. Der er delte meninger om professionsansvarets nærmere indhold i den juridiske litteratur, idet dette ansvar af nogle betragtes som et udtryk for culpaansvarets relativitet,²⁵⁰ mens andre anser dette ansvarsgrundlag som en skærpelse af culpaansvaret.²⁵¹ Der kan sættes spørgsmålstegn ved, hvorvidt der blot er tale om en strid om ord, idet den tilgrundliggende adfærdsnorm er den samme. Professionsansvaret fastlægger kravene til forsvarlig adfærd efter forholdene på det pågældende professionelle livsområde, inden for hvilket der er udvist skadevoldende adfærd.²⁵² Der skal ved ansvarsbedømmelsen således fastlægges en branchenorm, hvorefter det skal afgøres, om denne er overtrådt.²⁵³ Det forhold, at der på professionelle livsområder ofte stilles krav om iagttagelse af god skik og overholdelse af særlige brancheetiske eller branchespecifikke forskrifter, er ikke i sig selv et udtryk for et skærpet ansvarsgrundlag. Overholdelse af sådanne forskrifter er blot et udtryk for forsvarlig professionsudøvelse.²⁵⁴ Culpabedømmelsen tager som beskrevet sit udgangspunkt i det livsområde, man befinder sig inden for, og dermed i den adfærdsnorm, som her er den anerkendte. Det betyder, at en generel specialiserings- og professionaliseringstendens på det relevante livsområde naturligt inddrages i culpavurderingen. Dermed er der mange lighedstegn at sætte mellem professionsansvaret og culpaansvaret.

²⁴⁹ Betænkning nr. 1498/2008, s. 42, fremfører dette argument ved afvisning af et præsumptionsansvar som ansvarsgrundlag for ledelsesmedlemmer generelt. Et tilsvarende argument må derfor i endnu større grad gøre sig gældende for et objektivt ansvar.

²⁵⁰ von Eyben og Isager (2011), s. 112 og Ulfbeck (2010), s. 30.

²⁵¹ Christensen (2009), s. 695 og UfR 2002B.437.

²⁵² von Eyben og Isager (2011), s. 113.

²⁵³ Ulfbeck (2010), s. 32.

²⁵⁴ von Eyben og Isager (2011), s. 112.

5.2.1 Professionsansvarets særlige karakteristika

Det lægges som indledningsvist beskrevet til grund, at der består den afgørende forskel mellem de to ansvarsgrundlag, at der med professionsansvaret følger en særlig professionsmålestok. Anvendelsen af en sådan professionsmålestok er et udtryk for, at der på et givent professionelt område stilles særlige kompetencekrav, som skal efterleves for ikke at ifalde ansvar under varetagelsen af det professionelle hverv. Manglende efterlevelse af kompetencekravene vil således anses som uforsvarlig adfærd. Påtages et hverv inden for et givent professionelt område, kan tab derfor ikke undskyldes med manglende besiddelse af de kompetencer, som anses som en del af professionsnormen, og dermed den adfærdsstandard, som kræves af en professionsudøver på området. Professionsansvaret bør alt andet lige give incitament til, at det professionelle hverv alene påtages af personer, der har de kompetencer, som professionsnormen dikterer. Såfremt et sådant professionsansvar pålægges ledelsesmedlemmer i banker, vil det i højere grad kunne sikres, at disse lever op til et nærmere defineret kompetenceniveau. Dette vil betyde, at der kan tages højde for det komplicerede virksomhedsområde, som banksektoren udgør, i kraft af en større sikkerhed om tilstedeværelsen af de fornødne kompetencer til varetagelse af forsvarlig ledelse, som sikrer opfyldelse af de samfundsmæssige mål for sektoren.²⁵⁵ Dertil kommer, at problemerne omkring den manglende disciplinering af ledelsen fra aktionærsiden må forventes reduceret. Problemstillingen er som tidligere beskrevet en konsekvens af bankernes ejerskabsstruktur, der er karakteriseret ved spredt ejerskab, hvilket som udgangspunkt afholder aktionærerne fra at disciplinere ledelsen.²⁵⁶ Professionsansvarets klarere afgrænsning af normen for forsvarlig adfærd vil alt andet lige stille større sikkerhed for, at ledelserne varetager hvervet forsvarligt, hvorfor behovet for aktionærernes disciplinering begrænses.

Som tidligere beskrevet er særligt bestyrelsernes kompetenceniveau kritiseret på baggrund af erfaringerne fra den finansielle krise, hvorfor det forekommer oplagt at rette fokus mod en styrkelse heraf.²⁵⁷ Højere krav til kompetencer vil for bestyrelsesmedlemmerne medføre, at disses uafhængighed i forhold til direktionen styrkes. Bestyrelsens forudsætninger for at udfylde sin tilsynsførende rolle forsvarligt og dermed disciplinere direktionen i fornødent omfang forstærkes dermed. Bestyrelsen

²⁵⁵ Jf. afsnit 4.4 om bankernes komplicerede virksomhedsområde.

²⁵⁶ Jf. afsnit 4.1 om bankernes ejerskabsstruktur.

²⁵⁷ Jf. afsnit 4.4 om bestyrelsens mangelfulde kompetencer under krisen.

formodes i højere grad at kunne gennemskue bankens aktiviteter og dermed stille sig kritisk over for direktionens forslag og dispositioner. Det forekommer endvidere nærliggende at antage, at et højere kompetenceniveau med en styrkelse af bestyrelsens tilsynsfunktion afhjælper de fremførte problemer om bestyrelsernes manglende indgriben over for direktionernes dispositioner, som er set i praksis.²⁵⁸ Dette under forudsætning af at den væsentligste årsag til den fra bestyrelsernes side udeblevne reaktion kan tilskrives bestyrelsesmedlemmernes utilstrækkelige kompetencer. Højere krav til bestyrelsens kompetencer må tillige forbedre dennes evne til at varetage den strategiske ledelse. Bestyrelsen vil have bedre forudsætninger for at afgøre, hvilke informationer der er nødvendige for at sikre, at beslutninger træffes på et kvalificeret grundlag, og dermed at den strategiske ledelse varetages tilfredsstillende. Bestyrelsen sættes i højere grad i stand til at give direktionen modspil, hvilket kan forhindre direktionen i at forfølge egne mål om vækst på bekostning af forsvarlig ledelse, som det er set i praksis. Jo bedre bestyrelsen er i stand til at forstå bankens virksomhedsområde og aktiviteter, desto lettere må det være at varetage den strategiske ledelse optimalt. Generelt må problemerne om bestyrelsernes manglende indsigt i og information om bankerne som følge af kravet til ledelsesstrukturen reduceres i kraft af bestyrelsens højere kompetenceniveau.²⁵⁹

Under forudsætning af at der med et professionsansvar følger en professionsmålestok, som stiller højere kompetencekrav, kan en sådan ansvarsnorm umiddelbart løse en række af de i kapitel 2-4 behandlede problemstillinger. Herved må risikoen for uforsvarlig ledelse i bankerne alt andet lige reduceres. Det er imidlertid mere tvivlsomt, i hvilket omfang den opportunistiske adfærd fra ledelsernes side, som er set på baggrund af den finansielle krise, direkte kan modvirkes af professionsansvaret. Med en klarere adfærdsnorm vil problemet formentlig reduceres, da en mere entydig norm vil skabe større klarhed om, hvornår der handles ansvarspådragende. Ledelsens incitamenter til ikke at følge adfærdsnormen må alt andet lige reduceres, hvorved ledelsesansvarets præventive og disciplinerende effekt styrkes. Et professionsansvar med en klar adfærdsnorm må dermed forventes at reducere risikoen for uforsvarlig ledelse. Dog vil der, som tidligere beskrevet, vanskeligt kunne fastlægges en fuldstændig klar og fast norm for forsvarlig adfærd, allerede fordi adfærdsnormen også for professi-

²⁵⁸ Jf. særligt afsnit 3.4 om bestyrelsernes manglende indgriben over for direktionernes misbrug af bestyrelsens retningslinjer, herunder § 70-instrukser i flere af de sammenbrudte banker.

²⁵⁹ Jf. afsnit 3.2. om bestyrelsens indsigt i banken som følge af kravet til ledelsesstruktur.

onsansvaret udvikles i takt med samfundsudviklingen. Der vil derfor fortsat bestå en usikkerhed om adfærdsnormen for ledelsen, hvilket efterlader en risiko for, at ledelsens egne interesser forfølges, og opportunistisk adfærd opstår. Professionsansvaret løser ikke fuldt ud dette problem, som derfor må søges løst gennem andre tiltag. Forslag til sådanne tiltag fremføres nedenfor i afsnit 5.2.2.

Udover den særlige professionsmålestok er en anden afgørende forskel mellem professionsansvaret og det almindelige culpaansvar som nævnt adgangen til anvendelse af individuelle undskyldningsgrunde. For professionsansvaret findes der ikke diskulperende undskyldningsgrunde, mens dette kan være tilfældet for culpaansvaret. Under et professionsansvar kan der derfor ikke påberåbes subjektive forhold som begrundelse for ansvarsfrihed ved manglende overholdelse af professionsnormen, og dermed kommer professionsansvaret til at indeholde et objektiveret element.²⁶⁰ Afskæring fra anvendelsen af individuelle undskyldningsgrunde må betragtes som en afvigelse i forhold til det almindelige culpaansvar, som alt andet lige må have en præventiv effekt. UfR 2002.2067 H (Hafnia) illustrerer forskellen i ansvarsbedømmelsen, som anvendelsen af individuelle undskyldningsgrunde fører til. Det blev i denne dom af Sø- og Handelsretten²⁶¹ statueret, at det professionsansvar, der ramte emissionsinstituttet og revisorerne, ikke nødvendigvis også ville ramme emittentselskabets ledelse. For bestyrelsesformanden og den administrerende direktørs vedkommende fandtes der at foreligge individuelle undskyldningsgrunde ud fra den begrundelse, at disse var travlt beskæftiget med andre opgaver i koncernen og ikke havde haft tid til at sætte sig ordentligt ind i koncernens økonomiske forhold. Afgørelsen må således anses som et udtryk for, at gældende ret bekræfter, at der generelt for ledelsesmedlemmer kan foreligge individuelle undskyldningsgrunde, som efter en konkret bedømmelse kan føre til ansvarsfrihed, og at ledelsesmedlemmer derfor ikke er underlagt et professionsansvar.²⁶² Pålægges ledelserne i banksektoren et egentligt professionsansvar vil dette imidlertid have den fordel, at individuelle undskyldningsgrunde ikke kan anvendes som grundlag for ansvarsfrihed. Afskæring fra muligheden for at undskylde uforvarlig adfærd med subjektive forhold løser i sagens natur ikke de konkrete problemer omkring usikkerheden forbundet med den gældende adfærdsnorm i banksektoren men må dog forventes at have en præventiv virkning på ledelsesmedlemmerne. Incitamen-

²⁶⁰ Objektiveringstendensen er set generelt for culpaansvaret men er i særlig grad slået igennem for professionsansvaret, jf. Ulfbeck (2010), s. 32.

²⁶¹ Højesteret fik ikke anledning til at pådømme dette.

²⁶² UfR 2002B.437.

terne til efterlevelse af professionsnormen vil alt andet lige styrkes, da det ved en ansvarspådømmelse ikke er muligt at inddrage subjektive forhold, som under et culpaansvar kan føre til ansvarsfrihed.

Ifølge retspraksis kan det generelle ledelsesansvar således ikke betragtes som et professionsansvar på højde med eksempelvis revisorer og advokaters. Herom er der tillige bred enighed, når henses til den juridiske litteratur.²⁶³ Begrundelsen skal primært findes i, at ledelsesmedlemmer ikke kan anses for at udgøre en tilstrækkelig homogen gruppe med veldefinerede kvalifikationer, som gør det muligt at anvende en professionsmålestok i ansvarsbedømmelsen.²⁶⁴ En typisk forudsætning for varetagelsen af en profession er et krav om en særlig teoretisk uddannelse eller faglig viden. For ledelsesmedlemmer er der generelt ikke tale om et tilsvarende konkret krav til uddannelse eller viden, som klart kan afgrænse denne gruppe for så vidt angår faglige kvalifikationer, kompetencer mv.²⁶⁵ Da ledelsesmedlemmerne i banker imidlertid er underlagt omfattende og detaljeret lovgivning særligt i kraft af FIL og ledelsesbekendtgørelsen, som pålægger dem opgaver og pligter, kan der argumenteres for, at denne specifikke gruppe af ledelsesmedlemmer i højere grad er omfattet af en klar og afgrænset norm. Endvidere udgør banksektoren et særligt kompliceret virksomhedsområde, der stiller særlige krav til kompetencer.²⁶⁶ Det forekommer på den baggrund nærliggende at anskue banksektoren som et professionelt område, hvor ledelsesansvaret allerede tilnærmer sig et professionsansvar.

På baggrund af analyserne i afhandlingens kapitel 2-3 må det dog udledes, at adfærdsnormen for bankledelserne på nuværende tidspunkt ikke kan betragtes som tilstrækkelig entydig til, at forudsætningen om en professionsmålestok er opfyldt.²⁶⁷ Særligt uklarhederne om kompetencekravene for bankernes ledelsesmedlemmer vanskeliggør fastsættelsen af en professionsmålestok, da der som beskrevet ikke stilles krav om en særlig uddannelse eller specifik viden som forudsætning for varetagelse af hvervet. Ledelsesmedlemmernes forudsætninger og kompetencer kan derfor fortsat være af meget forskellig karakter i banksektoren.

²⁶³ Jf. eksempelvis Andersen (2010), s. 480 og Werlauff (2010), s. 530.

²⁶⁴ Dotevall (2008), s. 62.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Jf. afsnit 4.4.

²⁶⁷ Jf. afsnit 3.6.

5.2.2 Professionsnormen for bankledelserne

Et professionsansvar forudsætter som beskrevet en klar adfærdsnorm, som med rette kan tage sit udgangspunkt i fastsættelse af nødvendige faglige kompetencer til varetagelsen af ledelseshvervet i en bank. Lovgivningens krav hertil bør derfor udbygges, hvorved det samtidig kan sikres, at ledelsesmedlemmerne besidder det samfundsmæssigt ønskelige kompetenceniveau. Det skal således fastlægges, hvilke kompetencer ledelsesmedlemmerne konkret bør besidde for at være i stand til at lede bankerne forsvarligt, hvorved de samfundsmæssige mål kan opfyldes. Tesen er, at klare kompetencekrav samtidig vil bidrage til en klar og entydig adfærdsnorm, som vil reducere usikkerheden om, hvornår der ifaldes ansvar. Dette vil alt andet lige føre til, at ledelsen gives stærkere incitamenter til at efterleve denne adfærdsnorm.

Et naturligt udgangspunkt vil for det første være at stille et specifikt krav om besiddelse af en særlig teoretisk uddannelse, som det typisk ses på andre livsområder, der er underlagt et professionsansvar. For bankledelser kan der med fordel stilles krav om en samfundsvidenskabelig uddannelse. Et sådant krav til uddannelse vil i sagens natur ikke sikre samme homogenitet i ledelsen, som ses på andre professionsområder, da de samfundsvidenskabelige uddannelser favner bredt.²⁶⁸ Til gengæld vil et sådant krav sikre en standard for uddannelsesniveauet samtidig med, at mangfoldigheden og diversiteten i bankledelserne fortsat sikres.²⁶⁹ Banksektoren udgør som beskrevet et komplekst område, hvor det må holdes for øje, at eksempelvis en økonomisk såvel som en juridisk baggrund kan bidrage positivt til ledelsen, hvorfor det vanskeligt lader sig gøre at sætte ét specifikt uddannelseskrav. Der kan imidlertid delvist kompenseres for dette ved etablering af et særligt obligatorisk kursusforløb rettet mod bankledelser, hvis formål er at give disse en grundlæggende forståelse for den finansielle sektor, herunder i særdeleshed bankvirksomhed.²⁷⁰ Dette kan mest hensigtsmæssigt udbydes af myndighederne, hvor det oplagte valg må falde på Finanstilsynet. Med et sådant finansielt grundkursus sikres en minimumsgrænse for, hvad der med rette kan forventes af bankledelsers kompetencer og faglige forudsætninger for at besidde hvervet

²⁶⁸ De samfundsvidenskabelige uddannelser omfatter uddannelser om bl.a. ledelse, jura, økonomi, organisationskultur, psykologi og sociologi.

²⁶⁹ Corporate governance anbefalingerne påpeger, at mangfoldighed øger kvaliteten af arbejdet og samspillet i bestyrelsen bl.a. gennem forskelligartet tilgang til ledelsesmæssige opgaver, jf. Anbefalinger for god Selskabsledelse (2011), afsnit 5.

²⁷⁰ Corporate governance anbefalingerne foreslår, at bestyrelsesmedlemmer ved tiltrædelse bør modtage en introduktion til selskabet samtidig med, at bestyrelsesformanden i samarbejde med de enkelte bestyrelsesmedlemmer bør tage stilling til, om der er et behov for at tilbyde det pågældende bestyrelsesmedlem relevant supplerende uddannelse, jf. *ibid.*, afsnit 5.2.

som ledelsesmedlem. Denne grænse skal fastlægges ud fra, hvad der fra et samfundsmæssigt synspunkt må anses som et acceptabelt niveau for ledelsens kompetencer. Kurset skal berøre de væsentligste elementer forbundet med bankvirksomhed og bør løbende tilpasses i takt med sektorens udvikling og aktuelle behov. Risiko og styring heraf udgør et centralt element i bankernes virksomhed og bør derfor tillægges det primære fokus. Yderligere bør ledelsesmedlemmerne have en generel forståelse for de komplekse finansielle produkter, der udbydes i banksektoren.

For det andet bør der stilles et krav om, at den enkelte bank udformer en rekrutteringspolitik, hvor der aktivt tages stilling til, hvilke kompetencer henholdsvis bestyrelsen og direktionen skal besidde. De nærmere kompetencer, som er påkrævet for at varetage ledelsen af en bank, vil afhænge af bankens karakteristika såsom størrelse, aktivitetsområde og kundesegment. Der kan derfor vanskeligt sættes konkrete krav til ledelsesmedlemmernes faglige forudsætninger, som kan dække alle bankers behov, hvorfor fastsættelsen heraf bør overlades til den enkelte bank. Rekrutteringspolitikken skal udarbejdes af bestyrelsen, så den tilpasses den enkelte bank med de særlige behov, som denne måtte have. Bestyrelsen er det organ, der besidder den fornødne viden herom, og er endvidere det rette ledelsesorgan set i lyset af det strategiske islæt, som fastlæggelse af en sådan politik har. Rekrutteringspolitikken skal vedrøre både nye bestyrelsesmedlemmer og direktionsmedlemmer og skal forelægges generalforsamlingen til godkendelse. Da aktionærerne udpeger bestyrelsen og dermed indirekte direktionen bør disse godkende kriterierne, som dette sker på baggrund af. Politikken bør præcisere ledelsens kompetenceprofil, herunder tage stilling til behovet for faglig indsigt på særlige områder samt sammensætningen i de enkelte ledelsesorganer.²⁷¹

Der må alt andet lige forventes at være forskellige behov afhængigt af bankernes størrelse. I mindre banker vil der formentlig i højere grad være et behov for få generalister frem for flere specialister, mens det modsatte må formodes at være tilfældet i større banker. Dette bør derfor komme til udtryk i rekrutteringspolitikken i kraft af en aktiv stillingtagen hertil. Endvidere bør der stilles krav om, at rekrutteringspolitikken skal godkendes af Finanstilsynet, der i sin rolle som ekstern tilsynsmyndighed kan kontrollere, hvorvidt rekrutteringspolitikken er fyldestgørende, når henses til bankens karakteristika. Finanstilsynet må formodes at have den fornødne indsigt i hvilke kom-

²⁷¹ Corporate governance anbefalingerne fremfører tilsvarende, for så vidt angår bestyrelsen, at denne skal fastlægge rekrutteringskriterier for kandidater til bestyrelsen, der kan indeholde krav til professionelle kvalifikationer, brancheerfaring, international erfaring, uddannelsesmæssig baggrund mv. jf. *ibid.*, afsnit 5.1.3.

petencer, der i udgangspunktet må kræves for at varetage ledelse af en bank samt en overordnet indsigt i hvilke særlige eller yderligere kompetencer, som eventuelt må kræves i den konkrete bank.

Der bør for det tredje stilles krav om, at Finanstilsynet foretager en mere dybdegående vurdering af de enkelte ledelsesmedlemmer. Som beskrevet foretager Finanstilsynet på nuværende tidspunkt en vurdering af alle ledelsesmedlemmernes egnethed og hæderlighed – den såkaldte fit & proper-vurdering. Denne vurdering anses imidlertid som utilstrækkelig i forhold til sikring af ledelsesmedlemmernes mere konkrete faglige kompetencer. Det bør ikke alene være det enkelte ledelsesmedlems tidligere beskæftigelse og økonomiske forhold, der lægges til grund for en sådan vurdering. Dette kan udgøre et udmærket udgangspunkt men bør suppleres med inddragelse af andre relevante forhold. Tilstedeværelsen af faglige kompetencer skal derfor sikres gennem en udvidelse af vurderingen, hvor det enkelte ledelsesmedlems kompetencer bør sammenholdes med den relevante banks rekrutteringspolitik. I denne vurdering bør Tilsynet endvidere inddrage ledelsesmedlemmets uddannelse og erfaring, da tekniske og faglige kompetencer er af stor betydning grundet det komplicerede virksomhedsområde. Der bør derfor stilles et krav om dokumentation for disse kompetencer, og ledelsesmedlemmer bør i langt højere grad opfordres til at forelægge alle konkrete informationer af relevans for det pågældende hverv. Der skal således forelægges oplysninger, som gør det muligt at foretage en konkret kompetencevurdering frem for den nuværende egnethed- og hæderlighedsvurdering.

Som et fjerde krav bør det i forlængelse af de ovenstående tiltag sikres, at de nødvendige kompetencer til stadighed er til stede i ledelsen. Ligesom resten af samfundet udvikler banksektoren og dens virksomhedsområde sig hastigt, og der bør derfor ske en løbende evaluering af ledelsens kompetencer.²⁷² Ledelsens kompetencer skal matche både samfundet og sektorens udvikling samt udviklingen i den enkelte bank. Iværksætter banken nye strategier, skal ledelsens kompetencer udvikles, så den er i besiddelse af den nødvendige viden og de faglige forudsætninger, som kan sikre forsvarlig ledelse. Der skal således ske en løbende vurdering af bankens kompetencebehov og de faktiske kompetencer, som ledelsen besidder. For at sikre at en sådan

²⁷² Et sådant krav er allerede indeholdt i corporate governance anbefalingerne, hvor det anføres, at bestyrelsen årligt bør foretage en evaluering af såvel direktionens som egne kompetencer. For bestyrelsen er det endvidere specifikt angivet, at denne bør foretage en vurdering af, hvorvidt sammensætningen samt medlemmernes kompetencer enkeltvis og samlet afspejler de krav, selskabets situation og forhold stiller, tillige med en vurdering af, om der er områder, hvor medlemmernes kompetencer eller sagkundskab bør opdateres, jf. *ibid.*, afsnit 4 og 5.

evaluering gennemføres og sker på baggrund af en kvalificeret vurdering af bankens behov, bør dette lovfæstes i et krav om årlig evaluering. Yderligere bør der stilles krav om, at evalueringen kontrolleres og godkendes af Finanstilsynet, der med sin generelle indsigt i sektoren og de enkelte banker kan foretage en overordnet rimelighedsvurdering af den interne evaluering. Finanstilsynet skal dermed sikre, at der i evalueringen er taget højde for den generelle udvikling i bankernes samlede virksomhedsområde samt den enkelte banks forhold.

De fire fremførte tiltag skal tilsammen sikre, at kompetenceniveauet i bankledelserne øges og til stadighed opretholdes. Dette skal ske gennem klarere og højere krav til kompetencer ved udøvelse af ledelseshvervet i en bank. Den kritik der på baggrund af finanskrisen har været fremført fra flere sider mod bankledelsernes manglende kompetencer har fortrinsvist været rettet mod bankernes bestyrelser. De ovenfor foreslåede tiltag har da også primært fokus på at styrke bestyrelsens kompetencer, hvilket sætter bestyrelsen i stand til at varetage ledelsen forsvarligt inden for det komplicerede virksomhedsområde, som banksektoren udgør. Afledt heraf styrkes bestyrelsens uafhængighed og evne til at give direktionen modspil, hvilket kan antages at have en afsmittende positiv effekt på direktionens adfærd. Dermed kan risikoen for uforsvarlig ledelse generelt reduceres.

Usikkerhed om hvordan domstolene vil pådømme en konkret adfærd fra ledelsens side kan dog ikke elimineres med et professionsansvar. Det er søgt at gøre adfærdsnormen klarere gennem konkrete krav til ledelsesmedlemmernes kompetencer, men som beskrevet lader dette sig kun gøre i et vist omfang. Diversitet i ledelsens kompetencer er en nødvendighed, hvorfor det ikke er muligt at fastlægge en klar og entydig adfærdsnorm, da ledelsesmedlemmerne ikke udgør og ikke skal udgøre en fuldstændig homogen gruppe. For bankledelserne vil der derfor fortsat bestå en vis usikkerhed om, hvad domstolene vil anse for uforsvarlig adfærd. Professionsansvaret sikrer imidlertid et mere ensartet kompetenceniveau, som udgør udgangspunktet for hvilken adfærd, der må forventes af ledelserne og dermed er overensstemmende med adfærdsnormen. I forhold til det almindelige culpaansvar vil professionsansvarets præcisering af adfærdsnormen således gøre usikkerheden mindre.

5.3 Delkonklusion

En styrkelse af ledelsesansvarets præventive effekt vil umiddelbart kunne opnås gennem en skærpelse af ansvaret i form af et objektivi ansvar eller præsumpionsan-

svar. Disse ansvarsgrundlag må dog afvises, idet de anses for så tyngende, at det vil være vanskeligt at skabe incitament til påtagelse af ledelseshvervet.

Et ansvarsgrundlag baseret på et professionsansvar forekommer oplagt i banksektoren. Professionsansvaret er en variation af culpaansvaret men adskiller sig i kraft af sin særlige professionsmålestok og afskæring fra individuelle undskyldningsgrunde. Det overordnede mål med dette ansvar er at sætte fokus på ledelsesmedlemmernes kompetencer. Højere og klarere kompetencekrav må som udgangspunkt føre til en reduktion af risikoen for uforsvarlig ledelse i kraft af en større klarhed omkring adfærdsnormens indhold. Dette vil føre til større klarhed om, hvornår der kan ifaldes ansvar, hvorved ledelsesansvarets præventive effekt alt andet lige styrkes.

Som led i professionsansvaret skal der stilles et grundlæggende krav til ledelsesmedlemmerne om besiddelse af en samfundsvidenskabelig uddannelse og et krav om gennemførelse af et obligatorisk kursusforløb med indføring i de væsentligste forhold inden for bankvirksomhed. Sådanne krav sætter et minimum for, hvad der kan forventes af ledelsesmedlemmerne. Forskelligartede kompetencer er imidlertid påkrævede i ledelsen, hvorfor det er vanskeligt at fastsætte et mere specifikt krav til konkret uddannelse eller kompetencer. Fokus rettes derfor mod at sikre, at den enkelte bank aktivt tager stilling til de konkrete kompetencebehov gennem udarbejdelse af en rekrutteringspolitik, så det i højere grad sikres, at de nødvendige kompetencer er til stede. Finanstilsynet skal godkende politikken og skal tillige foretage en mere dybdegående vurdering af ledelsesmedlemmerne. Gennem en årlig intern evaluering med ekstern kontrol fra Finanstilsynet skal det sikres, at ledelsesmedlemmerne i takt med samfundets, sektorens og den enkelte banks udvikling vedvarende besidder de nødvendige kompetencer.

I forlængelse af den finansielle krise har kritikken primært været rettet mod bankbestyrelsernes mangelfulde kompetencer. Krav om et højere kompetenceniveau vil i større grad sætte bestyrelsen i stand til at varetage forsvarlig ledelse og fremme dens uafhængighed samt evne til at disciplinere direktionen. En styrkelse af bestyrelsens kompetencer må alt andet lige forventes at have en afsmittende effekt på direktionernes adfærd. Culpaansvaret er kritiseret for at efterlade usikkerhed om adfærdsnormen. Professionsansvaret eliminerer ikke denne usikkerhed, men reducerer den som følge af den større præcisering af normen.

6 Konklusion

De mange danske bankers sammenbrud under den finansielle krise og de på baggrund heraf foretagne advokatundersøgelser har givet anledning til at overveje, om det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar i banksektoren har haft tilstrækkelig præventiv effekt. Ansvar skal sikre forsvarlig ledelse af de danske banker og derved sikre opnåelse af det samfundsmæssige mål om en stabil sektor, der er tillid til. Det antages at forsvarlig ledelse reducerer risikoen for banksammenbrud, hvilket er i samfundets interesse, da sammenbrud er forbundet med vidtrækkende samfundsmæssige tab.

Det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar er et culpaansvar, som forudsætter fastlæggelse af en adfærdsnorm. I udgangspunktet er culpaansvarets største svaghed usikkerheden om, hvilken adfærdsnorm der skal iagttages for at leve op til kravet om fornøden agtpågivenhed og dermed forsvarlig ledelse. Denne norm skal fastlægges med udgangspunkt i lovgivningen og de øvrige retskilder. Særligt på baggrund af den finansielle krise har der imidlertid vist sig en række uklarheder, som giver anledning til usikkerhed og fortolkningstvivl, på trods af at den finansielle lovgivning er meget detaljeret.

Skønselementet, som flere af lovgivningens bestemmelser indeholder, skaber generel usikkerhed om adfærdsnormen, hvilket dog i nogen grad afhjælpes af den fejlmargen, som ledelsen i praksis overlades i udøvelsen af det forretningsmæssige skøn. Det særlige lovkrav til ledelsesstrukturen i banker om uafhængighed mellem bestyrelse og direktion skaber endvidere usikkerhed om, hvilken betydning dette har for bestyrelsens iagttagelse af tilsynspligten og den strategiske ledelse. Lovgivningens krav til bankledelsernes erfaring i fit & proper-bestemmelsen stiller ikke et klart krav til ledelsernes kompetencer. Dette skaber usikkerhed om, hvorvidt ledelsen som en del af adfærdsnormen skal besidde særlige kompetencer og i givet fald hvilke. Usikkerhed om adfærdsnormen gør det uklart, hvilken adfærd der ønskes fra samfundets side, og vanskeliggør ledelsens efterlevelse heraf.

Kravene til bankledelsernes forpligtelser i forhold til udarbejdelse og overholdelse af retningslinjer er relativt klare. Det samme gør sig gældende for kravene til standsning af bankernes drift ved uforsvarligt kapitalberedskab. Den manglende overholdelse af disse krav, som er set i praksis, kan vanskeligt være et resultat af usikkerhed omkring adfærdsnormen men må betragtes som et udtryk for ledelsesmedlemmernes opportu-

nistiske adfærd. Denne adfærd viser, at lovgivningen ikke skaber de fornødne incitamenter til forsvarlig ledelse og savner præventiv effekt på disse områder. Det må således konkluderes, at det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar som følge af sin usikre adfærdsnorm og utilstrækkelige præventive effekt har øget risikoen for uforsvarlig ledelse i bankerne.

Hertil kommer at en række særlige forhold i banksektoren har haft en negativ indflydelse på bankledelsernes incitamenter til forsvarlig ledelse. Bankernes ejerskabsstruktur er karakteriseret ved udpræget spredt ejerskab, hvilket kan føre til manglende disciplinering af ledelsen fra aktionærernes side. Desuden er den væsentligste del af bankernes virksomhed karakteriseret ved risikoprægede aktiviteter, som kan give ledelserne incitament til overdreven risikotagning. Disse incitamenter forstærkes af den særlige indskydergarantiordning. Forholdene i de sammenbrudte banker viser, at det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar ikke har formået at afhjælpe disse negative incitamentsvirkninger i praksis. Banksektoren må endvidere anses som et særligt kompliceret virksomhedsområde, som kræver, at ledelserne besidder særlige kompetencer, hvilket de gældende krav til bankledelserne ikke sikrer. Endnu et særligt forhold er det tilsyn, som føres med banksektoren og varetages af Finanstilsynet. Dette tilsyn har i praksis ikke medført den disciplinering af ledelserne, som kunne forventes, hvorfor Finanstilsynet har fået flere beføjelser. Disse beføjelser forventes imidlertid ikke alene at kunne sikre forsvarlig ledelse i banksektoren. Konjunkturerne påvirker desuden i særlig grad banksektoren og har indflydelse på både ledelsernes adfærd og risikoen for banksammenbrud. Højkonjunkturer kan i sig selv medføre uforsvarlig ledelse, mens der ved konjunkturedgange kan opstå risiko for, at ledelsen pålægges ansvar for tab, der ikke skyldes uforsvarlig adfærd, eller omvendt at der ikke ifaldes ansvar, hvor ledelsens adfærd reelt har forårsaget tabet. Det gældende ledelsesansvar har ikke afhjulpet de negative virkninger af de særlige forhold, hvilket har øget risikoen for uforsvarlig ledelse.

For at de samfundsmæssige mål for sektoren kan opnås, bør der fokuseres på, at ledelsesansvaret optimeres, så usikkerheden om adfærdsnormen reduceres og den præventive effekt fremmes. Dermed kan det i højere grad sikres, at bankerne ledes forsvarligt, hvorved risikoen for sammenbrud reduceres. Et professionsansvar kan med sin særlige professionsmålestok sikre dette. Professionsmålestokken indebærer, at der på et givet professionelt område stilles særlige kompetencekrav, som skal efterleves for ikke at ifalde ansvar under varetagelsen af det professionelle hverv. For

bankledelser betyder dette, at det i højere grad kan sikres, at disse lever op til et nærmere defineret kompetenceniveau. Det vil betyde, at der for det første kan tages højde for det komplicerede virksomhedsområde, som banksektoren udgør, da det skaber større sikkerhed om tilstedeværelsen af de fornødne kompetencer. For det andet vil professionsansvarets klarere afgrænsning af adfærdsnormen i højere grad sikre, at ledelserne varetager hvervet forsvarligt, hvorfor behovet for aktionærernes disciplinering begrænses. For det tredje kan bestyrelsens tilsynsfunktion styrkes, da højere kompetencekrav sætter denne bedre i stand til at gennemskue bankens aktiviteter og stille sig kritisk over for direktionen. Endvidere må det forventes, at bestyrelsens evne til at varetage den strategiske ledelse forbedres, da denne bedre kan vurdere, om strategiske beslutninger træffes på et kvalificeret grundlag. Dette må forventes at have en disciplinerende effekt på direktionen, da bestyrelsen i højere grad er i stand til at give direktionen modspil og forhindre dennes forfølgelse af egne mål på bekostning af forsvarlig ledelse, som det er set i praksis.

Professionsansvaret skal sætte fokus på ledelsesmedlemmernes kompetencer, og som led heri foreslås det, at der stilles et grundlæggende krav til ledelsesmedlemmerne om besiddelse af en samfundsvidenskabelig uddannelse samt et krav om gennemførelse af et obligatorisk kursusforløb om bankvirksomhed. Disse krav sætter et minimum for, hvad der kan forventes af ledelsesmedlemmerne. Endvidere foreslås det, at der stilles krav om, at den enkelte bank udarbejder en rekrutteringspolitik, hvori der aktivt tages stilling til de virksomhedsspecifikke kompetencebehov. Politikken skal godkendes på generalforsamlingen og af Finanstilsynet. En sådan politik sikrer i højere grad, at de nødvendige kompetencer er til stede i ledelsen. Det foreslås yderligere, at Finanstilsynets vurdering af de af bankerne udpegede ledelsesmedlemmer udvides, så der foretages en mere dybdegående vurdering af, hvorvidt disse lever op til kompetencekravene. I forlængelse heraf foreslås et krav om en årlig intern evaluering af ledelsens kompetencer med ekstern kontrol fra Finanstilsynet. Evalueringen sikrer, at ledelsesmedlemmerne i takt med samfundets, sektorens og den enkelte banks udvikling vedvarende besidder de nødvendige kompetencer. Professionsansvaret og de konkrete forslag skal tilsammen skabe større klarhed omkring adfærdsnormen, hvilket alt andet lige må reducere risikoen for uforsvarlig ledelse. Et større fokus på kompetencer vil bidrage til, at de samfundsmæssige mål om en stabil sektor, hvortil der er tillid, opnås.

Litteraturliste

Bøger

Andersen, Klaus Stubkjær. 2001. *Forsikring af bestyrelsesansvar*. København: Forlaget Thomson A/S. 1. udgave.

Andersen, Lotte Bøgh; Jakobsen, Mads Leth Felsager; Pallesen, Thomas; Serritzlew, Søren. 2010. *Økonomiske incitament i den offentlige sektor*. Via Systime. 1. udgave.

Andersen, Mads Bryde. 2002. *Ret & Metode*. København: Gads Forlag.

Andersen, Paul Krüger. 2010. *Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 11. udgave.

Baldvinsson, Cato, Bender, Torben; Busck-Nielsen, Kim; Rasmussen, Flemming Nytoft. 2005. *Dansk Bankvæsen*. København: Forlaget Thomson A/S. 5. udgave.

Christensen, Jan Schans. 2009. *Kapitalselskaber, Aktie- og anpartsselskabsret*. København: Thomson Reuters Professional A/S. 3. udgave.

Dotevall, Rolf. 2008. *Bolagsledningens skadestandsansvar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB. 2. udgave.

Douma, Sytse; Schreuder, Hein. 2004. *Økonomiske tilgange til organisationer*. København: Akademisk Forlag.

Eide, Erling; Stavang, Endre. 2003. *Rettsøkonomi – Analyse for privatrett og miljørett*. Oslo: J.W. Cappelens Forlag. 1. udgave.

Eyben, Bo von; Isager, Helle. 2011. *Lærebog i erstatningsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 7. udgave

Gomard, Bernhard. 2002. *Moderne erstatningsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 1. udgave.

Gården, Hugo. 1997. *Ansaret der blev væk*. København: Børsens Forlag.

Hansen, Jørgen Valther; Johansen, Thomas Riise; Wivel, Teddy. 2000. *Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelses rolle*. København: Forlaget Thomson.

Hellner, Jan; Radetzki, Marcus. 2006. *Skadestandsrätt*. Stockholm: Nordstedts Juridik AB. 7. udgave.

Hjetting, Merete; Kjølner, Thomas; Simonsen, Marianne; Stadil, Malene. 2007. *Lov om finansiell virksomhed – med kommentarer*. København: Forlaget Thomson.

- Jensen, Camilla Hørby; Clausen, Nis Jul; Legind, Nina Dietz; Pedersen, Hans Viggo Godsk. 2010. *Bankjura. Udvalgte emner*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi bind 2 – Virksomhedsteori & industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kristensen, Lars Hedegaard; Munck, Noe. 2010. *Selskabsformerne – Lærebog i selskabsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 6. udgave.
- Kureer, Henrik. 2010. *International Økonomi*. Viborg: Specialtrykkeriet Viborg.
- Lødrup, Peter. 2009. *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag. 6. udgave.
- Milgrom, Paul; Roberts, John. 1992. *Economics, Organisation and Management*. New Jersey: Prentice-Hall, Inc.
- Mølgaard, Eigil. 2007. *Den finansielle sektor*. København: Frydenlund. 1. udgave.
- Neville, Mette; Sørensen, Karsten Engsig. (red.) 2009. *Den nye selskabslov*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. 2008. *Retskilder & Retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave
- Poulsen, Martin; Werlauf, Erik. 2011. *Selskabsretlige domme og kendelser 1950-2010*. København: Thomson Reuters Professional A/S. 3. udgave
- Samuelsson, Morten; Søgaard, Kjeld. 1997. *Bestyrelsesansvaret*. Rungsted Kyst: Forsikringshøjskolens Forlag.
- Shaumburg-Müller, Per; Werlauff, Erik. 2008. *Børs- og kapitalmarkedsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 4. udgave.
- Shaumburg-Müller, Per; Werlauff, Erik. 2010. *Selskabsloven med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Shavell, Steven. 2004. *Foundations of economic analysis of law*. England: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sofsrud, Thorbjørn. 1999. *Bestyrelsens beslutning og ansvar – spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*. Viborg: Akademisk Forlag. 1. udgave.
- Tamm, Ditlev. 2005. *Retshistorie. Danmark – Europa – globale perspektiver*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ulfbeck, Vibe. 2010. *Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.

Wendt, Peter. 2006. *Den finansielle sektor*. København: Handelshøjskolens Forlag. 13. udgave.

Werlauff, Erik. 2010. *Bestyrelsens arbejde og ansvar. Håndbog for bestyrelser i selskaber, foreninger, andelsvirksomheder, fonde, institutioner og menighedsråd*. København: Gjellerup.

Werlauff, Erik. 2010. *Selskabsret*. København: Thomson Reuters Professional. 8. udgave.

Østrup, Finn. 2010. *Det finansielle system*. København: Thomson Reuters Professional. 1. udgave.

Østrup, Finn. 2008. *Finansielle kriser*. København: Forlaget Thomson. 1. udgave.

Artikler

Andersen, Mads Bryde. 2000. Nye synsvinkler på bestyrelsesansvaret. *Ugeskrift for Retsvæsen*. (UfR 2000B.341): 341-345.

Andersen, Per. 2000. Retsøkonomi i normativ belysning. *Samfundsøkonomen*. (3): 5-8.

Berg, Claus; Langsted, Lars Bo. 1994. Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet? *Ugeskrift for Retsvæsen*. (UfR 1994B.183): 183-191.

Bønsing, Steen. 2004. God skik-regler – hvem bestemmer indholdet? *Ugeskrift for Retsvæsen* (UfR 2004B.1): 1-6.

Gomard, Bernhard. 2003. Dansk erstatningsret i lovgivning og retspraksis. *Juristen*. (4): 121-134.

Jensen, Camilla Hørby. 2011. Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse. *Ugeskrift for retsvæsen*. (UfR 2011B.275): 275-282.

Lando, Henrik. 2009. Optimal Standards of Negligence When One Party Is Uninformed of the Standards. *The Journal of Law, Economics & Organisation*. 26(3): 592-608.

Lando, Henrik. 2007. On the Optimal Negligence Standard in Tort Law when one Party is a Long-run and the Other a Short-run Player. *Research in Law and Economics*. (22): 207-216.

Lando, Henrik. 2001. Shareholder eller stakeholder value? En retsøkonomisk analyse af loyalitetspligten i aktieselskaber. *NTS* (1): 76-89.

- Pedersen, Jan Timmermann. 2003. Ledelsens ansvar i og uden for aktieselskaber. *Nordisk tidsskrift for selskabsret*. (2): 214-229.
- Riis, Thomas. 2000. Normativitet og den praktiske anvendelighed af retsøkonomi. *Tidsskrift for rettsvitenskap*. (113): 477-503.
- Rose, Caspar. 2006. Bør ledelsesansvaret strammes? – Et retsøkonomisk bidrag. *NTS*. (3): 91-107.
- Sandvik, Björn. 1999. Skadeståndinstitutets preventiva betydelse – särskilt om strikt ansvar och ekonomisk prevention. *Retfærd*. 22(86): 22-40.
- Schaumburg-Muller, Peer; Werlauff, Erik. 2002. Efter Hafnia – status over prospekt- og emissionsansvaret i dansk ret. *Ugeskrift for retsvæsen*. (UfR 2002B.437): 437-448.
- Sørensen, Peter Birch. 2011. Finanskrisen og den økonomiske videnskab. *National-økonomisk Tidsskrift*. (3): 387-401.
- Tegldal, Anne-Marie. 2011. Bestyrelsens Erstatningsansvar. *Justitia*. 34 (2): 1-44.
- Werlauff, Erik. 1994. Bestyrelsens tilsynsansvar – med udgangspunkt i to straffedomme om organisation, tilsyn mv. *Revision og Regnskabsvæsen*. (RR.1994.06.0009): 9 ff.

Discussion Papers og Working Papers

- Bechmann, Ken L.; Raaballe, Johannes. 2008. *Danske banker og finanskrisen*. Management Working Paper 2008-4.
- Lando, Henrik. 1996. *Tre essays om principper i erstatningsretten: Objektivt ansvar, culpa-ansvar og det offentliges erstatningsansvar*. Institut for Finansierings Working Paper Serie.
- Lando, Henrik. 1997. *Tort Law From the Perspective of Economic Theory*. Institut for Finansierings Working Paper Serie.
- Mülbert, Peter O. 2010. *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*. Law Working Paper (130/2009). University of Mainz and ECGI.
- Mülbert, Peter O; Citlau, Ryan D. 2011. *The Uncertain Role of Banks' Corporate Governance in Systemic Risk Regulation*. Law Working Paper (179/2011). University of Mainz and ECGI.
- Shavell, Steven. 2002. *Economic analysis of accident law*. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. (396).

Publikationer og rapporter

Danmarks statistik. 2010. *Små og mellemstore virksomheders adgang til finansiering.*

Danmarks Nationalbank. 2008. *Finansiel stabilitet 2008, 2. halvår.*

Danmarks Nationalbank. 2011. *Finansiel stabilitet 2011.*

Finansrådet. 2007. *Banksektoren i samfundet, finansanalyse 2007.*

Finanstilsynet. 2010. *Redegørelse fra Finanstilsynets om forløbet op til Capinordic Bank A/S' konkurs i henhold til § 352 a i lov om finansiel virksomhed.*

Finanstilsynet. 2010. *Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med EBH Bank i henhold til § 352 a i lov om finansiel virksomhed i forbindelse med EBH Banks sammenbrud.*

Finanstilsynet. 2009. *Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank i henhold til § 352 a i lov om finansiel virksomhed.*

Finanstilsynet. 2011. *Tilsyn med kant – Finanstilsynets strategi 2011.*

Kirkpatrick, Grant. 2009. *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis.* OECD.

Rasmussen, Søren. 2010. *Lønmodtagere i selskabets ledelse.*

Advokatundersøgelser:

Foged, Carsten. 2011. *Redegørelse om undersøgelse af visse forhold i Eik Bank Danmark A/S.*

Foged, Carsten. 2010. *Redegørelse om undersøgelse af visse forhold i Capinordic Bank A/S.*

Skipper-Pedersen, Mogens; Stenbjerre, Henrik. 2009. *Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Roskilde Bank A/S.*

Skipper-Pedersen, Mogens; Stenbjerre, Henrik. 2009. *Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i EBH Bank A/S.*

Skipper-Pedersen, Mogens; Stenbjerre, Henrik. 2010. *Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Løkken Sparekasse.*

Skipper-Pedersen, Mogens; Stenbjerre, Henrik. 2010. *Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Fionia Bank A/S.*

Skipper-Pedersen, Mogens; Stenbjerre, Henrik. 2010. *Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Gudme Raaschou Bank A/S.*

Anbefalinger for god selskabsledelse

Rådet for god Selskabsledelse. 2011. *Anbefalinger for god selskabsledelse*.

Rådet for god Selskabsledelse. 2010. *Anbefalinger for god selskabsledelse*.

Finansrådet. 2008. *Anbefalinger for Finansrådets medlemsvirksomheder*.

Nørby-udvalget. 2001. *Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – Anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark*.

Hjemmesider

www.dst.dk (Danmarks Statistik)

www.elex.dk (Erhvervslivets leksikon)

www.finansraadet.dk (Finansrådet)

www.ftnet.dk (Finanstilsynet)

www.nationalbanken.dk (Danmarks Nationalbank)

Øvrigt materiale

Årsrapport for Roskilde Bank 2005

Årsrapport for Roskilde Bank 2006

Årsrapport for Roskilde Bank 2007

Lovoversigt

Love og lovebekendtgørelser

Bekendtgørelse af lov om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven) nr. 322 af 11. april 2011 med senere ændringer lov nr. 470 af 12. juni 2009, lov nr. 159 af 16. februar 2010, lov nr. 718 af 25. juni 2010, lov nr. 720 af 25. juni 2010 og lov nr. 1557 af 21. december 2010.

Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber nr. 649 af 15. juni 2006 med senere ændringer lov nr. 108 af 7. februar 2007, lov nr. 573 af 6. juni 2007, lov nr. 576 af 6. juni 2007, lov nr. 468 af 17. juni 2008, lov nr. 510 af 17. juni 2008 og bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010.

Bekendtgørelse af lov om finansiel virksomhed nr. 885 af 8. august 2011 med senere ændringer lov nr. 1382 af 28. december 2011.

Bekendtgørelse af lov om finansiel stabilitet nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer lov nr. 516 af 12. juni 2009, lov nr. 1273 af 16. december 2009, lov nr. 721 af 25. juni 2010, lov nr. 1556 af 21. december 2010 og lov nr. 619 af 14. juni 2011.

Bekendtgørelse af lov om statsligt kapitalindskud i kreditinstitutter nr. 876 af 15. september 2009, som senere ændret ved lov nr. 516 af 12. juni 2009, lov nr. 1273 af 16. december 2009 og lov nr. 1556 af 21. december 2010.

Bekendtgørelse af lov om en garantifond for indskydere og investorer nr. 133 af 22. februar 2011 med senere ændringer lov nr. 718 af 25. juni 2010, lov nr. 619 af 14. juni 2011, lov nr. 1061 af 22. november 2011, lov nr. 155 af 28. februar 2012.

Lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer mv., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love nr. 579 af 1. juni 2010.

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. nr. 1325 af 1. december 2010.

Bekendtgørelse om finansielle virksomheders og investeringsforeningers m.v. pligt til at offentliggøre Finanstilsynets vurdering af virksomheden og investeringsforeningen m.v. nr. 1240 af d. 16. december 2011.

Vejledninger

Vejledning for pengeinstitutter i henhold til § 71, stk. 1, nr. 1-8 i lov om finansiell virksomhed nr. 10114 af 22. december 2006.

Vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper) nr. 2 af 5. januar 2011.

Lovforslag

Lovforslag nr. 165 som fremsat d. 8. februar 2001 til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed – L165, FT 2000-01.

Lovforslag nr. 176 som fremsat d. 12. marts 2003 til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed – L176, FT 2002-03.

Lovforslag nr. 197 som fremsat d. 29. marts 2006 til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed, lov om værdipapirhandel mv. og lov om gevinstopsparing – L197, FT 2005-06.

Lovforslag nr. 170 som fremsat 25. marts 2009 om aktieselskaber og anpartsselskaber (Selskabsloven) – L170, FT 2008-09.

Lovforslag nr. 171 som fremsat d. 25. marts 2009 til lov om ændring af årsregnskabsloven, lov om finansiell virksomhed og forskellige andre love – L171, FT 2008-09.

Lovforslag nr. 175 som fremsat d. 26. marts 2010 til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed mv. – L175, FT 2009-10.

Betænkninger mv.

Betænkning nr. 1376, *Den finansielle sektor efter år 2000*. September 1999.

Betænkning nr. 1498. *Modernisering af selskabsretten*. November 2008.

KOM (2010) 284. Kommissionens grønbog. 2010. *Corporate governance i finansielle institutioner og aflønningspolitik*.

Grundnotat til Folketingets Europaudvalg. 2010. *Grundnotat – Corporate governance i finansielle institutioner og aflønningspolitik*.

Domsoversigt

Domme

UfR 1962.452 H, Rigsadvokaten mod Niels Mogens Brandt, Erik Zulus Christian Scavenius, Inger Louise Hamdrup Jensen, gift Overland, Poul Emil Staalhagen, Kaj Christian Bernhard Sønderup og Helge Bennike, Højesterets dom af 16. april 1962. (Hovedstadens Ejendomsselskab).

Dommen vedrørte anvendelse af låneprovenuene fra pantsætning af et ejendomsselskabs ejendomme til uvedkommende formål.

UfR 1974.1005 H, Det Fyenske Trælastkompagni A/S mod 1. direktør Ole Tolstrup Krogsgaard, 2. direktør Knud Krogh, 3. direktør Poul Andersen Alstrup, 4. landsretssagfører Johannes Georg Bødker, 5. automobilforhandler Peder Pedersen, Højesteretsdom af 28. oktober 1974. (Tjæreborg Huse).

Dommen vedrørte bestyrelsens ansvar i et typehusfirma, der efter økonomiske vanskeligheder var blevet overtaget af kreditorerne. Bestyrelsen udsendte senere en rundskrivelse til selskabets aktionærer om selskabets forhold og med opfordring til at vareleverandørerne for fremtiden leverede på normale betalingsbetingelser. Rundskrivelse var imidlertid baseret på forældede tal, og som desuden viste sig at være forkerte. Selskabet trådte senere i likvidation.

UfR 1977.274 H, Jens Alg A/S mod direktør Johan Gunnar Havemann, direktionssekretær Jørgen Gunnar Havemann og direktør Johan Claus Havemann, Højesterets dom af 16. februar 1977. (Havemann).

Dommen vedrørte bestyrelsens erstatningsansvar i et stormagasin over for en leverandør, der leverede varer på kredit tidligere samme dag, som bestyrelsen traf beslutning om at træde i likvidation grundet insolvens. Leverandøren hævdede, at det allerede dagen inden måtte anses for næsten sikkert, at stormagasinet skulle træde i likvidation.

UfR 1981.973H, Brødfabrikken Røde Vejmølle A/S i likvidation ved likvidatorerne, landsretssagførererne A. Bisgaard Frantzen og Erik Hoff mod direktør Mogens Poulsen og A/S Larkgate, Højesterets dom af 23. oktober 1981. (Røde Vejmølle).

Dommen vedrørte en direktør, som havde foretaget nogle prisnedsættelser uden egentlig forudgående forelæggelse for bestyrelsen. Direktøren havde imidlertid omtalt disse prisnedsættelser for bestyrelsen, og på baggrund af bestyrelsens manglende afstandtagen herfra, foretaget disse.

UfR 1984.1115 SH, Højesterettsadvokat Ole Borge mod 1. Skibsreder Per Søren Henriksen, 2. Direktør Harry Nefling, 3. Direktør Ejvind Vejby Skovsgaard, Sø- og Handelsrettens dom af 4. juli 1984. (Mercandia Construction).

Dommen vedrørte bestyrelsens erstatningsansvar i en entreprenørvirksomhed, der var taget under konkursbehandling. Det fandtes efter det oplyste, at bestyrelsen havde opfyldt de i ASL § 54 særligt nævnte pligter med hensyn til ledelsen af selskabet og i øvrigt, og det kunne endvidere ikke anses for godtgjort, at bestyrelsen forsætligt eller uagtsomt havde handlet til skade for selskabet eller dets kreditorer. Betingelserne,

for at bestyrelsen kunne gøres erstatningsansvarlig efter ASL § 140, var derfor ikke opfyldt.

UfR 1989.692 H, A/S Phønix Contrtactors mod Frederikssund Kommune. Højesterets dom af 11. maj 1989. (Forurennet jord).

Dommen vedrørte en fabriks erstatningspligt overfor en kommune for forurening af grundvandet.

FED 1995.1531 SH, K/S Difko XXXIX mod A (H 180/93), B (H 182/93), C (H 174/95) og D (H 187/95). A og B mod E, F, G, H og I (H 61/94). C, D og J1-J21 mod E, F, G, H og I (H 79/94). Sø- og Handelsrettens dom af 18. december 1995. (Scanti-con Kolding).

Dommen vedrørte et kommanditselskab, der havde til formål at opføre og udleje et hotel samt et conferencecenter. Da lejeren heraf kom i økonomiske vanskeligheder valgte bestyrelsen i kommanditselskabet at opkøbe aktiemajoriteten i lejerens selskab. Et antal investorer fandt at bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende ved at medvirke til en ændring af kommanditselskabets oprindelige formål, herunder udleje af en teatersal samt besiddelse af aktier i lejerens selskab, hvorved investorerne var blevet påført et tab.

UfR 2001.398 H, B.N. Finans af 1/6 1942 A/S mod Unibank A/S, Højesterets dom af 28. november 2000. (Nordisk Fjer).

UfR 2002.2067H, Hafnia Holding A/S under konkurs mod Boet efter Henning Feilberg, Boet efter Henning Feilberg mod Holger Lavesen og Olav Grue, Ole Steffensen mod Holger Lavesen og Olav Grue, Sø- og Handelsrettens dom 2. september 1999. (Hafnia).

Dommen vedrørte prospekt- og emissionsansvaret for hhv. emissionsinstituttet, revisorerne, selskabet selv (konkursboet) samt to ledelsesmedlemmer, nemlig bestyrelsesformanden og den administrerende direktør. Selskabet indbød til nytegning af aktier og fik i den forbindelse tilført ny kapital svarende til ca. 1,9 mia. kr. To måneder senere gik selskabet i betalingsstandsning og blev senere erklæret konkurs.

UfR 2007.497 H, Calypso Verdensrejser A/S under konkurs mod Jose Luis Alvaro Bonet, Joseba Koldobika Arteché Erausquin, Henrik Væversted Hotchkiss, Anette Essemann, Søren Jørgen Steffensen og Kurt Steffensen, Højesterets dom af 22. november 2006. (Calypso Verdensrejser).

Dommen omhandlede et rejseselskab, hvis bestyrelse samt direktør og daglige leder blev gjort erstatningsansvarlige for at selskabet var blevet drevet på en måde som måtte betegnes som klart uforsvarlig, idet der solgtes rejser til priser, der end ikke dækkede de direkte omkostninger.

Østre Landsrets dom af 14. december 1993 (9. afd.) om Nordisk Fjer

Købehavns Byrets dom af 9. marts 1994 (17. Afd. sag : 73359/90) om C&G Banken

Afgørelser

Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010: Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 1 – manglende egnethed til at bestride stilling som direktør i skadesforsikringsselskab.

Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010: Lov om finansiel virksomhed § 64 – vurdering af bestyrelsesformandens egnethed som bestyrelsesmedlem i et forsikrings-selskab.

Oversigt over forkortelser

ASL - Aktieselskabsloven

ApSL - Anpartsselskabsloven

Capinordic Bank - Redegørelse om undersøgelse af visse forhold i Capinordic Bank

EBH Bank - Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i EBH Bank

Eik Bank - Redegørelse om undersøgelse af visse forhold i Eik Bank Danmark

FIL - Lov om finansiell virksomhed

Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank - Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank i henhold til § 352 a i lov om finansiell virksomhed

Fionia Bank - Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Fionia Bank

Gudme Raaschou Bank - Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Gudme Raaschou Bank

Ledelsesbekendtgørelsen - Bekendtgørelsen om ledelse og styring i pengeinstitutter m.fl.

Løkken Sparekasse - Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Løkken Sparekasse

Roskilde Bank - Redegørelse om advokatundersøgelse af visse forhold i Roskilde Bank

SEL - Selskabsloven

Bilag 1

ERHVERV 16. DEC. 2011 KL. 03.00

Bankkrak fører til retsopgør af historiske dimensioner

Politisager mod bankledelser og 145 erstatningskrav mod krakkede banker vil lægge beslag på domstolene i mange år. Staten risikerer at tabe 1,7 milliarder kroner.

Af **MICHAEL LUND OG JOHN HANSEN**

Striben af bankkrak og tab i milliardklassen siden finanskrisens udbrud i 2008 udløser nu et retsopgør af historiske dimensioner. Politiken kan i dag afsløre, at politiet efterforsker seks nuværende og tidligere bankledelser for uansvarlig bankdrift, som kan straffes med bøde. I nogle af sagerne ventes der også rejst tiltale for mandatsvig, kursmanipulation og insiderhandel, som kan medføre fængselsstraf.

Hos Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, også kaldet bagmandspolitiet, forventer man at rejse tiltale i de første sager til februar.

»De seks sager mod bankledelser er kommet inden for det seneste halvandet år – vi skal 15 år tilbage for bare at finde ét fortilfælde med sigtelse mod en bankledelse«, siger statsadvokat Jens Madsen.

Erstatningskrav i milliardklasse Foruden de seks sager, der er politianmeldt af Finanstilsynet, er ledelserne i de krakkede banker truet af gigantiske erstatningskrav: Staten kræver erstatninger for samlet milliarder af direktører, bestyrelsesmedlemmer og revisorer i seks af de krakkede banker med op til 20 stævne i hver sag. Der er tale om Roskilde Bank, EBH Bank, Løkken Sparekasse, Capinordic og den danske og færøske del af Eik Bank.

Morten Samuelsson, ekspert i økonomisk kriminalitet og forsvarer for flere af bankfolkene, kalder opgøret »historisk set helt enestående«:

»Mig bekendt er det første gang, at vi herhjemme tager så omfattende et retsopgør med en hel branche. I omfang overgår de selv selskabstømmersagerne«.

Staten kan tabe 1,7 mia. kr. Endelig er der anlagt i alt 145 erstatningssager mod de juridiske rester af de krakkede banker, som nu er overtaget af det statslige selskab Finansiell Stabilitet. Og her er det staten, der risikerer at punge ud, hvis klagerne får medhold – op til 1,7 milliarder kroner har Finansiell Stabilitet hensat til tabte retssager. »Det er ikke småpenge – der er meget på spil. Beløbet er vokset med 1,5 milliarder på et år. Det kan lyde voldsomt, men det tager et stykke tid, før alle krav er kommet ind«, siger Henrik Bjerre-Nielsen, direktør i Finansiell Stabilitet.

En del af sagerne mod Finansiell Stabilitet er erstatningssager, anlagt af blandt andre tidligere aktionærer eller kunder, som har søgt om fri proces i Civilstyrelsen i et omfang, så de »lægger beslag på en uforholdsmæssig del af ressourcerne«, fremgår det af styrelsens årsberetning.

En anden udløber af krakkene er syv straffesager mod de pantebrevsspekulanter, som var med til at bringe bankerne til fald. Én af disse sager er begyndt, idet syv mænd med tilknytning til selskabet Abaris er tiltalt for særlig groft bedrageri.

De krakkede banker, bagmandspolitiet nu efterforsker for overtrædelse af paragraf 71 i Lov om Finansiell Virksomhed, der handler om uansvarlig bankdrift, er Roskilde Bank, Capinordic, Spar Mors og EBH Bank. Desuden efterforskes J.A.K. Andelskassen Østervraa og Saxo Bank.

Kilde: Politiken, 16. december 2011.

<http://politiken.dk/erhverv/ECE1481201/bankkrak-foerer-til-retsopgoer-af-historiske-dimensioner/>

Bilag 2

Nordisk Fjer tørres af på forsikringsselskaber

12-09-2000 11:18

Forsikringsselskabet Codan blev den sidste store taber i Nordisk Fjer skandalen. Erstatningssager mod tidligere bestyrelsesmedlemmer er afgjort ved forlig, og der er dermed sat punktum for 1990'ernes største svindelsag.

Forliget betyder, at Codan skal betale størsteparten af en samlet erstatning på cirka 100 mio. kr., fordi de to næstformænd i bestyrelsen for Nordisk Fjer, Niels-Vagn Falling Olsen og Ejler Munch Andersen, havde tegnet ansvarsforsikringer i selskabet.

Erstatningen er smådryp i forhold til det samlede tab på skandalen, som skønnes at være omkring fire mia. kr.

Nordisk Fjer kollapsede i 1991, efter at dagbladet Børsen i efteråret 1990 havde afsløret, at virksomhedens enerådende leder, Johannes Petersen, der både var administrerende direktør og bestyrelsesformand, havde låjet om et udenlandsk lån på en halv mia. kr. Få dage senere skød Johannes Petersen sig i sit sommerhus, og seks år senere idømtes tre ledende medarbejdere mellem to og fire års fængsel.

Erstatningssagen fra kreditorer og aktionærer, der er blevet snydt, har måttet afvente strafferetssagen, der afslørede, at Johannes Petersen groft manipulerede sin bestyrelse ved bl.a. at fjerne belastende udsagn fra selskabets revisorer om Nordisk Fjers økonomi. Nordisk Fjer pustede sine regnskaber op ved fiktive handler med fjer og maskiner mellem koncernens egne datterselskaber.

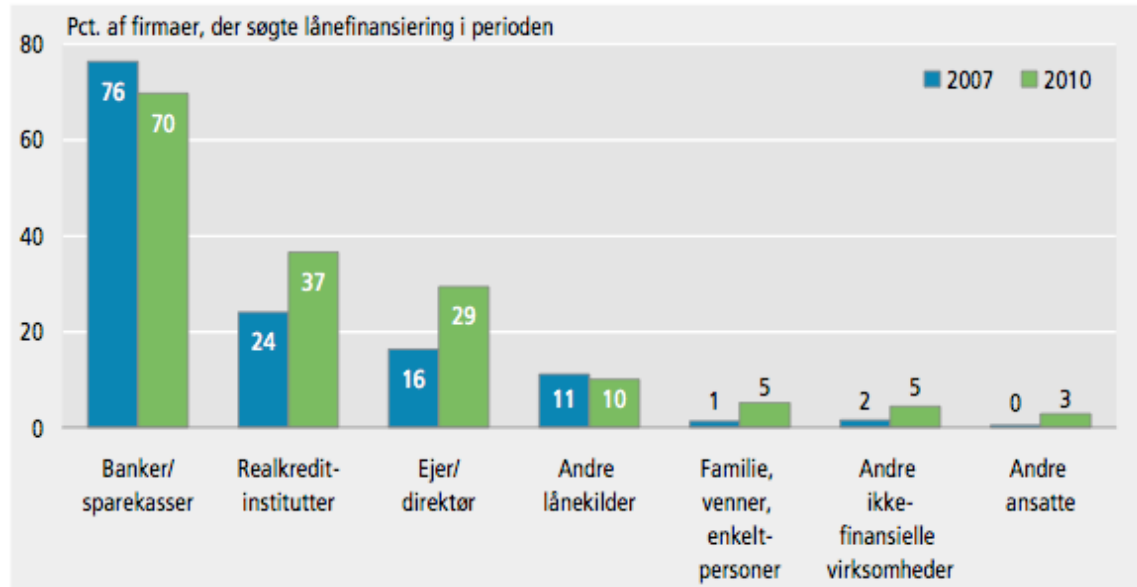
/ritzau/

Kilde: Børsen den 12. september 2000.

http://stage2.borsen.dk/nyheder/artikel/1/22828/nordisk_fjer_toerres_af_paa_forsikringsselskaber.html#

Bilag 3

Andel af lånesøgende firmaer, der søgte lånefinansiering. Efter kilde

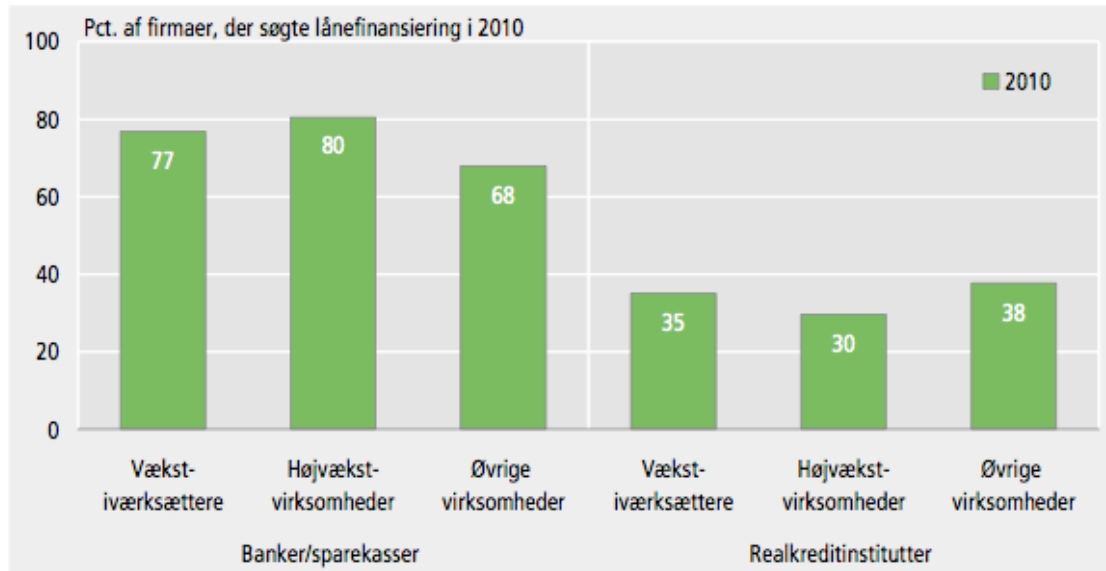


Kilde: Danmarks Statistik, Små og mellemstore virksomheders adgang til finansiering, december 2010, figur 3.2

For små og mellemstore virksomheder er bankerne den vigtigste finansieringskilde. Det ses af ovenstående tal, at i perioden 2007-2010 har andelen af virksomheder, der søgte lånefinansiering fra banker og sparekasser svinget mellem 70 % og 76 %. Til sammenligning udgjorde den næststørste søgte finansieringskilde, realkreditlån, henholdsvis 24 % i 2007 og 37 % i 2010.

Bilag 4

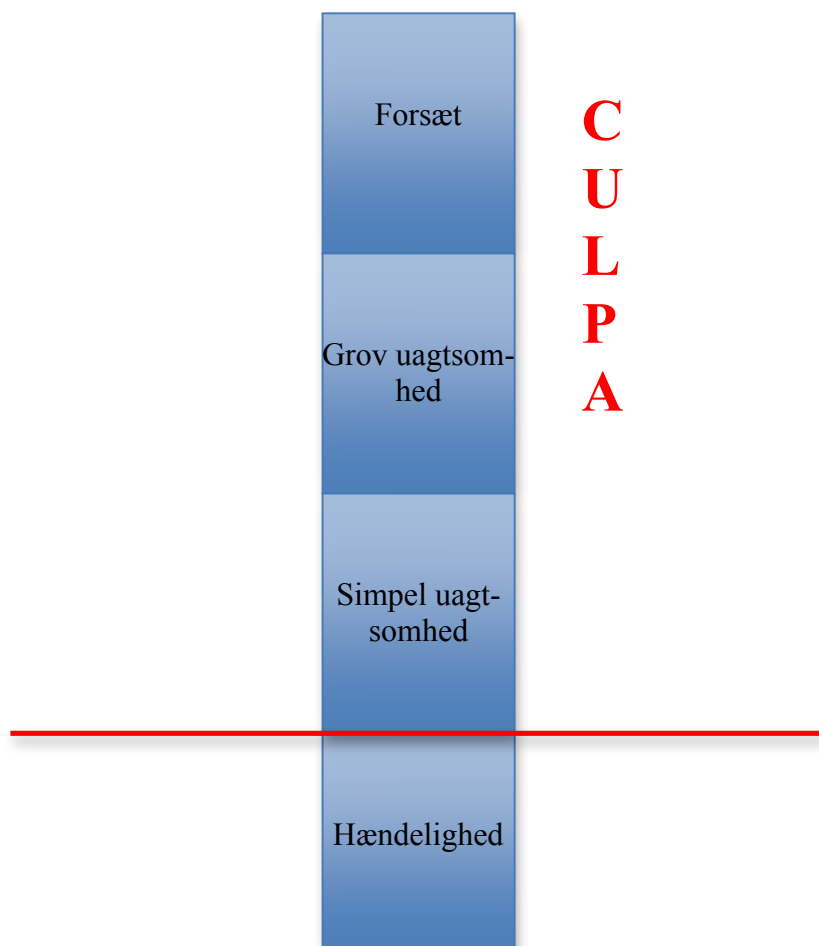
Andel af firmaer, der søgte lånefinansiering fra udvalgte kilder. Efter vækstkategori



Kilde: Danmarks Statistik, Små og mellemstore virksomheders adgang til finansiering, december 2010, figur 5.6

Det ses af ovenstående tal, at andelen af vækstiværksættere og højvækstvirksomheder, der i 2010 ansøgte om lånefinansiering i banker og sparekasser, udgjorde henholdsvis 77 % og 80 %, mens ansøgning om lånefinansiering i realkreditinstitutter kun udgjorde henholdsvis 35 % og 30 %.

Bilag 5



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra Peter Møgelvang-Hansen

Bilag 6

Den nugældende FIL § 64:²⁷³

§ 64. Et medlem af bestyrelsen eller direktionen i en finansiell virksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv eller varetage sin stilling i den pågældende virksomhed.

Stk. 2. Et medlem af bestyrelsen eller direktionen skal opfylde følgende:

- 1) Må ikke være pålagt eller blive pålagt strafansvar for overtrædelse af straffeloven, den finansielle lovgivning eller anden relevant lovgivning, hvis overtrædelsen indebærer risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på betryggende måde.
- 2) Må ikke have indgivet begæring om rekonstruktionsbehandling, konkurs eller gældssanering eller være under rekonstruktionsbehandling, konkursbehandling eller gældssanering.
- 3) Må ikke på grund af sin økonomiske situation eller via et selskab, som vedkommende ejer, deltager i driften af eller har en væsentlig indflydelse på, have påført eller påføre den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab.
- 4) Må ikke have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor.

Stk. 3. Medlemmer af bestyrelsen eller direktionen i en finansiell virksomhed meddeler Finanstilsynet oplysninger om forhold nævnt i stk. 2 i forbindelse med deres indtræden i virksomhedens ledelse, og hvis forholdene efterfølgende ændres.

Stk. 4. Stk. 1, stk. 2, nr. 1, 2 og 4, og stk. 3 finder tilsvarende anvendelse på medlemmer af bestyrelsen og direktionen i en finansiell holdingvirksomhed.

Stk. 5. Stk. 1-4 finder tilsvarende anvendelse for generalagenter, jf. § 35.

Den forhenværende FIL § 64:²⁷⁴

§ 64. Et medlem af bestyrelsen og direktionen i en finansiell virksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen.

Stk. 2. Et medlem af bestyrelsen og direktionen kan ikke bestride hvervet eller stillingen som henholdsvis bestyrelsesmedlem og direktør i en finansiell virksomhed, såfremt

- 1) den pågældende er pålagt strafansvar for overtrædelse af straffeloven eller den finansielle lovgivning og denne overtrædelse indebærer risiko for, at hvervet eller stillingen ikke varetages på betryggende vis,
- 2) den pågældende har anmeldt betalingsstandsning, indgivet begæring om tvangsakkord, konkurs eller gældssanering, er i betalingsstandsning, under konkursbehandling, gældssanering eller tvangsakkord,

²⁷³ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 885 af 8. august 2011 med senere ændringer lov nr. 1382 af 28. december 2011.

²⁷⁴ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 467 af 29. april 2010.

3) den pågældendes økonomiske situation eller selskaber, den pågældende ejer, eller hvori den pågældende deltager i driften, har påført den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab eller

4) den pågældende har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde.

Stk. 3. Medlemmer af bestyrelsen og direktionen har pligt til at give Finanstilsynet oplysninger om de i stk. 2 angivne forhold.

Stk. 4. Stk. 1, stk. 2, nr. 1, 2 og 4, og stk. 3 gælder tilsvarende for medlemmer af bestyrelsen og direktionen i en finansiell holdingvirksomhed.

Stk. 5. Bestemmelserne i stk. 1-4 finder tilsvarende anvendelse for generalagenter, jf. § 35.

Bilag 7

Den nugældende FIL § 70:²⁷⁵

§ 70. Bestyrelsen for en finansiell virksomhed skal

- 1) fastlægge, hvilke hovedtyper af forretningsmæssige aktiviteter virksomheden skal udføre,
- 2) identificere og kvantificere virksomhedens væsentlige risici og fastlægge virksomhedens risikoprofil, herunder fastsætte, hvilke og hvor store risici virksomheden må påtage sig, og
- 3) fastlægge politikker for, hvorledes virksomheden skal styre hver af virksomhedens væsentlige aktiviteter og de risici, der er knyttet hertil, under hensyntagen til samspillet mellem disse.

Stk. 2. På grundlag af den fastlagte risikoprofil og de fastlagte politikker skal bestyrelsen for den finansielle virksomhed give direktionen skriftlige retningslinjer, der som minimum skal indeholde

- 1) kontrollerbare rammer for, hvilke og hvor store risici direktionen må påføre den finansielle virksomhed,
- 2) principperne for opgørelse af de enkelte risikotyper,
- 3) regler om, hvilke dispositioner der kræver bestyrelsens stillingtagen, og hvilke dispositioner direktionen kan foretage som led i sin stilling, og
- 4) regler for, hvordan og i hvilket omfang direktionen skal rapportere til bestyrelsen om den finansielle virksomheds risici, herunder om udnyttelsen af rammerne i retningslinjerne for direktionen og om overholdelsen af de grænser, der er fastsat i lovgivningen vedrørende de risici, som virksomheden må påtage sig.

Stk. 3. Bestyrelsen for den finansielle virksomhed skal løbende tage stilling til, om virksomhedens risikoprofil og politikker samt retningslinjerne for direktionen er forsvarlige i forhold til virksomhedens forretningsmæssige aktiviteter, organisation og ressourcer, herunder kapital og likviditet, samt de markedsforhold, som virksomhedens aktiviteter drives under.

Stk. 4. Bestyrelsen for den finansielle virksomhed skal løbende vurdere, om direktionen varetager sine opgaver i overensstemmelse med den fastlagte risikoprofil, de fastlagte politikker og retningslinjerne for direktionen. Bestyrelsen skal træffe passende foranstaltninger, hvis dette ikke er tilfældet.

Stk. 5. Finanstilsynet kan fastsætte nærmere regler om de forpligtelser, der påhviler bestyrelsen for en finansiell virksomhed i medfør af stk. 1-4.

Den forhenværende FIL § 70:²⁷⁶

§ 70. Bestyrelsen for en finansiell virksomhed skal for den finansielle virksomheds væsentligste aktivitetsområder udfærdige skriftlige retningslinjer, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion fastlægges.

²⁷⁵ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 885 af 8. august 2011 med senere ændringer lov nr. 1382 af 28. december 2011.

²⁷⁶ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 467 af 29. april 2010.

Bilag 8

Den nugældende FIL § 71:²⁷⁷

§ 71. En finansiell virksomhed skal have effektive former for virksomhedsstyring, herunder

- 1) en klar organisatorisk struktur med en veldefineret, gennemskuelig og konsekvent ansvarsfordeling,
- 2) en god administrativ og regnskabsmæssig praksis,
- 3) skriftlige forretningsgange for alle de væsentlige aktivitetsområder,
- 4) effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for,
- 5) de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse,
- 6) procedurer med henblik på adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter,
- 7) fyldestgørende interne kontrolprocedurer,
- 8) betryggende kontrol- og sikringsforanstaltninger på it-området og
- 9) en lønpolitik og -praksis, der er i overensstemmelse med og fremmer en sund og effektiv risikostyring.

Stk. 2. Finanstilsynet kan fastsætte nærmere regler om de foranstaltninger, som en finansiell virksomhed og finansielle holdingvirksomheder skal træffe for at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. stk. 1.

Stk. 3. Stk. 1, nr. 9, finder tilsvarende anvendelse på finansielle holdingvirksomheder.

Den forhenværende FIL § 71:²⁷⁸

§ 71. En finansiell virksomhed skal have

- 1) effektive former for virksomhedsstyring,
- 2) en klar organisatorisk struktur med en veldefineret, gennemskuelig og konsekvent ansvarsfordeling,
- 3) en god administrativ og regnskabsmæssig praksis,
- 4) skriftlige forretningsgange på alle de væsentlige aktivitetsområder,
- 5) effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, virksomheden er eller kan blive udsat for,
- 6) de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og anvende disse hensigtsmæssigt,
- 7) procedurer med henblik på adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter,
- 8) fyldestgørende interne kontrolprocedurer og
- 9) betryggende kontrol- og sikringsforanstaltninger på it-området.

Stk. 2. Finanstilsynet udsteder vejledninger om de i stk. 1 nævnte områder.

²⁷⁷ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 885 af 8. august 2011 med senere ændringer lov nr. 1382 af 28. december 2011.

²⁷⁸ Bekendtgørelse af lov om finansiell virksomhed nr. 467 af 29. april 2010.

Appendiks

Supplerende betragtninger

Afhandlingen har sat fokus på den utilstrækkelige præventive effekt af det gældende erstatningsretlige ledelsesansvar. Det må imidlertid holdes for øje, at udfaldene af retssagerne mod bankledelserne i de sammenbrudte banker må antages at påvirke bankledelsers adfærd fremadrettet. Afgørelserne i disse sager må afhængigt af deres udfald formodes i sig selv at have en præventiv effekt. Såfremt sagerne resulterer i, at bankledelserne idømmes erstatningsansvar og pålægges betydelige erstatningssummer, vil dette alt andet lige medføre en større disciplinering. Styrkeden i ansvarsbedømmelsen vil være afgørende for den disciplinerende effekt på bankledelsernes adfærd. Afgørelserne vil skabe større klarhed om adfærdsnormen, hvilket vil medføre en styrkelse af det gældende ledelsesansvar, men en streng ansvarsbedømmelse kan imidlertid føre til for stor tilbageholdenhed, hvilket ikke er samfundsmæssigt optimalt. En generel tendens til udpræget tilbageholdenhed i bankerne er allerede set i praksis som følge af krisen. Der påhviler derfor domstolene en vigtig opgave i disse historiske retsopgør, som får stor betydning for ledelsen af de danske banker i fremtiden. Den fremførte kritik af det gældende ledelsesansvar vil svækkes, såfremt afgørelserne bidrager til ledelsesansvarets præventive effekt.

Banksektoren er underlagt omfattende regulering, som er blevet udvidet yderligere i kølvandet på den finansielle krise. Afhandlingens konkrete forslag stiller endnu flere krav til bankledelserne, hvilket kan give anledning til overvejelser om den byrde, som de mange regler medfører for ledelserne. Disse regler kan føre til omkostnings- og ressourcekrævende administrative byrder med risiko for, at fokus fjernes fra den egentlige drift af bankerne. Disse byrder rammer alle banker, også de banker, der ikke har været i vanskeligheder under krisen, hvilket kan forekomme uhensigtsmæssigt. Dette skyldes, at reglerne vil være til gene for flertallet samtidig med, at det ikke forhindrer overtrædelse fra de, der vil overtræde reglerne som led i forfølgelsen af egne mål. Det kan derfor overvejes, hvorvidt de mange regler bidrager til forsvarlig ledelse eller blot pålægger bankerne omkostninger og bureaukrati.